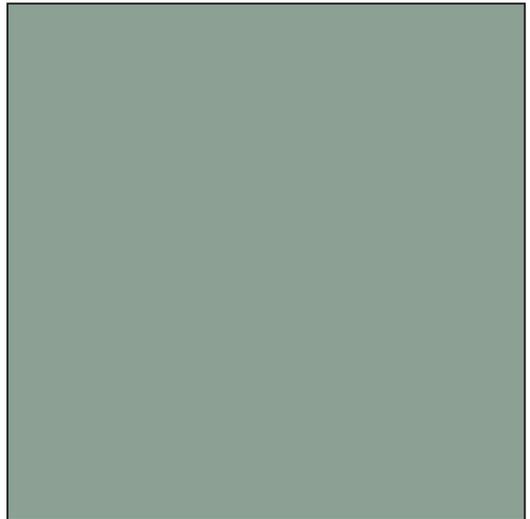


per la storia
del pensiero
giuridico
moderno

53



GIOVANNI CAZZETTA

PRÆSUMITUR
SEDUCTA

*ONESTÀ E CONSENSO
FEMMINILE NELLA CULTURA
GIURIDICA MODERNA*

UNIVERSITA' DI FIRENZE
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA



CENTRO DI STUDI
PER LA STORIA DEL PENSIERO
GIURIDICO MODERNO

BIBLIOTECA
promossa e diretta da PAOLO GROSSI

VOLUME CINQUANTATREESIMO

GIOVANNI CAZZETTA

PRÆSUMITUR SEDUCTA

ONESTÀ E CONSENSO FEMMINILE
NELLA CULTURA GIURIDICA MODERNA



Milano - Giuffrè Editore

ISBN 88-14-07730-4

Pubblicazione realizzata con un contributo ministeriale (fondi ex 40%)

TUTTE LE COPIE DEVONO RECARE IL CONTRASSEGNO DELLA S.I.A.E.

© Copyright Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A. Milano - 1999

La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm, i film, le fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica, sono riservati per tutti i Paesi.

Tipografia «MORI & C. S.p.A.» - 21100 Varese - Via F. Guicciardini 66

INTRODUZIONE

1. Gli 'abusi delle donne' resi possibili dalle presunzioni 'benevole' di onestà diffuse nelle ricostruzioni dei giuristi di antico regime: su questo punto insiste pressoché unanime tra Sette e Ottocento la cultura giuridica che richiede un nuovo approccio al tema della volontà libera della donna. Decisivo è il confronto col passato: è necessario rivedere e abbattere — si afferma — il composito sistema di protezioni per l'onestà, un sistema che si è trasformato in un vero e proprio incentivo per la disonestà delle donne; i giuristi di antico regime — si prosegue — hanno accordato protezioni prescindendo dalla vera volontà della donna, affermando la sua onestà attraverso astratte presunzioni e ciò ha prodotto 'abusi', 'disordini', tutele per 'onestà immaginarie', 'immoralità'. Per scongiurare tali pericoli si chiede certezza e severità nell'interpretazione della volontà della donna; si esige l'abbandono delle presunzioni e la fine di un principio giuridico fondato sul sogno di una costante onestà della donna.

Il richiamo agli 'abusi delle donne' e alle 'presunzioni benevole' dei giuristi di antico regime è poi costantemente ripreso dai civilisti e dai penalisti nel corso dell'intero Ottocento ed è ancora utilizzato all'inizio del nostro secolo per esigere un'interpretazione rigorosa (e 'scientifica') del dissenso della donna di fronte alla violenza sessuale, per scongiurare il pericolo di un 'ritorno dell'immoralità', per negare protezioni civilistiche a donne dall'onestà non evidente. Il giudizio sul libero consenso della donna deve essere — si ripete in coro — certo, non si può far ritorno alle arbitrarie presunzioni del passato, non si può far rivivere il sogno ingenuo racchiuso nel richiamo dei giuristi di antico regime al principio *praesumitur seducta*.

2. Tale diffusa retorica sugli 'abusi delle donne' si confonde tra Sette e Ottocento con le richieste di una valutazione 'uguale' della volontà della donna, con le rivendicazioni di una considera-

zione giuridica non sminuita del libero consenso femminile; e tutto ciò è presentato come l'approdo alla « modernità » nel giuridico (1). L'esigenza di una valutazione 'uguale' della volontà della donna si fonde con la necessità di superare le finzioni e gli arbitrii del passato, con la richiesta di una legge chiara e certa, e diviene così un tema ben presente nelle pagine dei giuristi intente a segnare un abisso tra le ricostruzioni del presente e quelle antecedenti: i giureconsulti di antico regime sono accusati di aver ignorato o falsato l'argomento della volontà libera, di aver trascurato la realtà 'vera' del consenso a vantaggio di presunzioni fantasiose volte ad eludere la responsabilità delle donne e a ignorare la loro 'vera' volontà.

All'interno di un quadro normativo che, com'è noto, conservava molteplici incapacità per la donna, tale attenzione per la volontà libera e tale rivendicazione di un peso giuridico uguale della volontà femminile si presentava nelle pagine dei giuristi come settoriale e ambigua: privo di forza espansiva, il richiamo al consenso femminile 'libero e uguale' arricchiva la condizione giuridica della donna di ulteriori contrasti e imponeva una frammentazione del discorso dei giuristi, costretti a continue definizioni, a continue giustificazioni dei limiti posti alla capacità di un soggetto di diritto la cui astratta universalità era piegata entro ricostruzioni sempre sbilenche (2).

3. La richiesta di abbattimento delle protezioni per l'onestà (solo) presunta si fonda tra fine Settecento e gli inizi dell'Ottocento sull'opposizione netta tra due mondi: quello 'del passato' e quello

(1) Sul punto cfr. *infra*, e in particolare, II. 8; e III.

(2) Rinunciando a porre la questione dei nessi esistenti tra le diverse ricostruzioni, si tende spesso ad apprezzare ogni singolo punto come espressione di una linea di marcia verso 'la modernità': ogni riferimento al consenso libero e uguale della donna è così valutato — per quanto incongruo nei suoi nessi col quadro complessivo — come una tappa all'interno di un lungo viaggio verso la parità, come segno di una complessiva valorizzazione del consenso. La lettura storica della condizione giuridica della donna è spesso prigioniera di questo schema troppo rigidamente evolutivo, troppo attento alle solenni dichiarazioni di principio e ai proclami che hanno costellato la legislazione degli ultimi due secoli. Si notano, è vero, le incertezze, le contraddizioni e i ritardi che hanno caratterizzato tale sviluppo; ma ciò non impedisce di valutare ogni scelta 'egualitaria' come segmento indispensabile di una linea evolutiva che presenta un continuo, lento e inarrestabile adeguamento del diritto alla realtà, della mentalità giuridica alla mentalità sociale.

del presente nato sulle ceneri del primo grazie all'apporto del 'secolo dei lumi'. Riguardo alle interpretazioni giuridiche della volontà della donna a dividere i due mondi c'è il tema dei *delicta carnis*, la richiesta di un abbattimento dell'illiceità penale delle relazioni sessuali fuori dal matrimonio che si poneva in antico regime come fondamento di una vasta serie di sanzioni e di protezioni.

L'opposizione al passato domina le ricostruzioni di fine Settecento poi riprese dai giuristi dell'Ottocento: il passato si presenta come un blocco unitario da respingere. A contrapporre con forza due epoche è soprattutto la critica illuministica; fondendo assieme istanze di razionalizzazione e opposizione alle 'barbarie' del passato, Gaetano Filangieri nega con particolare veemenza una tutela penale indifferente al libero volere dei singoli, nega le confusioni e gli arbitrii derivanti dalle presunzioni dei giuristi, dalle loro interpretazioni che proteggevano onestà immaginarie, che scorgevano reati anche in assenza di concrete lesioni di diritti e punivano diversamente colpe uguali.

Vero e proprio simbolo dell'ingiustizia e dell'irrazionalità del sistema del passato, simbolo del sistematico rifiuto d'attenzione verso la libera volontà della donna da parte dei giuristi, sono considerati in particolare il ratto e lo stupro della donna consenziente: delitti in cui la donna, presunta sedotta, non è punita ma tutelata dall'ordinamento a prescindere dal suo 'colpevole consenso' che la configura come *socia criminis* e non come vittima. Questi delitti sono presentati a partire dalla fine del Settecento come 'ridicoli', 'assurdi', 'incomprensibili': il diritto pretende di tutelare l'onestà della donna, ma ne ignora — si afferma — la volontà; i giuristi ricostruiscono il consenso della donna attraverso arbitrarie presunzioni che producono disordini e abusi.

È assurdo e ridicolo — scrive Filangieri — parificare attraverso le presunzioni violenza e 'trasporto amoroso', ratto e « fuga intrapresa di comune consenso », unire assieme seguendo ancora leggi feroci ed assurde situazioni diversissime tra loro per la presenza o per l'assenza del libero consenso prestato dalla donna. Nuove distinzioni, nuovi valori di riferimento sono opposti alle genericità e alle confusioni presenti nelle ricostruzioni giuridiche del passato: « ...se si consulta la ragione, essa ci dice che un delitto che si commette da due persone non deve essere punito nell'una e pre-

miato nell'altra »; « quando non vi è né violenza né frode, lo stupro si supponga sempre volontario per tutte e due le parti e per conseguenza escluso dalle sanzioni della legge »⁽³⁾.

Il filo conduttore della critica si coagula, dunque, soprattutto attorno ad un punto, poi fortunatissimo nella pubblicistica dell'Ottocento, l'esigenza 'moderna' di valorizzare un dato fin lì ignorato, trascurato, falsato: la volontà libera della donna⁽⁴⁾.

Osservato alla luce di tali netti contrasti, l'itinerario delle ricostruzioni giuridiche della volontà della donna ha una forte linearità. Il segmento moderno nasce (come scrive Carrara) dal « progresso

⁽³⁾ Cfr. G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, Filadelfia, 1799, III, pp. 377 e 378; e pp. 388 e 389 testo e note. Pur essendo caratterizzato da genericità e confusioni, le pagine di Filangieri, in particolare la critica alla legge sul ratto della donna consenziente e la polemica contro lo stupro non violento, saranno poi costantemente utilizzate per formulare un giudizio unitario (e sommario) su tutto il diritto penale antecedente. Sulla questione cfr. *infra* II. 8. 3 e III. 1.

⁽⁴⁾ La linea tracciata è quella che conduce all'abbattimento della complessiva illiceità delle relazioni sessuali fuori dal matrimonio per realizzare la punizione dei soli comportamenti che implicano una lesione del diritto: una linea che è in genere esemplificata nel passaggio da una figura ampia di stupro, posta come tutela 'oggettiva' per l'onestà della donna, ad una figura progressivamente volta a porre al centro dell'attenzione la lesione del diritto della donna alla libera disponibilità della sua sessualità. Tale impostazione del problema è sviluppata in particolare da Francesco Carrara che nega con nettezza quanto rimane della figura dei *delicta carnis* e pone al centro dell'attenzione il consenso effettivo della vittima. È solo in riferimento alla 'vittima oltraggiata', alla sua libertà e alla sua volontà, che si deve configurare — scrive Carrara — la tutela giuridica: « la essenza di codesti reati sta nel dissenso del soggetto passivo. Dato il consenso... il delitto sparisce ». Il 'malefizio' colpisce il « diritto dell'individuo » e la protezione dell'ordinamento è condizionata all'assenza di un atto di libera disponibilità del proprio corpo da parte della donna. La libertà del consenso femminile impone dunque che lo stupro semplice, volto a proteggere in modo oggettivo la donna vergine, non possa (non debba) essere punito perché la donna « libera padrona del suo corpo ne ha con libero e valido consenso dato balia al proprio amatore » (F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale, Parte speciale*, vol. II, Lucca, 1873, § 1372, p. 5; nonché § 1485, p. 229). Francesco Carrara è senz'altro nel corso dell'Ottocento l'Autore che con maggiore lucidità si scaglia contro le presunzioni dei giuristi d'antico regime; nello stesso tempo però — come vedremo — anche in Carrara si possono percepire tutte le ambiguità e le contraddizioni dell'affermazione del libero consenso della donna utilizzato (soltanto) in contrapposizione agli abusi del passato ed incapace di divenire centro effettivo di nuove configurazioni della tutela penale. Cfr. *infra*, in particolare, III. 4. 2 e III. 4. 3.

dei lumi » che, esaltando il tema della volontà libera, impone una ‘svolta’: il diritto muta la configurazione dei beni indisponibili, afferma la preminenza della volontà dei singoli e, quando tale volontà non arreca alcuna concreta lesione di diritti, la rispetta.

4. La valorizzazione del consenso della donna affermata da questo racconto costantemente riproposto (sino ai nostri giorni) dagli stessi giuristi è ambigua, contraddittoria. Nelle ricostruzioni anche più accorte dei giuristi dell’Ottocento la valorizzazione del consenso della donna nasce da un’esigenza sempre riaffermata (e ben presente tanto in Filangieri quanto in Carrara e nel liberale Codice Zanardelli): evitare un ritorno degli abusi da parte di ‘donne impudenti’, di donne dall’onestà solo apparente; impedire che una donna che è colpevole *socia criminis* possa trarre protezioni dal diritto, ottenere vantaggio dal ‘consenso prestato al proprio disonore’. La donna che presta il suo libero consenso ad una relazione sessuale fuori dal matrimonio non può esigere alcuna protezione dal diritto, non può ricorrere in giudizio per reclamare ‘il prezzo della sua disonestà’.

L’intero discorso presenta dietro la facciata più nota (quella della prima secolarizzazione del diritto penale, della distinzione tra diritto e morale, tra delitti e peccati), un’altra non meno vistosa della prima in cui si può notare non tanto il rifiuto del passato, il rigetto della centralità dell’onestà della donna dei giuristi di antico regime, ma la richiesta di una maggiore coerenza di quel modello. La critica principale rivolta al sistema di antico regime è, infatti, quella di non essere stato in grado di realizzare appieno i suoi obiettivi, di aver trasformato nel suo opposto la protezione per l’onestà. Il richiamo alla ‘nuova’ valutazione della volontà libera della donna mira proprio a richiedere un raccordo pieno, coerente, tra onestà della donna e tutele attribuite dall’ordinamento. Il discorso non si pone da questo punto di vista come rifiuto dell’antecedente modello, ma come una sua prosecuzione, un suo perfezionamento.

Le dichiarazioni egualitarie riguardo al ‘comune consenso’, l’enfasi posta sulla richiesta di un peso giuridico uguale per il consenso liberamente prestato dai singoli non riescono a porsi come il fondamento di un nuovo assetto ricostruttivo, né forniscono la base per interpretazioni diverse della volontà della donna. Il riferi-

mento ‘nuovo’ alla volontà libera è ancora imprigionato entro gli schemi antecedenti e appare volto non a negare, ma a perfezionare con mezzi più efficienti il sistema di protezioni dell’onestà delineato in antico regime.

Se si sposta dunque l’attenzione dalle solenni dichiarazioni egualitarie alle interpretazioni della volontà della donna la svolta non è affatto netta e, anzi, è a tratti inesistente. Nelle interpretazioni della dottrina e della giurisprudenza il divario tra le letture di antico regime e quelle ‘moderne’ spesso si dissolve del tutto: l’immagine che ci forniscono i giuristi della donna che è degna di essere tutelata dal diritto si presenta anche dopo ‘la svolta’ di fine Settecento del tutto simile a quella del passato.

5. Qual è la donna che il giurista ritiene meritevole di protezioni giuridiche? Qual è la donna degna di essere protetta dalla legge?

Si può tentare di rispondere a tale interrogativo solo comprendendo il rapporto tra le ‘certezze’ del moderno e gli ‘abusi del passato’ su cui con tanta veemenza insistevano i giuristi a fine Settecento e nel corso dell’Ottocento. La modernità del richiamo alla volontà ‘libera e uguale’ in riferimento alle relazioni sessuali fuori dal matrimonio nasce infatti dal rifiuto di un modello di antico regime che è tratteggiato in modo generico e, a tratti, quasi caricaturale. In antico regime — si afferma — la tutela penale era attribuita prescindendo dalla volontà ‘vera’ dei singoli, in base a presunzioni e finzioni arbitrarie che consentivano ora di configurare pene severissime, ora benevoli protezioni; i giuristi di antico regime — si prosegue — attraverso ‘vaghe supposizioni’ trasformavano una donna ‘colpevole col consentire’ in una vittima da proteggere e da assistere.

Il ‘nuovo’ richiamo alla volontà libera permette ora di far riferimento non più ad un’onestà solo presunta (attraverso quelle presunzioni che appaiono ‘benevole’, ‘poetiche’, ‘ridicole’, ‘assurde’), ma ad un’onestà ‘vera’ per attribuire protezioni senza alcuna contraddizione. Il riferimento alla volontà libera della donna (richiamato con tanta forza contro le presunzioni) è, in realtà, ancora immerso nella cultura e nella mentalità giuridica del passato, è fortemente condizionata e dipendente dal modello combattuto. Il

pensiero giuridico resterà a lungo tributario verso le antecedenti ricostruzioni della volontà femminile, quelle ricostruzioni infatti non erano affatto indifferenti al tema che era continuamente posto al centro dell'attenzione (anche se soltanto) per esaltare l'onestà del consenso della donna.

6. Nelle pagine seguenti questi temi saranno considerati per tentare di comprendere i riferimenti alla volontà della donna presenti nelle interpretazioni dei giuristi di antico regime e per leggere poi la 'svolta' affermata a partire dalla fine del Settecento. Presterò attenzione preminente al tema delle relazioni tra ricostruzione della volontà e struttura delle protezioni, ai nessi tra onestà e volontà degna di tutela, in prevalente riferimento al consenso manifestato a relazioni sessuali fuori dal matrimonio; non mi occuperò invece del consenso 'formale' prestato al matrimonio ⁽⁵⁾.

Il lavoro si articolerà in due parti. Nella *prima parte* proverò a delineare (con riferimento prevalente allo stupro e al ratto) i tratti essenziali delle ricostruzioni giuridiche del consenso femminile in

⁽⁵⁾ L'esclusione di un'analisi diretta del consenso della donna al matrimonio condiziona l'intero l'impianto del presente lavoro e necessita di qualche parola di giustificazione. Le ricostruzioni giuridiche più ampie e risalenti sul consenso femminile riguardano, com'è noto, il consenso al matrimonio; esse però non mi paiono particolarmente significative per evidenziare sensibilità e trasformazioni della mentalità giuridica su questo tema: la rappresentazione dominante del matrimonio come base essenziale dell'ordine sociale e come sacramento, come bene verso cui i singoli naturalmente tendono, svisciva implicitamente l'analisi del consenso a centro formale di un'architettura che quanto più lo esige, tanto più lo dà per scontato. Il reticolo d'interessi religiosi e istituzionali posti a sostegno della rappresentazione giuridica è così fitto da coprire quasi del tutto le libere scelte dei singoli. Il riferimento alla solennità del contratto, che si pone come pubblica garanzia della libertà del consenso, irrigidisce ancor di più le analisi giuridiche e, imponendo come vincolante l'apparenza della forma, ne limita gli spazi ricostruttivi. Anche se scarse, anche se filtrate dal continuo rinvio all'ordine matrimoniale, le ricostruzioni giuridiche che analizzano il consenso femminile non in diretto riferimento al matrimonio ci propongono un racconto più autentico: il giurista valuta il consenso facendo emergere in maniera più immediata le sue convinzioni, i suoi modelli di riferimento, la sua rappresentazione della donna, le sanzioni e le tutele che intende accordare. Questo settore caratterizzato da una minore attenzione formale per il consenso permette di scorgere segni utili per indagare nel lungo periodo le modalità d'approccio, le coerenze e le contraddizioni presenti nel pensiero giuridico moderno. Sulla questione comunque si cfr. ancora *infra* II. 3.

quello che qui chiamerò il modello di antico regime; un modello nient'affatto riducibile alle schematiche linee in cui era stato fissato a fine Settecento e estremamente ricco di sfumature nel riferimento alla volontà della donna, ricco di complesse interazioni tra tutele giuridiche e raffigurazioni della donna ritenuta degna della protezione del diritto.

Non seguirò tutte le scansioni temporali interne all'ampio periodo analizzato, intendo più semplicemente tentare di scorgere la composita eredità con cui si confronta la scienza giuridica tra Sette e Ottocento per poterne valutare poi continuità e trasformazioni. Quello che mi preme delineare infatti è il modello unitario (e complesso) che viene non solo contestato con nettezza a cavaliere tra Sette e Ottocento, ma anche profondamente assorbito. È in quest'ottica che farò riferimento ai testi di diritto comune, quei testi non saranno ovviamente considerati in relazione alla specificità del contesto medievale, ma per come saranno poi ripresi, assorbiti e rielaborati nel dibattito giuridico successivo, in particolare da quello penalistico, a partire dal XVI secolo.

La *seconda parte* del lavoro valuterà le letture dei giuristi della libera volontà della donna, insistendo in particolare sul venir meno delle protezioni per l'onestà delineate in antico regime e sulla diffusa valutazione dell'approdo alla visibilità giuridica del consenso della donna come ad una sanzione rivolta nei confronti della stessa donna. Il richiamo al libero consenso della donna è utilizzato dalla dottrina dell'Ottocento soprattutto per negare le protezioni giuridiche 'antiche', ma non è in grado di introdurre nuove forme di protezione per la persona.

In entrambi i momenti ciò che caratterizza la cultura giuridica è l'incapacità di affrontare il tema del libero consenso della donna prescindendo da un richiamo all'onestà: la libera volontà della donna è ritenuta meritevole di protezione da parte del giurista solo quando è riscattata dalla rappresentazione dell'onestà. In relazione a questo tema le interpretazioni moderne non riescono, nonostante le polemiche, a distaccarsi mai appieno dalle ricostruzioni di antico regime.

7. In entrambe le parti del lavoro si presterà dunque particolare attenzione al tema delle tutele apprestate dai giuristi per la donna configurata come onesta e ritenuta meritevole di protezione.

Il tema della valutazione giuridica del consenso prestato dalla donna alle relazioni sessuali fuori dal matrimonio non può essere considerato in astratto riferimento ai proclami sul consenso 'libero e uguale' valorizzato contro la repressione presente in antico regime. Al di là della facile rappresentazione di un modello di antico regime caratterizzato da un'indiscriminata repressione, il tema delle relazioni sessuali fuori dal matrimonio è da considerare entro un variegato sistema di protezione dell'onestà. La rappresentazione penalistica legittima in antico regime una serie di tutele giuridiche riferite alla donna onesta. Ad esempio, lo stupro in quanto offesa rivolta all'onestà della donna, impone una restaurazione dell'onestà e fa scaturire protezioni 'civili' agganciate al fondamento dell'illiceità penale, dalla possibilità di una 'coazione al matrimonio', alla ricerca della paternità, agli alimenti. Le tutele si ricollegano all'onestà della donna configurata dal diritto penale, traggono forza dalla rappresentazione di una vittima, di una 'vera vittima' degna di tutela (6).

(6) Nel modello d'antico regime non è la volontà libera, ma la volontà onesta a meritare la protezione del diritto. La ricostruzione d'antico regime, così attenta al tema dell'onestà, non era comunque insensibile al problema del consenso della donna, non ignorava la questione di una tutela giuridica accordata ad un soggetto immeritevole perché caratterizzato da volizioni disoneste. Lo sforzo principale dei giuristi è quello di configurare la donna che riceve una tutela giuridica come una vera vittima, come una vittima veramente degna della protezione della legge in quanto caratterizzata da una *voluntas ordinata*. Non l'insensibilità, dunque, ma la esasperata ricerca di una *voluntas ordinata* come sola volontà femminile degna della protezione del diritto, è il tratto distintivo del modello d'antico regime. La centralità assoluta dell'onestà impone ai giuristi un confronto costante con la volontà della donna che deve (necessariamente) essere onesta per essere degna della protezione del diritto. È per questo che i giuristi di antico regime configurano, tracciando di continuo nessi tra volontà onesta e volontà libera, un reticolo di presunzioni capaci di prospettare, al di là delle apparenze, la vera *voluntas* della donna, la *voluntas ordinata* conforme all'ordine giuridico (cfr. *infra*, l'intero Cap. I). L'analisi del profilo soggettivo non rivendica coerenze assolute: il giurista valuta di volta in volta l'onestà della donna e le accorda le tutele predisposte dall'ordinamento. Il problema del libero consenso della donna è risolto in riferimento al tema dell'onestà, in relazione alla necessità della tutela da accordare: riguardo al libero consenso il giurista si può accontentare anche di finzioni, può ricordare l'onestà della volontà con le tutele del sistema attraverso il semplice riferimento a una presunzione, anche assoluta: *semper praesumitur seducta* (ai nessi tra le presunzioni di onestà e le protezioni in antico regime è dedicato l'intero Cap. II).

Il ‘nuovo’ richiamo alla volontà della donna che emerge con forza tra XVIII e XIX secolo si oppone alle ricostruzioni fondate sull’onestà presunta, ma non riesce a liberarsi dagli schemi interpretativi forgiati nei secoli antecedenti. L’enfasi posta sulla libertà del consenso rivendica soprattutto un diritto meno generoso, non disposto ad accordare protezioni in base a quelle presunzioni ‘poetiche’ che segnavano la dottrina e la prassi di antico regime. La depenalizzazione dei delitti in cui è presente un consenso della donna è richiesta per negare una protezione immeritata a una donna che appare ‘colpevole col consentire’. I giuristi moderni invocano la distinzione tra diritto e morale, in realtà la loro richiesta di un ‘silenzio delle leggi’ nasce dalla necessità di affermare un’onestà ‘più perfetta’; nasce dall’incapacità di configurare ancora protezioni nei confronti di un’onestà solo presunta.

La depenalizzazione della complessiva illiceità delle relazioni sessuali fuori dal matrimonio si presenta, da questo punto di vista, come il riconoscimento giuridico di una disonestà della donna, come l’affermazione di una tutela giuridica sempre impossibile: a cadere infatti non è solo la pena, ma anche tutte le protezioni accordate in relazione all’illiceità delle relazioni sessuali fuori dal matrimonio. All’inizio dell’Ottocento l’intero sistema delle protezioni civilistiche collegate in antico regime all’illiceità delle relazioni sessuali fuori dal matrimonio appare in crisi, incapace di configurare nuove forme di protezione per la donna cui è stata negata la tutela penale. La risposta avvertita come ovvia è infatti quella di far seguire al silenzio della legge penale anche il silenzio della legge civile: i giuristi sono incapaci di configurare forme di protezione lontano dall’immagine dell’onestà della donna e non riescono a porre al centro della loro attenzione il tema del libero consenso che è semplicemente utilizzato come un’arma per abbattere (per rendere più coerenti) le protezioni di antico regime (7).

Non è un caso, del resto, che i penalisti e i civilisti riusciranno nel corso dell’Ottocento a riproporre forme più ampie di protezione giuridica solo utilizzando esplicitamente richiami al modello di

(7) Sul punto seguirò in particolare i dibattiti civilistici dell’Ottocento relativi al divieto della ricerca della paternità. Cfr. *infra*, in particolare, III. 3.

antico regime e delineando la tutela come ancora rivolta ad una donna ‘veramente onesta’ (8).

8. Le ricostruzioni giuridiche del consenso femminile nel periodo moderno saranno qui percorse utilizzando come filo di unione la *persuasio*, la seduzione come spazio giuridico in grado di porre in contatto modelli opposti, di trasformare, in base ad un filtro di convinzioni del giurista, ‘realtà in apparenza’, ‘apparenze in realtà’ (9). Filtro preposto a far ‘scompare’ il consenso, la seduzione è utilizzata dai giuristi di diritto comune per mediare la fissità di un ordine poco sensibile alle scelte individualistiche (si richiama la seduzione per attenuare l’impatto di testi che parificano la situazione delle donne *sive volentibus sive nolentibus*: la donna *volens*, si dice, esprime una volontà apparente, la sua volontà è sedotta) e poi, nel quadro di diritti individuali accordati con attenzione monocorde alla libera volontà dei singoli, per dosare le protezioni giuridiche, per proteggere col diritto situazioni ritenute ancora degne di particolare tutela.

Persuasio rinvia a degradazione di volontà, a volontà falsata, ‘non vera’: mostrando l’artificio della *persuasio* il giurista ricompone indirettamente una situazione soggettiva ordinata e meritevole di protezione, mostra un’ingiustizia di cui il diritto non può disinteressarsi, tenta di raccordare la tutela dei diritti con il suo modello idealizzato di virtù femminile. Il riferimento alla *persuasio* attenua dunque sia l’assolutezza di un modello giuridico in cui il richiamo alla *fragilitas* risolve in maniera oggettiva il problema del consenso della donna, sia il modello di pienezza e responsabilità del consenso

(8) Cfr. *infra* l’intero Cap. IV.

(9) L’indagine di storia sociale (o, se si vuole, di microstoria o ancora, per altri aspetti, di storia della sessualità) su cosa sia stata nelle relazioni tra uomini e donne la seduzione è del tutto estranea a questo lavoro. Seguirò qui la seduzione così come è configurata dai giuristi: doloso artificio, ‘mise en scène’, capace, secondo la mutevole coscienza sociale del momento, di falsare la pienezza e la libertà del consenso; la seduzione è osservata solo come schema giuridico per indagare le modalità attraverso cui si interpreta di volta in volta il richiamo al libero consenso femminile attribuendogli o negandogli rilievo. La seduzione dei giuristi ci dice pochissimo sui percorsi ‘reali’ del consenso femminile e mostra invece il mutare delle sole rappresentazioni giuridiche della donna.

della donna, quello della coerente e rigida applicazione del principio *volenti e consentienti non fit iniuria*.

Le fortune e le disavventure della seduzione nelle pagine dei giuristi non sono comprensibili se analizzate da un punto di vista rigorosamente soggettivo, ritenendo la seduzione come mero strumento designato tra gli altri a cogliere la pienezza e l'autonomia della volontà dei singoli. Quel filtro utilizzato dai giuristi per leggere la volontà permette, del resto, solo in minima parte di cogliere la libera e autonoma determinazione del consenso della donna, mentre ci mostra soprattutto le convinzioni, i pregiudizi, i 'sogni' che hanno caratterizzato le ricostruzioni tecniche della dottrina e della giurisprudenza. La 'seduzione dei giuristi' non sarà, dunque, qui utilizzata per tentare di scrivere una pagina di storia delle donne, ma solo per rintracciare, prestando attenzione ad un'ottica di lungo periodo, la mentalità degli stessi giuristi.

Del percorso qui tracciato e dei suoi esiti giudicherà il lettore. A me, invece, spetta ora il doveroso e gradito compito di ringraziare (e di assolvere da ogni responsabilità) gli amici che con critiche e suggerimenti mi hanno fornito un prezioso aiuto, rendendo possibile la conclusione del lavoro. Devo un sincero grazie a molti colleghi dell'Università di Ferrara e agli studiosi raccolti attorno al fiorentino Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno: con tutti loro ho spesso discusso del progetto del libro (un ringraziamento particolare va a Raffaele Volante, Paolo Cappellini e Mario Sbriccoli). Il lavoro deve moltissimo alle franche critiche, alle puntuali osservazioni e ai generosi incoraggiamenti di Pietro Costa e di Paolo Grossi: a loro vorrei qui esprimere un sentito debito di riconoscenza.

PARTE PRIMA

ORDINATA VOLUNTAS

**Onestà e consenso femminile
nel modello di antico regime**

« Queste visioni cruente riempivano
Rambaldo di commozione: si era dimenticato forse che era caldo sangue umano a muovere e a dar vigore a tutti quegli involucri? »

(I. CALVINO, *Il cavaliere inesistente*)

CAPITOLO PRIMO
IL CONSENSO E L'ORDINE:
ricostruzioni giuridiche della volontà femminile

1. Premessa. — 2. Il problema della irrilevanza del consenso femminile e lo schema della *persuasio*. — 2.1. *Stuprum cum vi, stuprum sine vi... persuasio*. — 2.2. *Persuasio* e fondamento giuridico dello stupro semplice. — 2.3. *Scienti et consentienti non fit iniuria*: e schema della *persuasio*: il ratto della consenziente. — 3. Violenza al corpo, violenza all'anima. — 3.1. Tutele per la volontà onesta: la *meretrix virgo* e la *virgo meretrix*. — 3.2. *Simplex voluntas non coacta*. — 4. Centralità del consenso e presunzioni di seduzione: i contrasti della canonistica. — 4.1. *Semper praesumitur seducta* e libertà di consentire al matrimonio. — 4.2. *In sola voluntate*: le coerenze *in foro conscientiae*. — 5. Onestà e consenso nella penalistica d'antico regime. — 5.1. *Volens persuasa*: il ratto della consenziente. — 5.2. Lo stupro della consenziente e l'ascesa della *persuasio* verso la violenza. — 5.3. Volontà onesta, volontà 'vera' e colpevole consenso. — 5.4. I rigori dell'indagine *de voluntate et consensu puellae*. — 5.5. *Voluntas est invisibilis*: i contrastanti simboli dell'onestà. — 6. Un punto di fuga: la riflessione della Seconda Scolastica. — 6.1. *Sola voluntas feminae*: la libertà di non consentire al matrimonio. — 6.2. *Libera voluntas* e ridefinizioni dello stupro. — 6.3. Il divario tra l'onestà 'esteriore' e l'onestà dell'anima.

1. *Premessa*

Il riferimento alla *volontà* della donna sostiene tra XVIII e XIX secolo la secolarizzazione del diritto penale e le sue nuove distinzioni riguardo all'illiceità delle relazioni sessuali tra persone non legate dal vincolo matrimoniale, fa da sfondo al dichiarato disinteresse dei giuristi per scelte che — come dicono — sono forse immorali ma incapaci, in presenza di « comune consenso », di produrre una vera lesione del diritto. Il tema posto lì a segnare con nettezza un confine è quello della libertà: volontà libera, consenso libero, donna 'libera padrona del suo corpo'. I giuristi del passato sono accusati d'essere stati del tutto insensibili al tema, d'averlo falsato attraverso presunzioni o di averlo del tutto ignorato.

Un così netto contrasto tra il periodo successivo all'età dei lumi e il periodo antecedente non ha ragione d'esistere: gli stessi richiami dei giuristi di fine Settecento e dell'Ottocento alla necessità d'accordare un valore giuridico al consenso prestato dalla donna alle relazioni sessuali fuori dal matrimonio nasce da un percorso che, a ben vedere, è collocato ancora all'interno delle ricostruzioni dei giuristi d'antico regime, ripropone la stessa ricerca di nessi coerenti tra le protezioni accordate e le volontà protette.

« Tolle voluntatem de medio, et omnis actus est indifferens » ⁽¹⁾: la ricostruzione d'antico regime, così attenta al tema dell'onestà, non poteva essere insensibile al problema del consenso della donna ⁽²⁾. Forgiata di volta in volta dall'interprete, la costruzione del consenso e del dissenso (diversamente articolata dal gioco delle presunzioni) rappresentava il prisma attraverso cui la cultura giuridica aveva progressivamente analizzato e scomposto un assetto normativo spesso proteso ad accordare un'indifferenziata tutela oggettiva per le donne 'sive volentibus sive nolentibus'. La ricerca d'una *voluntas ordinata*, come sola volontà femminile degna della protezione del diritto, è il tratto distintivo del modello d'antico regime.

Liberi artefici della loro realtà, i giuristi d'antico regime avevano tentato di conciliare un sistema di protezioni polarizzate sull'evidenza 'oggettiva' dell'onestà della donna, con un reticolo di presunzioni (prima fra tutte quella di seduzione) capaci di prospettare, al di là delle apparenze, la vera *voluntas* della donna, la *voluntas ordinata* conforme all'ordine giuridico. Di fronte ad una protezione oggettiva per l'onestà, il giurista non si limita a constatare che l'ordinamento tutela la donna a prescindere dal suo consenso; ma si sforza di raccordare la tutela anche alla volontà della donna, presunta sempre

⁽¹⁾ BALDO DEGLI UBALDI, *In VII, VIII, IX, X et XI Codicis libros commentaria*, Venetiis, 1577, a C. 9, 9, 20, l. *Foedissima*. L'affermazione è utilizzata per isolare la situazione dello stuprato *per vim*.

⁽²⁾ Giova precisare ancora che le presenti pagine mirano a ricostruire un modello unitario di riferimento, quel modello che sarà recepito e contestato dai giuristi a fine Settecento. Utilizzerò ampiamente nella ricostruzione di questo modello la dottrina di diritto comune, ma i riferimenti non tendono certo a inquadrare le diverse questioni nell'esperienza giuridica medievale, bensì a far emergere i problemi in cui si imbatteva la 'matura' dottrina penalistica del tardo diritto comune che forgerà il composito bagaglio culturale poi ereditato dalla scienza giuridica tra Sette e Ottocento.

come onesta. La fortuna della seduzione nel modello di antico regime si lega proprio alla capacità della *persuasio* di trasformare l'ingannevole apparenza del consenso femminile in virtuoso dissenso: presumendo la seduzione il giurista può mostrare una volontà femminile 'ordinata', una donna integralmente onesta (nel corpo e nell'animo) e perciò meritevole di tutela.

Naturalmente protesi a configurare la volontà libera della donna come 'non vera', i giuristi d'antico regime enucleano uno spazio limitatissimo per il libero consenso: la donna è libera di consentire verso il matrimonio, oltre quel confine la volontà libera della donna è semplicemente registrata come colpevole devianza, degna di sanzione e immeritevole di qualsiasi protezione giuridica. In quel sistema la scelta è ovvia: non la volontà libera, ma la volontà onesta merita la protezione del diritto.

Tra Sette e Ottocento i giuristi invocano 'il rigore delle leggi' in netta contrapposizione alle ricostruzioni antecedenti, ma non riescono a distaccarsi dal complessivo assetto di quell'impianto; le nuove idee sono ancora impregnate dalla mentalità giuridica forgiata in quel modello. Certo, si abbattono le presunzioni e si esalta la volontà libera della donna, tale libertà però continua ad essere osservata attraverso il precedente modello dell'onestà: pur propensi all'insonnia della ragione, i protagonisti della 'svolta' continuano il sogno forgiato nel modello antecedente. Le proposte settecentesche di depenalizzazione dello 'stupro della consenziente', le richieste di smantellamento del sistema del 'dotare o sposare', sono ossessivamente guidate dall'idea di non raggiungere più il risultato « mostruoso » di premiare col diritto donne 'colpevoli'. La centralità del consenso dà coerenza all'idea antecedente di una protezione giuridica rivolta solo alla donna 'veramente' onesta: rende più scettica e rigorosa l'analisi giuridica, accorda in maniera più oculata e meno diffusa la protezione per l'onestà, lasciando che le conseguenze della scelta 'per il disonore' ricadano come sanzione non scritta sulle spalle dei singoli. Lo spazio angusto riservato al libero consenso della donna è semplicemente generalizzato, rimane però colpevole devianza, indegna della protezione del diritto.

Le ricostruzioni giuridiche della libera volontà femminile rimangono a lungo contraddittoriamente caratterizzate dalle scelte dei

giuristi di antico regime. La ricerca di un nesso continuo tra volontà e onestà che impregna ogni ricostruzione antica, segna a fondo la mentalità dei giuristi, ben oltre la svolta repentina e solenne proclamata dal 'secolo dei lumi'. Il 'nuovo' richiamo alla volontà della donna che emerge con forza tra XVIII e XIX secolo si oppone alle ricostruzioni fondate sull'onestà, ma non riesce a liberarsi dagli schemi interpretativi forgiati nei secoli antecedenti.

2. *Il problema della irrilevanza del consenso femminile e lo schema della persuasio*

Un sistema centrato su protezioni oggettive dell'onestà della donna è attraversato da una costante tensione interna: la protezione giuridica è ancorata a valori ritenuti preminenti rispetto alla volontà; la volontà però non può essere ignorata perché deve sempre apparire degna della protezione che le è attribuita. La protezione dell'onestà è solida solo se i due aspetti coincidono, solo se l'onestà 'imposta' e tutelata dal diritto si sovrappone perfettamente con una volontà del soggetto protetto costantemente indirizzata verso l'onestà.

La rappresentazione giuridica d'antico regime è protesa ad eliminare ogni possibile conflitto tra i diversi termini: presunzioni e congetture sono volte infatti a porre un nesso coerente tra protezioni e onestà, tra sanzioni e volontà colpevole (occorre presumere sempre un consenso onesto, una volontà degna della donna). Il giurista si confronta con la *libera voluntas* della donna proponendo continuamente il dubbio *an vere fuerit volens*, tracciando e ritracciando il suo modello dell'onestà femminile.

La questione si pone particolarmente evidente in relazione ad un testo che in qualche modo tenta di risolvere tale dilemma della relazione tra una protezione accordata a prescindere dal consenso della donna e ricerca di una volontà onesta da proteggere. Si tratta della costituzione imperiale di Giustiniano sul ratto, un testo che sarà posto ripetutamente al centro dell'attenzione dai penalisti di antico regime che ripropongono sul punto un composito bagaglio di conoscenze elaborato dai giuristi di diritto comune; un testo che

sarà, a fine Settecento, utilizzato per simbolizzare la 'brutalità' e l'arbitrarietà del sistema di antico regime ⁽³⁾.

Giova accostarsi al tema delle valutazioni del consenso della donna in antico regime, partendo proprio dall'analisi di questo testo che affronta direttamente il problema delle relazioni tra una protezione oggettiva dell'onestà e la ricerca di una vittima comunque meritevole della protezione. La disciplina prevista da Giustiniano per il ratto riprende parzialmente quella fornita da Costantino, i due testi però contengono alcune variazioni significative su cui si soffermerà a lungo l'analisi dei giuristi.

I due testi non ponevano un particolare legame tra ratto e *vis* ⁽⁴⁾; contenevano però una distinzione importante nella rappresentazione della donna vittima del reato. Nella costituzione imperiale di Costantino ⁽⁵⁾ la donna consenziente è complice e, in quanto tale,

⁽³⁾ La critica più nota è quella di Filangieri che, nella polemica contro gli abusi del passato, accomuna tra loro provvedimenti diversi: « Costantino che colle mani bagnate di sangue scrisse leggi di sangue; Costantino, io dico, fu l'autore della celebre legge contro il ratto, che offende nel tempo istesso l'umanità, la ragione, e la giustizia. (...) se la ferocia, o l'imbecillità di un legislatore confonde col ratto violento una fuga intrapresa di comune consenso; (...) se all'istessa pena destinata pel rapitore armato, che non si propone altro scopo nella sua violenza se non quello di soddisfare al suo brutale appetito, egli condanna due trasportati amanti (...); se, in poche parole, di tanti delitti così diversi tra loro se ne fa uno solo, con una sola legge, con una sola sanzione; in questo caso tutte le regole, che dirigono il potere legislativo e determinano i limiti della sua estensione, verrebbero conculcate e lese da una legge così feroce ed assurda. Ecco cosa si ritrova nella legge di Costantino, rinnovata da Giustiniano, ed inserita in quella mostruosa Collezione de' monumenti della sapienza, della ferocia, e dell'imbecillità de' vatj legislatori di Roma. Il rapitore felice viene in questa legge condannato alle fiamme, o alle fiere. Se la vergine dichiara di aver prestato il suo consenso al ratto, lungi dal salvare il suo amante, si espone a dividerne il destino ». G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, cit., pp. 377 e 378.

⁽⁴⁾ Cfr. F. GORIA, *Ratto (diritto romano)*, in *Enciclopedia del diritto*, 38 (1987), pp. 715 e 710.

⁽⁵⁾ Nel testo di Costantino sul ratto (che si riferiva esplicitamente alle sole *puellae* o *virgines*) si predispose un ampio apparato repressivo, pur delineando in modo scarno gli elementi della fattispecie: « *Si quis nihil cum parentibus puellae ante depectus invitam eam rapuerit vel volentem abduxerit* ». Modificando il diritto antecedente in cui, molto probabilmente, la *puellae responsio* giovava al rapitore (il quale poteva evitare la condanna nel caso in cui la donna avesse scelto il 'matrimonio riparatore'), qui si stabilisce che, in assenza di una preventiva pattuizione di fidanzamento con i genitori della donna, il rapitore sia condannato a prescindere dall'eventuale consenso prestato dalla donna.

punita. Il consenso della donna al rapimento la rende complice del crimine (la donna è sottoposta alla stessa pena comminata al rapitore); una sanzione (l'esclusione dalla successione) colpisce anche la donna *invita rapta*. Anche la donna rapita contro il proprio volere è considerata infatti 'colpevole': ha forse reso possibile il ratto con un suo comportamento incauto, non è comunque stata capace d'opporre sufficienti resistenze al rapitore. Custode della sua virtù, la donna è qui 'rapita e colpevole' (6).

Nel testo di Giustiniano invece nessuna sanzione colpisce la donna che abbia acconsentito al ratto: la donna 'consenziente' è considerata vittima irresponsabile della seduzione maschile. Il consenso della vittima, che nel testo di Costantino appare meritevole d'indagine al fine di dosare la sanzione, qui appare condannato all'irrelevanza giuridica, sia nel caso della donna *volens* sia in quello della donna *nolens*.

Posto lì a giustificare il venir meno dell'antecedente impianto sanzionatorio, il richiamo alla seduzione non è dunque un semplice orpello letterario: « ... ut huic poenae omnes subiaceant, sive volentibus sive nolentibus virginibus seu aliis mulieribus tale facinus fuerit perpetratum. Si enim ipsi raptores metu atrocitatis poenae ab huiusmodi facinore se temperaverint, nulli mulieri sive volenti sive nolenti peccandi locus relinquetur: quia hoc ipsum velle mulieri ab insidiis nequissimi hominis qui meditatur rapinam inducitur. Nisi etenim eam sollicitaverit, nisi odiosis artibus circumvenerit, non facit eam velle in tantum dedecus sese prodere » (7).

(6) Cfr. in C.Th. 9, 24, 1. Svincolando l'esistenza del crimine dal requisito della violenza, si privilegia in modo netto — come è stato notato — la tutela delle determinazioni famigliari nelle scelte matrimoniali a quella della stessa donna. Cfr. F. GORIA, *Ratto (diritto romano)*, cit., pp. 714 e ss.; L. DESANTI, *Costantino, il ratto e il matrimonio riparatore*, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, LII, 1986, pp. 195 e ss.; Id., *Osservazioni sul matrimonio riparatore nelle fonti retoriche e nelle fonti giuridiche*, in *Atti del III seminario romanistico gardesiano*, Milano, 1988, pp. 319 e ss.; D. GRODZYNSKY, *Ravies et coupables. Un essai d'interprétation de la loi IX, 24, 1 du Code Théodosien*, in *Mélanges de l'école française de Rome. Antiquité*, 1984, II, 697 e ss.

(7) C. 9, 13, 1. Si cfr. anche in C. 1, 3, 53 [vulg. C. 1, 6 (*De episcopis et clericis*), 42 (*Raptores virginum vel viduarum*)], che reca disposizioni più specifiche per il ratto delle vergini o delle vedove *deo dedicatae*, ove ritorna la dizione *sive volentibus sive nolentibus*.

Il riferimento alla *persuasio* permette di sottrarre la donna alla condanna e parifica nello stesso tempo la riprovazione nei confronti dell'offesa arrecata dal rapitore alla donna *volens* con quella arrecata alla donna *nolens*. Intravista attraverso un velo, la donna 'consenziente' non appare più correa, *socia criminis*, ma solo vittima. Il consenso della vittima è dunque irrilevante nell'architettura dell'illecito (8); la nettezza dell'affermazione 'sive volentibus sive nolentibus' è attenuata, però, da un indizio soggettivo che nega in via presuntiva la veridicità del consenso femminile: la donna consenziente in realtà non ha voluto, il suo è un consenso plagiato, estorto, riconducibile ad una volontà esterna; quel consenso femminile nasconde un dissenso invisibile ma costante. Al di là delle apparenze, l'immagine della donna si ricompone in un virtuoso e permanente diniego che elimina ogni ambiguità nella valutazione giuridica dei comportamenti femminili.

Quel richiamo alla seduzione introduce una complicazione che gli interpreti di diritto comune non tarderanno a cogliere: per quanto strumentale ad una costruzione disinteressata al consenso della vittima e volta a rendere meno distante (sino a farla coincidere) la situazione della donna *volens* da quella della donna *nolens*, la *persuasio* valorizza comunque un'introspezione soggettiva. Stabi- lendo un nesso tra apparenze diverse, la giustificazione della scelta legislativa dell'irrilevanza del consenso femminile può offrire anche uno spazio per flettere la rigidità del testo. Se la donna *volens* è tale solo perché sedotta, si potrà (piegando l'assolutezza della presun-

(8) Si punisce infatti la *abductio* sia consensuale che violenta. Il provvedimento di Giustiniano, molto probabilmente del 533, non riguarda più le sole vergini, ma fa riferimento in maniera più ampia al ratto (consensuale o violento) di vergini onorate o, comunque, *ingenuae*, di vedove, anche se di condizione libertina o servile, di vergini e vedove consacrate a Dio e di donne coniugate. Si fissa, in generale, una più intensa repressione del ratto, ribadendo l'impossibilità di nozze riparatrici, autorizzando la giustizia privata contro il rapitore e i complici sorpresi in flagrante, il divieto di fare appello alla sentenza di condanna; nell'ipotesi in cui il delitto riguardi donne nate libere, si fissa anche la confisca dei beni del rapitore con l'attribuzione in proprietà alla donna. Cfr. F. GORIA, *Ratto (diritto romano)*, cit., pp. 719 e ss.; L. DESANTI, *Giustiniano e il ratto*, in *Annali dell'Università di Ferrara. Scienze Giuridiche*. Nuova serie, I (1987), pp. 187 e ss.

zione) ricercare oltre il consenso apparente anche un consenso vero, reale, effettivo, a cui attribuire una diversa disciplina giuridica.

Seguendo il percorso tracciato dalla seduzione, insomma, si può certo riconfermare l'impianto di una tutela ampia e oggettiva (svincolata dal riferimento alle volizioni femminili), ma — come vedremo — si può anche, per cancellare l'apparentamento 'brutale' di consenso e di dissenso, aprire la via ad un'analisi e una graduazione del consenso.

L'ambiguità del testo tra una configurazione 'oggettiva' del reato (finalizzata alla protezione d'interessi prevalenti rispetto alle scelte della donna) e richiamo ad un presunto dissenso della vittima (che pone in primo piano l'avvenuta lesione della libertà della donna) ci fornisce un indizio importante per analizzare le ricostruzioni dei giuristi riguardo al tema del consenso femminile sino alla 'svolta' del secolo XVIII. I giuristi si ingegnano per ottenere lineari strutture di consenso femminile compatibili con le tutele predisposte dall'ordinamento: l'ambiguità del testo di Giustiniano si riflette nell'intera scienza giuridica che si adopera per raccordare oggettività della tutela, predisposta a prescindere dalle scelte della donna, col principio di una lesione specifica anche nei confronti della vittima del reato configurata come dissenziente.

2.1. Stuprum cum vi, stuprum sine vi... persuasio

Il consenso manifestato dalla donna al reato affievolisce l'immagine della sua onestà e mostra una tutela giuridica contraddittoriamente accordata in modo indifferenziato anche a donne 'non oneste': la ricostruzione giuridica si sforza di ricomporre l'ordine, di raccordare l'immagine femminile degna di protezione con la donna protetta dall'ordinamento. Nel caso del ratto, a fronte del contrasto tra un reato che (come vedremo, a dire unanime della dottrina) ha nella *vis* un suo elemento costitutivo non conciliabile con il consenso della vittima, la questione della 'apparenza del consenso' si pone in modo netto ⁽⁹⁾, ma non si tratta di un tema isolato. Il problema

⁽⁹⁾ La *violentia* è per la dottrina uno tra gli elementi costitutivi del *crimen raptus*. Naturalmente la questione della reale tenuta del 'consenso della consenziente' non scompare a fronte della semplice affermazione della centralità della violenza: lo spazio

infatti torna a proporsi in riferimento allo stupro, allo stupro semplice, che pur non è caratterizzato dalla violenza come elemento costitutivo del reato ⁽¹⁰⁾.

I testi a disposizione dei giuristi propongono nel caso dello stupro una tutela ampia, tutta polarizzata sulla protezione della verginità e dell'onestà della donna, beni protetti anche a fronte dello stupro commesso *sine vi*. La presenza del consenso della donna comporta un minore rigore sanzionatorio, ma non esclude il reato: affianco allo *stuprum violentum* si configura dunque uno stupro *voluntarium*, « quod volente et parum reluctantante virgine vel vidua committitur » ⁽¹¹⁾.

‘Si honesti sunt, publicationem partis dimidia bonorum, si humiles, corporis coercionem cum relegatione’: questa la sanzione prevista per la « illicita virginum defloratio » ⁽¹²⁾. L'assenza di *vis* (la presenza del consenso della donna) funziona da limite rispetto all'applicazione della pena ‘capite’ prevista per lo stupro violento. La pena meno cruenta non impedisce però che lo stupro semplice

accordato alla *persuasio* torna infatti a riavvicinare — come vedremo — configurazioni contrastanti.

⁽¹⁰⁾ La configurazione dello stupro così come è fornita da Modestino (D. 48, 5, 35 « *stuprum committit, qui liberam mulierem consuetudinis causa, non matrimonii continet, excepta videlicet concubina. Adulterium in nupta admittitur: stuprum in vidua vel virgine vel puero committitur* ») viene adoperata quando si fa riferimento ad una figura di stupro intesa in senso ampio; in senso stretto invece lo stupro è inteso come « *virginis illicita defloratio* ». Cfr. G. CLARO, *Liber quintus sive practica criminalis*, in *Opera omnia sive practica civilis atque criminalis*, s. I., 1637, § Stuprum, n. 1; P. FARINACCIO, *Praxis et theoriae criminalis pars quarta*, Lugduni, 1631, q. 146, § Stuprum, n. 3; G.B. BAIARDI, *Additiones ad Clarum*, cit., ad § Stuprum, n. 1: « Adde, quod stuprum proprie est illicita virginum defloratio, sub parentum custodia existentium, vel inordinatus concubitus, quo virginalis integritas corrumpitur... ».

⁽¹¹⁾ Così, ad esempio ripete ancora J. HARPRECHT, *Commentarius ad Instituta*, Francofurti ad Moenum, 1708, IV, § *Item lex Iulia de adulteriis*, n. 89. « Duplex est stuprum, voluntarium et violentum » si continuerà — come vedremo — a ripetere sino agli inizi dell'Ottocento.

⁽¹²⁾ I. 4, 18, 4: « *Item lex Iulia de adulteriis coercendis, quae non solum temeratores alienarum nuptiarum gladio punit, sed etiam eos, qui cum masculis infandam libidinem exercere audent. Sed eadem lege Iulia etiam stupri flagitium punitur, cum quis sine vi vel virginem vel viduam honeste viventem stupraverit, poenam autem eadem lex irrogat peccatoribus, si honesti sunt, publicationem partis dimidia bonorum, si humiles, corporis coercionem cum relegatione* ».

rappresenti il vero fulcro del sistema. La verginità si pone come l'emblema visibile dell'onestà: configurata come bene indisponibile da parte della donna, riceve una protezione incondizionata da parte dell'ordinamento ⁽¹³⁾. La punibilità oggettiva dello stupro 'consensuale' (*sine vi*) rappresenta il cuore dell'impianto protettivo, attorno a cui i giuristi dispongono, attraverso mere operazioni quantitative di addizione, tutti gli altri elementi che, incapaci di divenire autonomi e di svincolarsi dal modello centrale dell'onestà, si presentano pertanto come 'qualificazioni' di quella figura.

L'evidenza della violenza, che si presenta come il solo limite certo apponibile ad una dilagante sanzionabilità degli attentati all'onestà della donna, tende in questo quadro a trasformarsi in limite ambiguo e sfuggente. La centralità della verginità (protetta a prescindere dalla volontà della donna, anche di fronte ad 'aggressioni' *sine vi*) e l'assorbente riferimento all'onestà contamina infatti in modo inevitabile anche la lettura della violenza: pur arrecando un'offesa diretta alla donna dissenziente, essa costituisce solo una variante quantitativa nell'efferatezza del reato di stupro, non muta l'intima sostanza di una lesione rivolta all'onestà (più che alla libertà) della donna. Le poche certezze ottenibili dalla distinzione *cum vi/sine vi* finiscono poi per saltare del tutto nel momento in cui si complica la bipartizione considerando figure 'intermedie' che ruotano attorno al tema della seduzione.

Il riferimento alla violenza 'vera' diventa, ad esempio, tanto labile quanto decisivo per risolvere le questioni sollevate da un testo che, richiamando la *persuasio*, complica il quadro sanzionatorio per lo stupro:

« Qui puero stuprum abducto ab eo vel corrupto comite persuaserit aut mulierem puellamve interpellaverit quidve impudicitiae gratia fecerit, donum praebuerit pretiumve, quo is persuadeat,

⁽¹³⁾ Ciò è in corrispondenza con le categorie di San Tommaso. Non a caso nel momento in cui — come vedremo — si tenterà di mettere in discussione l'impianto giuridico dello stupro semplice, si dovranno attaccare frontalmente le classificazioni tomistiche (che, ovviamente, sono difese a fondo da quanti restano fermi nel ribadire la tenuta delle categorie tradizionali). Sulla questione si cfr. nel sesto paragrafo del presente Capitolo.

dederit: perfecto flagitio punitur capite, imperfecto in insulam deportatur: corrupti comites summo supplicio adficiuntur » (14).

La distinzione tra lo *stuprum* commesso *sine vi* e quello commesso *cum vi* rischia di saltare assorbita dalla genericità di questa figura. Bartolo ritiene che si possa negare il contrasto sanzionatorio con la pena prevista per lo stupro semplice (*sine vi*) scorgendo in questo caso violenza: « Intellige, quod hic intervenit aliqua violentia interpellando vel conducendo eam, vel committendo... » (15). Il richiamo alla violenza effettiva nega in sostanza che la *persuasio* possa essere sanzionata 'capite' (riconduce l'ipotesi 'intermedia' a quella dello stupro della consenziente). Seguendo questa via, si annulla la pericolosa autonomia del testo (16) e si prospetta un quadro semplificato dalla presenza o dall'assenza di violenza (effettiva).

Ponendo l'interprete in posizione d'estrema libertà di fronte al testo, il richiamo di Bartolo ad una « aliqua violentia » (che — non si mancò di dire — si presentava rispetto alla lettera della *lex* come una « divinatio » (17)) riduceva i contrasti: indicava due situazioni contrapposte delimitabili soltanto dalla presenza o dall'assenza della *vis*, e pertanto negava che la *persuasio* potesse, diciamo così, salire verso l'alto parificandosi alla zona di presenza evidente della violenza. La nettezza della distinzione *cum vi/sine vi* si oppone ad una tripartizione dello stupro soprattutto per impedire che il riferimento alla *persuasio* generalizzi un'unica figura dai contorni indistinti.

Tale interpretazione, per quanto fortunata (18), non riuscì ad eliminare i contrasti e a porre la violenza come certa linea di confine tra il territorio dei comportamenti ascrivibili alla donna *volens* e

(14) D. 47, 11, 1, 2. Il testo, come vedremo, ha un'importanza cruciale e sarà posto ripetutamente al centro di contrastanti letture dei giuristi.

(15) BARTOLO DA SASSOFERRATO, *In secundam Digesti novi partem (commentaria)*, Venetiis, 1585, a D. 47, 11, 1, 2.

(16) Pericolosa perché capace d'eliminare del tutto la sanzione 'ordinaria' prevista per lo stupro semplice e d'imporre un generalizzato rigore sanzionatorio (la *poena capitis* avrebbe colpito sia le strategie di seduzione, sia la violenza).

(17) Così A. BONFRANCESCHI nelle *Additiones* ad Angelo Gambiglioni da Arezzo, *De maleficiis tractatus*, Venetiis, 1584, § Che hai adulterato la mia donna, n. 55.

(18) Si tornerà sulla questione nel paragrafo quinto; si cfr., comunque, D. TOSCHI, *Practicae conclusiones iuris*, Romae, 1607, vol. VII, Concl. 710, n. 3.

nolens. Le ambiguità cui si è fatto cenno riguardo al testo sul ratto tornano infatti puntuali anche in riferimento allo stupro, coinvolgendo la lettura della violenza e dilatandone enormemente la configurazione.

A opporsi alla semplificazione sta, in primo luogo, la lettera del testo: chi scorge nel § *qui puero* un riferimento alla violenza — si dice — non ha letto la *lex* che qui si occupa « simpliciter de persuasione et corruptione »⁽¹⁹⁾. Le *persuasiones* rappresentano insomma uno spazio autonomo (che si approssima alla violenza e riceve perciò sanzioni egualmente gravi) che non può essere negato imponendo come essenziale un requisito estraneo (la presenza di una violenza vera e propria). Al fianco della *vis*, ‘blanditias, persuasiones et alias insidias et malas artes’ giocano un ruolo autonomo: l’indagine giuridica di quelle strategie permette d’appurare l’assenza di un reale consenso della donna anche « quando nulla vis fuit adhibita, sed tantum persuasionibus et pecunia mulier fuit subducta »⁽²⁰⁾.

A porre in discussione la divisione netta segnata dalla *vis* non c’è solo però l’esegesi del § *qui puero*⁽²¹⁾. È la stessa pericolosità riferita alla *persuasio* (simbolicamente evidenziata dalla stessa gravità della pena) a generare interpretazioni opposte a quello di Bartolo: la « callida suasio » — si ripete — contiene in sé una violenza maggiore della « violenta coactio » (« persuadere autem est plus quam com-

⁽¹⁹⁾ La critica più veemente è indirizzata da Tiberio Deciani a Egidio Bossi, ma non risparmiava lo stesso Bartolo: « non puto eum [Bossi] legisse dicta iura, quia textum in dicta lege 1. § qui puero [D. 47, 11, 1, 2], non loquitur de inferente vim, sed de persuadente stuprum puero vel puellae corruptis comitibus (...) et sic patet, quod nullum verbum de violentia, sed simpliciter de persuasione et corruptione. (...) et ideo Bar. in dicta lege 1. § qui puero, male intellexit illum textum volendo quod ibi interveniret violentia vel interpellando mulierem vel puerum vel in abducendo vel in stuprando: quia textum ille punit persuadentem stuprum et obtinentem malis artibus, puta precio, corruptione et aliis similibus artibus, quae sunt proximae violentiae (...) certum est ergo, quod illa iura non loquuntur de stupro violento ». T. DECIANI, *Tractatus criminalis*, Venetiis, 1590, t. II, l. VIII, cap. XV (De stupro vel coitu violento) n. 7.

⁽²⁰⁾ T. DECIANI, *Tractatus criminalis*, cit., t. II, l. VIII, cap. VII (Raptus quid), n. 7.

⁽²¹⁾ Per una sintesi delle contrastanti interpretazioni dottrinali sul tema cfr. G.D. RINALDI, *Observationes criminales, civiles et mixtae*, Venetiis, 1699, II, Observ. Cap. 23, nn. 76 e ss. e al Cap. 21, supplet. II.

pellī atque cogi sibi parere » (22)), le *persuasiones* sono equiparabili alla violenza, lo stupro da seduzione è da reputarsi come violento. Il richiamo alla seduzione assottiglia le differenze nella rappresentazione della donna *volens* e *nolens*, spinge ad indagare dietro le apparenze del consenso (23) e dilata la nozione di violenza: « stuprum violentum non tantum dicitur quando intervenit vis, et violentia vera, sed etiam quando interveniunt blanda verba, et allecamenta, ac dolosae promissiones, et isto casu etiam punitur poena mortis, quia illa promissio, et seductio est vis interpretativa » (24). Liberamente ricostruita dalla dottrina, la *seductio* come *vis interpretativa* torna a ridisegnare i confini tra le varie figure di reato, impone distinzioni continue tra consenso vero e apparente, tra *vis vera* e *vis metaphorica, suasoria et interpellatoria* (25). Il riferimento al consenso della donna che spinge ad utilizzare in maniera netta il discrimine della violenza 'vera', si riprospetta capovolto attraverso la *persuasio* che colora di violenza comportamenti privi di *coactio* e scompone le possibili certezze desumibili dai richiami alla donna *volens*. Più si cercano distinzioni nette, più ci si aggroviglia in un circolo vizioso che valorizza e nega al tempo stesso l'importanza del consenso manifestato dalla donna.

(22) D. 11, 3, 1, 3: « Persuadere autem est plus quam compelli atque cogi sibi parere, sed persuadere , nam et bonum consilium quis dando potest suadere et malum: et ideo praetor adiecit 'dolo malo, quo eum deteriorem faceret': neque enim delinquit, nisi qui tale aliquid servo persuadet, ex quo eum faciat deteriorem, qui igitur servum sollicitaverit ad aliquid vel faciendo vel cogitandum improbe, hic videtur hoc edicto notari ». Un passo questo che — come vedremo — è anche ampiamente utilizzato per spiegare il 'sive volentibus, sive nolentibus' contenuto nel testo di Giustiniano sul ratto.

(23) Il richiamo più frequente va, in questo caso, a D. 43, 29, 3, 5 [Vulg. D. 43, 28, 3, 5] « Si quis volentem retineat, non videtur dolo malo retinere. Sed quid si volentem retineat, non tamen sine calliditate circumventum vel seductum vel sollicitatum, neque bone vel probabili ratione hoc facit? ». Anche in questo caso il richiamo alla seduzione consentirà un'ampia utilizzazione del testo in riferimento al tema del ratto della consenziente.

(24) G.B. BAIARDI, *Additiones ad Clarum*, cit., ad § Stuprum, n. 38, che riprende MATTEO D'AFFLITTO, *Prima commentarii pars in primum earundem constitutionum librum, Venetiis*, 1588, I, r. XIX ('Si quis rapere'), n. 9.

(25) P. RIPA, *Tractatus de nocturno tempore*, Ticini, 1601, cap. 22 (De violentia), nn. 10 e 11.

2.2. Persuasio e fondamento giuridico dello stupro semplice

Al di là dei testi, a spingere fatalmente i giuristi in questa direzione è la raffigurazione di un sistema giuridico unitario e coerente in cui responsabilità individuali e protezioni 'oggettive' coincidono; un sistema in cui l'onestà è interiorizzata nella coscienza d'ogni consociato, nel delinquente che 'aspira' alla sanzione, nella vittima che deve avere volizioni degne della protezione che le è accordata (26).

La questione si pone in termini più chiari guardando da vicino le analisi relative al fondamento dello stupro semplice che, come abbiamo visto, pone nettamente al centro dell'attenzione l'integrità fisica della donna (la donna è solo custode della sua verginità), ignorando il profilo della sua volontà. La presenza del consenso della donna è qui il dato di partenza con cui il giurista si confronta: la tutela penale è predisposta escludendo qualsiasi possibile utilizzo del consenso della vittima come scriminante. Eppure anche in questo caso si sente l'esigenza di scomporre il consenso utilizzando il riferimento alla *persuasio*. Non si ignora certo che nel caso dell'offesa 'in corpus' il consenso della vittima non scusa (« quia nemo est dominus membrorum suorum » (27)); ma quello che importa rilevare è che la *ratio* della punibilità è rintracciata nell'assenza di un vero consenso della donna: 'virgo semper praesumitur seducta et decepta' (28). In questo caso il testo non impone tale funambolismo,

(26) Così come si configura un « delinquente che aspira alla pena » (cfr. M. SBRICCOLI, *Crimen laesar maiestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, Milano, 1974, p. 160, che cita Bartolo: « Notandum quod qui delinquit amat poenam, et sic in delictis est consensus a quo creatur naturalis obligatio »), si pretende (si presuppone) che anche la vittima abbia volizioni sempre conformi alle protezioni che le sono accordate.

(27) Insiste su tale *ratio* tutta oggettiva del fondamento del reato soprattutto PIERRE DE VERGNE — nella *Additio* a C. 1, 3, 53 [vulg. C. 1, 6 (*De episcopis et clericis*)], 42 (*Raptores virginum vel viduarum*)], a I. BOTTRIGARI, *Lectura super Codice*, [rist. anast., Bologna, 1973] — che utilizza il richiamo alla l. *liber homo suo nomine*, ff. *Ad legem Aquiliam* [D. 9, 2, 13]. Sulla questione delle relazioni fra persona e proprio corpo in riferimento alla tutela aquiliana cfr. C. FERRINI, *Esposizione storica e dottrinale del diritto penale romano*, in *Enciclopedia del diritto penale italiano* (a cura di E. Pessina), Milano, 1905, vol. I, pp. 298 e ss.

(28) Cfr. A. GÓMEZ, *Ad Leges Tauri commentarium absolutissimum*, Lugduni,

eppure anche qui la *persuasio* è al centro dell'attenzione ed esalta il valore del consenso della donna solo per negarlo, per ricondurlo al suo opposto, lo trasforma in una mera apparenza sostanziata da un virtuoso rifiuto coerente con l'immagine dell'onestà femminile tutelata dall'ordinamento.

Nello stupro semplice il riferimento al consenso della donna filtrato dalla presunzione di seduzione non ha un valore 'pratico' ma simbolico: nega la rappresentazione di una tutela giuridica predisposta anche a favore di donne capaci di consentire al proprio disonore, afferma la tranquillizzante immagine di una donna protetta perché immessa nell'ordine. L'apparenza del consenso della donna nega ogni possibile contrasto tra predisposizione delle tutele giuridiche e volontà protette; l'immagine di una donna che vuole solo perché persuasa prospetta l'onestà come indiscutibile base dell'ordinamento, raccorda scelte normative avvertite come inconciliabili, salda principi giuridici e scelte morali.

In questa stessa ottica i giuristi possono affrontare e risolvere la delicata questione della non punibilità della donna consenziente. A creare infatti un'ampia convergenza verso la non punibilità della donna è ancora una volta il richiamo alla *persuasio* che permette d'escludere la configurazione della donna come 'socio criminis', di negare ogni sua colpa.

Colorandola di richiami alla 'natura' della donna (« mulieres naturaliter sunt mobiles, et incostantes »), la spiegazione più ricorrente non può che far propria la negazione giuridica della volontà della donna affermata attraverso lo schema della *persuasio* ⁽²⁹⁾. La 'fragilità' della donna, il richiamo alla 'natura femminile' enfatizzano

1674, Lex 80, n. 10, con un'inevitabile riferimento a C. 9, 13, 1: 'quia hoc ipsum velle mulierem ab insidiis nequissimi homini...'; P. FARINACCIO, *Praxis*, cit., q. 147, § Stuprum, n. 54. La posizione più netta è, comunque, quella del Panormitano (cfr. *infra* nel quarto paragrafo).

⁽²⁹⁾ « Sed quaero quae est ratio, quod virgo allicita a viro ad concubitum non habet consensum? Respondeo, quia fragilitas sexus hoc facit, nam mulieres dicuntur fragiles (...). Sed miror profecto, cur non puniatur ipsa rapta propter stuprum commissum (...) potest responderi ut supra, quia fragilis est, et in actibus luxuriae est magis audax (...) et ideo eius naturae parcendum est, sicut parcutur dolori patris, quando reperit filiam in adulterio... ». MATTEO D'AFFLITTO, *Prima commentarii pars in primum earundem constitutionum librum*, cit., I, r. XIX ('Si quis rapere') n. 4.

ancora la presunzione di seduzione, proponendo un'ingannevole centralità della volontà. Tale presunzione presenta, del resto, proprio il vantaggio di porre l'analisi del consenso docilmente al fianco della lettura 'oggettiva' che prende semplicemente atto della irrilevanza giuridica di una volontà così fragile e 'in custodia'. Termini contrapposti si saldano assieme: il ratto e lo stupro arrecano un'offesa all'intera famiglia e dunque una lesione si produce comunque (a prescindere dalla volontà della donna) nei confronti del padre, della madre, dei fratelli ⁽³⁰⁾; il giurista non si accontenta di questa sola spiegazione ed avverte l'esigenza di scomporre quel consenso e d'annientarlo, mostrando così attraverso il gioco delle sue presunzioni una realtà giuridica perfettamente ordinata.

La propensione dello schema della seduzione a conciliare gli opposti, a gettare un ponte tra principi diversi spiega le sue fortune nel modello d'antico regime e ci consegna nello stesso tempo tutte le sue ambiguità. L'irrilevanza del consenso femminile (con la sua piatta parificazione di donne 'sive volentibus, sive nolentibus') rimane lì a condizionare tutto il sistema. Con la presunzione di seduzione si ricompongono le scelte individuali entro una realtà giuridica ordinata, il giurista ottiene coerenze: può essere certo che (al di là delle apparenze) la tutela giuridica è predisposta soltanto nei confronti di donne degne, virtuose, in perenne tensione verso l'onestà ⁽³¹⁾.

La seduzione (la 'poesia' delle presunzioni di cui parlava Carrara) rende, insomma, visibile (e possibile) il paradosso di un'analisi giuridica costante del consenso femminile anche in presenza di una sua dichiarata irrilevanza.

⁽³⁰⁾ Cfr. I. BOTTRIGARI (*Lectura super Codice*, cit., a C. 9, 13, 1) che tende a sciogliere l'omogeneità del richiamo alle donne 'sive volentibus, sive nolentibus' riferendosi alle donne 'in potestate': « hic loquitur in personis que sunt sub aliena potestate constitute ut uxor sub marito vel sanctimonialis sub abatissa, unde licet mulieres velint et per hoc non committitur raptus: committitur tamen raptus personarum sub quarum potestate sunt constitute que non consenserunt ».

⁽³¹⁾ È evidente però che la stessa figura genera — come vedremo in particolare in I. 5 — rivendicazioni di coerenza anche di tipo opposto: l'esigenza di accertare 'senza finzioni' gli spazi di colpevole consenso della donna. Sul rapporto *factio-praesumptio* è qui sufficiente rinviare a F. TODESCAN, *Diritto e realtà. Storia e teoria della fictio iuris*, Padova, 1979, pp. 168 e ss.

2.3. 'Scienti et consentienti non fit iniuria' e schema della persuasio: il ratto della consenziente

Di fronte al testo sul ratto gli interpreti avvertono dunque l'esigenza di comprendere e spiegare il ruolo del consenso della donna, andando oltre una pura e semplice presa d'atto della sua irrilevanza a seguito di quel '*sive volentibus, sive nolentibus*'. A spingere i giuristi a percorrere sino in fondo la via offerta dal richiamo alla seduzione è una questione di tenuta tecnica del sistema: l'offesa arrecata ad un soggetto consenziente appare in contrasto con il principio « scienti et consentienti non fit iniuria neque dolus »⁽³²⁾.

La mera constatazione del contrasto⁽³³⁾ e il solitario riferimento alla spiegazione fornita dalla stessa legge⁽³⁴⁾ pongono la questione, non la risolvono. Il richiamo ad un interesse preminente dell'ordinamento e delle famiglie capace di rendere irrilevante il consenso della donna (e di generalizzare, nello stesso tempo, la sanzione nei confronti del protagonismo del soggetto 'attivo') è avvertito come insufficiente, sfugge all'esigenza di cogliere un'intima coerenza sistematica tra tutti i testi. La questione torna dunque ad affacciarsi e ad esigere una spiegazione.

Nel commento alla regola *Scienti* Dino del Mugello affronta il tema col fine dichiarato d'appianare i contrasti⁽³⁵⁾. La lunga scia di testi posti a sostegno del principio⁽³⁶⁾, non è contraddetta dalla con-

⁽³²⁾ La questione — come vedremo — resterà a lungo al centro dell'attenzione dei giuristi, gravata anche nel periodo moderno dalle ricostruzioni di diritto comune.

⁽³³⁾ Cfr. AZZONE, *Lectura super Codicem* (Parisiis, 1577), in *Corpus glossatorum iuris civilis*, III, [rist. anast., Torino, 1966] a C. 9, 13, 1: « *Sive volentibus sive nolentibus. Aliud in actione iniuriarum, quia nulla iniuria est quae in voluntatem fiat: ut ff. de iniur. l. 1. §. usque adeo* [D. 47, 10, 1, 5] ».

⁽³⁴⁾ PIACENTINO, *Summa Codicis*, Moguntiae, 1536 [rist. anast., Torino, 1962] a C. 9, 13, 1: « ...vel volentem rapuerit: quia hoc ipsum mulierem velle ab insidiis nequissimi hominis qui rapuerit inducitur ». Cfr. anche ODOFREDO, *Lectura super Codice*, II, Lugduni, 1552 [rist. anast., Bologna, 1969] a C. 9, 13, 1: « Dicitur etiam, quod non potest se excusare raptor ex eo quod dicat mulierem raptam hoc voluisse: sive fuit virgo, sive vidua: quia verosimile est quod eam invitam rapuerit ».

⁽³⁵⁾ DINO DEL MUGELLO, *Commentaria in Regulas Iuris Pontificii*, Venetiis, 1570, Regula 27 (« scienti et consentienti non fit iniuria, neque dolus »).

⁽³⁶⁾ Cfr. ff. De iniuriis et famosis libellis, l. 1. §. usque adeo [D. 47, 10, 1, 5]: « ...nulla iniuria est, quae in volentem fiat »; ff. De homine libero exhibendo, l. 3. §. Si

figurazione del ratto anche nei confronti della donna consenziente: « Sed opponitur et videtur, quod iniuria fiat etiam volenti: quia si rapio virginem etiam volentem, teneor (...) Sed dicendum est quod cum ex una parte intervenit voluntas, ex alia persuasio dolosa, regula non habet locum: quia is qui deceptur, pro non volente habetur, et hoc ex eo procedit: quia dolosa persuasio plus est quam violenta coactio... »⁽³⁷⁾.

Si preferisce procedere attraverso la disamina del consenso femminile falsato, piuttosto che limitarsi a prendere atto della indisponibilità del diritto da parte della donna. Tale analisi ha il vantaggio di provocare immediatamente una variazione rispetto alla rigidità del testo giustiniano: ove infatti la *dolosa persuasio* non sia provata la regola per cui « scienti et consentienti non fit iniuria » si rispande. Nel dubbio il consenso esiste e scrimina: « ubi dolosa persuasio in altera parte non probatur, scientia cum consensu inducit praesumptionem, quod non intervenit iniuria, neque dolus. Et ita loquitur regula... »⁽³⁸⁾.

La questione è ripresa negli stessi termini da Cino da Pistoia anch'egli alle prese con il contrasto tra i testi (l'affermazione per cui « ad evadendam poenam raptus, non sufficit habuisse consensum mulieris » torna a contrapporsi alla regola « consentienti et volenti non fit iniuria »)⁽³⁹⁾. Il tentativo di risolvere la questione affermando che il richiamo al consenso (*sive volentibus*) allude semplicemente ad un consenso intervenuto « ex postfacto » (*post rapi-*

quis volentem [D. 43, 29, 3, 5; vulg.: D. 43, 28, 3, 5]: « Si quis volentem retineat non videtur dolo malo facere »; C. De transactionibus, l. Cum donationibus [C. 2, 4, 34]: « ...nec unquam volenti dolus inferatur »; C. De rescindenda venditione, l. venditor [C. 4, 44, 11] (ma qui si cfr. soprattutto la gl. *queri potest*); ff. Quae in fraudem creditorum, l. Qui autem, § praeterea [D. 42, 8, 6, 9; vulg. D. 42, 9, 6]: « ... Nemo enim videtur fraudare eos, qui sciunt, et consentiunt »; ff. De reg. iuris, l. nemo videtur [D. 50, 17, 145; vulg. D. 50, 17, 188].

⁽³⁷⁾ Segue naturalmente il richiamo a D. 11, 3, 1, 3 (« persuadere autem est plus quam compelli... »). DINO DEL MUGELLO, *Commentaria in Regulas Iuris Pontificii*, cit., Regula 27, n. 3. Anche la Glossa rileva l'apparenza del contrasto (gl. *Scienti* alla Regula 27) riaffermando lo stesso principio.

⁽³⁸⁾ DINO DEL MUGELLO, *Commentaria in Regulas Iuris Pontificii*, cit., Regula 27, n. 4.

⁽³⁹⁾ CINO DA PISTOIA, *Super Codice et Digesto veteri lectura*, Francoforti ad Moenum, 1578 [rist. anast., Torino, 1964] a C. 9, 13, 1, n. 5.

nam)⁽⁴⁰⁾, non significa nulla (« Istud nihil est dicere »); il tema, sulla scia di Dino, va risolto diversamente:

« Tu dicas, quod hic nihil operatur ab ipso principio: quia non est voluntas ordinata, sed dolosa persuasio inducta, et sic mulier decepta pro non volente habetur, et hoc ex eo procedit, quia dolosa persuasio plus est quam violenta coactio, ut ff. de li. ho. exh. l. 2. §. Si quis violenter [D. 43, 29, 3, 5, « Si quis volentem »] et de servo cor. l. 1. §. persuadere [D. 11, 3, 1, 3] »⁽⁴¹⁾.

Il rifiuto di altre ricostruzioni ritenute artificiose a vantaggio del richiamo ad una *voluntas ordinata* della donna permette di piegare in altra direzione il disinteresse giustiniano per la volontà della donna e d'appianare il contrasto tra i testi. Si può ribadire la regola per cui il consenso rimuove il dolo e l'*iniuria*⁽⁴²⁾, la *persuasio* infatti conferisce valore giuridico al consenso della donna dissolvendolo entro la più vasta categoria di una 'non ordinata voluntas'. La punibilità del ratto della consenziente non contraddice il principio 'volenti non fit iniuria' per il semplice fatto che il consenso della donna non è che apparente (« mulier decepta pro non volente habetur »). La distinzione *volens/nolens* è ribadita e, nello stesso tempo, annullata: il contrasto non esiste perché in realtà non esiste *voluntas* della donna ma solo dolose manovre maschili. Il confine tra consenso e dissenso resta giuridicamente rilevante, ma è fissato con elasticità dal giurista che, utilizzando vaste categorie ordinanti, è capace di leggere dietro alle apparenze e di svelare i nessi profondi esistenti tra termini opposti.

Si realizza dunque un equilibrio tra esigenze contrastanti ponendo ancora al centro dell'attenzione il tema della *persuasio* e accettando l'immagine della donna (dissenziente e onesta) che essa trascina con sé. Pressata dall'esigenza di raccordare all'ordine com-

⁽⁴⁰⁾ Cino riferisce tale soluzione a Guido da Suzzara; ma cfr. in tal senso anche ALBERTO DA GANDINO, *Tractatus de maleficiis*, Venetiis, 1584, De multis quae est. dependentib. a Statutis, quae incidunt circa maleficia, n. 21.

⁽⁴¹⁾ CINO DA PISTOIA, *Super Codice et Digesto veteri lectura*, cit., a C. 9, 13, 1; n. 5. La lettura di Dino suggestiona anche Bartolo (cfr. *In primam Digesti novi partem (commentaria)*, a D. 43. 29. 3. 5; vulg. D. 43. 28. 3. 5).

⁽⁴²⁾ Anche per Cino, nel caso in cui la *dolosa persuasio* non sia provata, il consenso prestato elimina la possibilità di *iniuria* e di dolo (« consensus amovet iniuriam et dolum »).

plessivo del sistema le volizioni dei singoli, la ricostruzione crea una sola immagine femminile degna della protezione del diritto: il giurista può conciliare così la poesia ‘dell’amore il più puro e trascendentale’ con la spietata rudezza e ‘il grossolano materialismo’ che ispira i commenti rivolti verso le donne ‘indegne’ (43).

Fondata sulla sfuggente figura della *dolosa persuasio*, la ricostruzione rischia però d’ottenere di più di quanto esige. Affermata per ribadire il vigore del principio *volenti non fit iniuria*, essa reca in sé gli argomenti per aggirare di continuo il riferimento al consenso della donna e fa riemergere la fragilità della delimitazione certa ottenibile richiamando la violenza. Lo schema della *persuasio* esalta l’ordine del sistema, ma rischia di distruggerne le certezze. È difficile, però, rinunciarvi: ad imporne la presenza non è infatti una ricerca, formale e astratta, di coerenza tra principi ma la stessa mentalità dei giuristi che manifesta quello che è avvertito come un valore di fondo dell’ordinamento.

3. *Violenza al corpo, violenza all’anima*

Anche l’analisi della violenza finisce per condurre verso una centralità della *persuasio*. La violenza fa emergere con nettezza un

(43) Per confrontare quanto poco ‘poetica’ fosse la rappresentazione della donna che si allontana dal modello di volizioni ‘ordinate’ si cfr. il commento di Cino alla l. *Si qua cum servo*, (*De mulieribus, quae se propriis servis iunxerit*) [C. 9, 11, 1] la cui volgare rudezza non mancò d’essere rilevata, con stupore e scandalizzato disappunto, da Savigny: « E chi lo giudicasse sotto questo rapporto [il buon gusto e l’eleganza di forme], senza saper altro, difficilmente crederebbe che lo stesso scrittore fu eziandio gran poeta, amico e collega di Dante e Petrarca, e preposto, come loro, a modello. Qui appariscono dunque nella stessa persona due diverse nature intellettuali, ciascuna delle quali porta con sé una vita a parte, e questa dualità riscontrasi perfino nei sentimenti e nel modo di giudicare le cose umane. Così, mentre il poeta è animato dall’amore il più puro e trascendentale, dove non è parte alcuna delle esigenze materiali dell’umana natura, il giureconsulto si richiama alla sua personale esperienza per proclamare il più grossolano materialismo come l’unica vera realtà della vita » (*Storia del diritto romano nel Medioevo*, Torino, 1857, Prima versione dal tedesco, ed. E. Bollati, II, cap. 50, Cino, p. 609). Immagini così lontane della donna, molto probabilmente, non denotano ‘vite separate’, ‘diverse nature intellettuali’, del giureconsulto e del poeta, ma semplicemente la presenza (nel giurista e, forse, anche nel poeta) di un comune schema ordinante in grado di far convivere i contrasti in un quadro percepito come coerente.

interesse superiore a quello della stessa donna (« quia tunc fit iniuria Reipublicae, patri, et domino et consanguineis »⁽⁴⁴⁾) ma, palesando di per sé un rifiuto, mostra una donna degna di protezione in quanto priva di peccato (« stuprum per vim illatum, nullam notam infamiae infert, et nullum peccatum »⁽⁴⁵⁾).

La visibilità della violenza offre insomma la tranquillizzante certezza dell'onestà della volontà della donna⁽⁴⁶⁾, fa stare certi che l'offesa inferta al corpo non ha contaminato la coscienza, esalta la verginità dell'animo (« virginitas mentis et non corporis, quae sine consensu tolerat, quod aliis operatur »⁽⁴⁷⁾), imponendo conseguenze rilevanti al giurista che pacificamente può affermare: « castitas violata per vim (...) non est censenda violata »⁽⁴⁸⁾, la donna

(44) CINO DA PISTOIA, *Super Codice et Digesto veteri lectura*, cit., a C. 9, 13, 1, n. 5. Cfr., anche, GUILLAUME DE CUNH, *Lectura super Codice* [rist. anast., Bologna, 1968], a l. Raptores, [C. 1, 3, 53; vulg. C. 1, 6, 42] n. 5.

(45) CINO DA PISTOIA, *Super Codice et Digesto veteri lectura*, cit., a commento di C. 9, 9, 20: « Foedissimam earum nequitiam, quae pudorem suum alienis libidinibus prosternunt, non etiam earum, quae per vim stupro comprehensae sunt, inreprehensam voluntatem leges ulciscuntur, quando etiam inviolatae exstimationibus esse nec nuptiis earum aliis interdicere merito placuit ».

(46) Si cfr. il già citato commento di Baldo a C. 9, 9, 20: « Tolle voluntatem de medio ed omnis actus est indifferens... Stuprata per vim non patet poenam, nec efficitur infamis... » (cfr. anche, riguardo allo stesso testo, BARTOLOMEO DA SALICETO, *In VII, VIII et IX Codicis libros*, Venetiis, 1574). Antonio Marongiu ha sottolineato come questo testo di Baldo (si richiama però un *Consilium* in cui Baldo ripete la stessa affermazione riferendola a Azzone) sia poi valorizzato da Deciani ai fini di una configurazione del reato solo di fronte a dolo o colpa. Deciani ha sempre fermo il concetto — si afferma — per cui *in delictis praecipue animus spectatur*. A. MARONGIU, *Tiberio Deciani (1509-1582) lettore del diritto, consulente, criminalista*, in *Rivista di storia del diritto italiano*, 1934, p. 344. Il *Consilium* cui si fa riferimento è il 96 (al n. 2), in BALDO DEGLI UBALDI, *Consiliorum sive responsorum... volumina*, III, Venetiis, 1575. Mi preme sottolineare il fatto che il testo è utilizzato non solo per analizzare la *intentio agentis*, ma soprattutto per guardare alla volontà onesta della vittima.

(47) ALBERICO DA ROSATE, *Dictionarium ad utriusque iuris facilitatem pertingere nitendi maxime necessarium*, Lugduni, 1548, *Virginitas*: « Virginitas est in carne corruptibilibus perpetua incorruptionis meditatio ». Oltre ai richiami *ivi* contenuti cfr. la voce *Luxuria*.

(48) L'insegnamento è unanime, e può essere avvalorato con molteplici richiami (soprattutto da testi di Agostino) presenti nel *Decretum* di Graziano (Causa 32, quaestio V, soprattutto i cc. da 1 a 10): « ... pudicitia violenter eripi non posset »; « corpori namque vis inferetur, non animo »; « Non enim inquinatur corpus, nisi de consensu

stuprata *per vim* non è corrotta ⁽⁴⁹⁾, giuridicamente è ancora vergine ⁽⁵⁰⁾: « stupro non obstante, stuprata virgo remanet, ex quo licet sit corrupta corpore, tamen voluntate non est maculata » ⁽⁵¹⁾. Il dissenso che accompagna la violenza palese dunque attraverso il corpo il rifiuto dell'animo e conferisce la certezza che la volontà della donna non è colpevole, ma 'ordinata', conforme a quanto l'ordinamento le chiede. Il diritto qui non accorda la protezione ad una libertà, ma protegge una donna che mostra d'essere quello che le leggi vogliono che sia (« *leges maiorem castitatem et honestatem requirunt in muliere, quam in masculo* » ⁽⁵²⁾).

Ma se così è nel caso della violenza, come è possibile di fronte a reati configurabili anche nei confronti della donna consenziente, accontentarsi del riferimento ai soli 'interessi superiori' a quelli della donna, rinunciando completamente ad una lettura della sua volontà?

La pericolosità della *persuasio* (che emerge dallo schema di Dino

mentis»; « *Melior est virginitas mentis, quam carnis*»; « *Mente incorrupta, caro non corrumpitur*»; « *Corpus mulieris non vis maculat, sed voluntas*»; « *In corpore pudicitia violari non potest, si mens inviolata servetur*»; « *Caro non peccat, si a contagione fuerit anima munda*»; « *Non potest corpus corrumpi, nisi prius animus fuerit corruptus*. Munda a contagione anima caro non peccat»; « *...violentia non violatur pudicitia, si mente servatur: quoniam nec in carne violatur, quando voluntas patientis sua turpiter carne non utitur; sed sine consensione toleratur, quod alius operatur* ».

⁽⁴⁹⁾ L'analisi sul punto muove da un inciso presente nella Costituzione di Giustiniانو sul ratto (« *...virginitas vel castitas corrupta restitui non potest* ») per ricercare nessi con la riflessione dei canonisti attenta a verificare « *si mens in stupro non fuit corrupta* », alla luce della convinzione per cui « *corpus mulieris non actus maculat, sed voluntas* ». Cfr. MATTEO D'AFFLITTO, *Prima commentarii pars*, cit., I, r. XIX ('*Si quis rapere*') n. 21 ed i riferimenti ivi contenuti.

⁽⁵⁰⁾ L'analisi sulla « *castitas corrupta* » torna indirettamente a porre ancora al centro del dibattito il tema del consenso contrapponendo una 'corruzione di fatto' ad una 'corruzione di diritto': « *...consideratis illis verbis, cum virginitas, vel castitas corrupta restitui non possit, nam dicta verba debent referri ad ipsam raptam, quae volens fuit corrupta, cum si corrumpatur per vim a raptore non possit, nec debeat dici corrupta (...); ... Imperator in d. l. unica [C. 9, 13, 1] consideravit factum illud deflorationis, et stupri, ut sonat factum et non ut sonat jus: verbum enim, seu dictio virginitas est verbum iuris, in quantum refertur ad mentem eius, quae corrumpitur (...) et est verbum facti in quanto refertur ad eum, qui corrumpit et stuprat...* ». G.D. RINALDI, *Observationes criminales, civiles et mixtae*, cit., cap. XXIII, nn. 88 e ss.

⁽⁵¹⁾ F.G. DE ANGELIS, *Tractatus criminalis de delictis in tres partes divisus*, Venetiis, 1705, pars I, cap. 124, n. 23.

⁽⁵²⁾ CINO DA PISTOIA, *Super Codice et Digesto veteri lectura*, cit., a C. 9, 13, 1, n. 7.

del Mugello e di Cino da Pistoia) ha il vantaggio di raccordare l'immagine della donna 'consenziente' con quella della donna che ha subito violenza. Anzi, la *dolosa persuasio* pare colpire in maniera più diretta i beni protetti nel caso della violenza: la *persuasio* infatti corrompe direttamente la coscienza⁽⁵³⁾, annienta la mente, rende 'disordinata' la volontà, minando il valore morale della verginità (« corpus mulieris non vis maculat, sed voluntas »). Rendendo più penetrante il controllo sull'onestà delle volizioni, l'analisi della *persuasio* riesce a rappresentare l'intima capacità della donna d'aderire all'ordine che la protegge e propone, ben oltre i casi di violenza, l'onestà (quella della *voluntas*) come il bene giuridico protetto dal diritto. La tentazione verso una generalizzazione di tale modello è troppo forte per poter essere vinta da un giurista che si sente artefice della sua realtà⁽⁵⁴⁾.

Il continuo riferimento alla *persuasio* testimonia, dunque, l'impossibilità di una pura e semplice presa d'atto dei casi d'irrelevanza giuridica del consenso della vittima e la tensione ad un sistema improntato verso una globale e coerente tutela della 'vera' onestà femminile. Prescindere completamente dai riferimenti alla *persuasio* significa rendere meno solida la protezione del diritto nei confronti dell'onestà.

La questione permarrà, con fortuna di lunghissimo periodo, costantemente al centro dell'attenzione della penalistica di antico regime e della successiva riflessione dei giuristi dell'Ottocento. Il tema — come vedremo — si riproporrà in forme modificate solo per l'exasperazione delle diverse polarità presenti nelle ricostruzioni dei giuristi di diritto comune, per la ricerca di nessi coerenti tra vera onestà della vittima e consenso.

⁽⁵³⁾ Cfr., per tutti, A. MATTHAEUS, *De criminibus ad libros XLVII et XLVIII Digestorum commentarius*, Neapoli, 1772, I, lib. 48, tit. 3, cap. V, De stupro, n. 8: « ...nam et lege Solonis, ut Duarenus ex Lysia adnotat, gravius puniebatur persuasio, quam violentia: quod violentia corpus duntaxat, persuasio et animum corrumpat ».

⁽⁵⁴⁾ Artefice nel senso proposto da E.H. KANTOROWICZ, *La sovranità dell'artista*, ed. orig. 1961, in *La sovranità dell'artista. Mito e immagine tra Medioevo e Rinascimento*, Venezia, 1995, pp. 17 e ss. Sul tema si cfr., però, P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, 1995, pp. 162 e ss.

3.1. *Tutele per la volontà onesta: la meretrix virgo e la virgo meretrix*

Per comprendere come la questione è posta nelle ricostruzioni di diritto comune poi rielaborate dalla penalistica si può utilizzare la sistematizzazione di Alberico da Rosate che evidenzia quanto fosse difficile, una volta assunta l'onestà a base del sistema, fare completamente a meno del tema della 'consenso apparente' della donna.

La ricostruzione è tutta protesa verso la centralità dell'onestà e non intende accordare un ruolo essenziale alla *persuasio*. Di fronte al ratto, l'intento principale del commentatore è quello di contrastare la lettura 'indistinta' del testo volta a parificare il reato commesso nei confronti di donne consenzienti e non consenzienti (e dunque a punire il rapimento della donna, *etiam volentem*, con la morte). Alberico pone la linea di demarcazione tra le diverse situazioni in riferimento alla violenza; questa sola distinzione non è sufficiente però a fornire l'intera sistematizzazione e, inevitabilmente, il quadro torna a complicarsi attraverso richiami al grado d'onestà tutelata e al diverso articolarsi del consenso della vittima come scriminante.

Le ipotesi da distinguere — schematizza « il pratico » — sono principalmente due: quella di chi *rapit deo dedicatam* e quello di ratto nei confronti di donna *non deo dedicatam* ⁽⁵⁵⁾. La prima ipotesi può essere letta in termini rigorosamente oggettivi: la presenza del consenso o del dissenso del soggetto passivo è indifferente (qui la dizione « *sive volentem, sive nolentem* » ha dunque un senso), tanto che la *lex* punisce anche il solo tentativo ⁽⁵⁶⁾. Nell'altra ipotesi invece il consenso della vittima gioca un ruolo rilevante attraverso una distinzione attinente all'immediata visibilità dell'onestà della donna (*meretrix/honestata*). L'ipotesi di ratto nei confronti della meretrice commesso « *ea invita, et per vim* » sarà punita ad arbitrio del giudice; mentre nessuna pena sarà comminata « *ea volente* ». Nel caso di donne oneste invece la pena sarà 'capite' quando la donna sia 'nolente'; mentre 'ea volente' si farà riferimento alla pena prevista

⁽⁵⁵⁾ ALBERICO DA ROSATE, *In secundam Codicis partem commentarii*, Venetiis, 1585 [rist. anast., Bologna, 1979] a C. 9, 13, 1; n. 13.

⁽⁵⁶⁾ Cfr. ALBERICO DA ROSATE, *In primam Codicis partem commentarii*, Venetiis, 1586, [rist. anast., Bologna, 1979], a l. Raptores (C. 1, 3, 53; vulg. C. 1, 6, 42).

per lo stupro della consenziente (distinguendo, anche qui come nello stupro, tra la pena da applicare nei confronti del rapitore *honestus* e di quello *humilis*). La questione del richiamo indifferenziato alla donna *volens* e a quella *nolens* è subordinata a questo sistema cui deve corrispondere ed è, pertanto, trattata superficialmente: « Et quod hic dicit, sive volentibus, subaudit ex post facto, secus si ab initio fuissent volentes » (57).

L'unico caso in questo schema in cui completamente « praeiudicat consensus consentienti » (58) è quello della meretrice *volens*: in questo caso la 'valorizzazione del consenso' è espressione del disinteresse dell'ordinamento verso questa situazione ritenuta immeritevole di protezione. Nel caso della donna onesta, la presenza del consenso è utilizzata invece per operare un passaggio dalla situazione di violenza del ratto a quella dello stupro semplice. Il consenso della meretrice, insomma, fa scattare nei suoi confronti la disattenzione del diritto come una sorta di condanna; il consenso della donna onesta spinge a configurare la protezione minore offerta dallo figura dello stupro semplice.

La configurazione uguale delle diverse situazione della donna *volens* e *nolens* è avvertita anche in questo caso come ripugnante e genera attenzione verso il profilo soggettivo della vittima; tale attenzione però è tutta filtrata dal riferimento all'onestà evidente che pesa diversamente il consenso manifestato dalla donna. L'indagine sul consenso è preventivamente piegata entro uno schema presuntivo di gradi d'onestà, dalla situazione ritenuta più grave sino alle meno grave. Il consenso femminile diventa tanto più rilevante, quanto più

(57) ALBERICO DA ROSATE, *In secundam Codicis partem commentarii*, cit., a C. 9, 13, 1; n. 17.

(58) La rilevanza giuridica del consenso della vittima è ottenuta incrociando la classificazione presentata nel testo con una ripartizione del fondamento della proibizione che caratterizza il delitto (« aut prohibetur delictum principaliter ex persona patientis, sicut est in delictis privatis, et tunc praeiudicat consensus consentienti »; « aut... prohibetur principaliter ex persona inferentis, et consensus nihil operatur »; « aut prohibetur delictum principaliter ratione publicae utilitatis, sicut est in publicis criminibus, et tunc consensus praeiudicat consentienti, sed non alii accusare volenti ») e con l'analisi della volontà manifestata (« aut voluntas est libera et spontanea, aut est spontanea sed non libera, aut est libera, sed non spontanea »). Cfr. ALBERICO DA ROSATE, *In secundam Codicis partem commentarii*, cit., n. 8.

ci si allontana dalla situazione più intensamente protetta: nel caso della donna *deo dedicata* il consenso della vittima è irrilevante ai fini della determinazione del reato ⁽⁵⁹⁾; nel caso della meretrice il consenso scrimina (« *praeiudicat consensus consentienti* »).

L'attenzione per l'onestà che attraversa l'intera ricostruzione impone però che anche l'analisi del consenso si connetta (attraverso presunzioni) al livello di protezione accordato: come tenere in piedi, del resto, una gerarchia fondata sull'onestà, ignorando il grado di adesione dei singoli a tale modello? Nell'ipotesi estrema della meretrice consenziente non esiste alcuna protezione giuridica (e solo qui il consenso è infatti evidente e scrimina); nelle altre ipotesi l'ordinamento accorda una qualche tutela e il giurista avverte l'esigenza di giustificarne la presenza negando il consenso della donna. L'emersione di un evidente consenso femminile al ratto o allo stupro imporrebbe, facendo affiorare la disonestà, una coerente perdita della tutela giuridica, secondo una regola di attrazione della figura della *meretrix*. Per stare in piedi il sistema torna ad esigere presunzioni volte a configurare una vittima degna di tutela, torna ad esigere una lettura ordinata della realtà giuridica del consenso da contrapporre alle apparenze. Si riapre insomma la strada per reintrodurre sottili distinzioni riguardo alla volontà antecedente e dominante ⁽⁶⁰⁾.

Sono dunque le stesse gerarchie fondate sull'onestà ad imporre che l'analisi dei giuristi non si arresti ad elementi estrinseci, ma si radichi più nel profondo, in riferimento alla volontà della donna tutelata. Essere conseguenti sino in fondo, riconoscere sino in fondo il peso del consenso della vittima significa però riconoscere una libertà che mette in discussione i valori su cui si basa la ricostruzione. Unendo assieme la rappresentazione dell'indisponibilità del diritto con il riferimento alla volontà della vittima, la figura della

⁽⁵⁹⁾ Anche qui però non senza problemi cfr. ALBERICO DA ROSATE, *In primam Codicis partem commentarii*, cit., a l. Si quis non dicam rapere [C. 1, 3, 5; vulg. C. 1, 6, 5], n. 18.

⁽⁶⁰⁾ Cfr. ALBERICO DA ROSATE, *In primam Codicis partem commentarii*, cit., a C. 1, 3, 53 [vulg. C. 1, 6, 42] nn. 5 e ss.: « aut praecessit voluntas mulieris hominis voluntatem. Aut si mulieris voluntas concurrat, aut e contra voluntas hominis praecessit mulieris voluntatem, et constat, aut est dubium... ». Cfr. anche il commento alla l. *Si quis non dicam rapere* (C. 1, 3, 5; vulg. C. 1, 6, 5).

persuasio, con la sua capacità di mostrare e negare il consenso, finisce così col divenire l'angolo visuale obbligatorio attraverso cui considerare la questione. Il giurista insomma è costretto (dalla stessa centralità dell'onestà) ad inerpicarsi lungo il sentiero dell'analisi del consenso, ma non vuole (non può) raggiungere il crinale; si arresta più in basso e, attraverso le presunzioni, immagina il suo panorama.

Il caso 'estremo' della meretrice pone bene in luce i diversi aspetti che caratterizzano il riferimento al consenso della donna. È evidente (dalla relazione tra onestà e consenso) che la meretrice non merita alcuna protezione giuridica: non si può dubitare del suo consenso; la sua stessa vita lascia presumere un consenso 'permanente'; è impossibile che la sua volontà sia sedotta, 'deviata' ⁽⁶¹⁾. Coloro che intendono andar oltre la pura e semplice constatazione dell'inapplicabilità del ratto nei confronti della meretrice ⁽⁶²⁾, finiscono però per puntare l'attenzione proprio sulla 'volontà di onestà' della donna, mettendo in discussione la tenuta assoluta di una presunzione di disonestà fondata sulla vita, e incapace d'indagare più a fondo nell'animo. Anche la meretrice può essere degna di protezione quando esiste un *quid pluris* capace di colorare d'onestà il suo dissenso: può esser degna di protezione quando il suo dissenso è espressione di pentimento, di volontà di redenzione. Ed ecco che si può distinguere: « aut ista vilis mulier contradicit quia vult dimittere illam vitam pravam et tunc dicerem quod rapiens eam teneretur pena... Si autem remaneret vilis tunc non teneatur ut raptor » ⁽⁶³⁾; « aut sic vilissima mulier contradicebat, ideo, quia illius vitae voluit poenitere (...) aut non vult poenitere » ⁽⁶⁴⁾; « aut est meretrix perseverans meretrix: aut fuit, sed non est, sed poenitat

⁽⁶¹⁾ Cfr. G.D. RINALDI, *Observationes criminales, civiles et mixtae*, cit., II, cap. 22, nn. 182 e ss.

⁽⁶²⁾ Cfr. in tal senso la gl. *Virginum honestarum* a C. 9, 13, 1 che esclude il ratto commesso nei confronti di meretrice. Ampi riferimenti ai dibattiti dottrinali sul punto in Farinaccio (*Praxis*, cit., q. 145 § Meretrix).

⁽⁶³⁾ GUILLAUME DE CUNH, *Lectura super Codice*, cit., a l. Raptores, [C. 1, 3, 53; vulg. C. 1, 6, 42] n. 1.

⁽⁶⁴⁾ CINO DA PISTOIA, *Super Codice et Digesto veteri lectura*, cit., a C. 9, 13, 1; n. 6. Cfr. (allo stesso testo) anche ALBERICO DA ROSATE, *In Secundam Codicis partem commentaria*, cit., n. 10; BARTOLOMEO DA SALICETO, *In VII, VIII et IX Codicis libros*, cit., n. 3.

eam » (65). L'analisi della volontà elasticizza la rigidità formale del sistema dell'onestà: non si può negare alla donna la volontà d'essere onesta e d'aderire all'ordine; la meretrice che manifesta una tensione verso l'onestà può divenire degna di tutela.

E dunque: il dissenso della meretrice alla violenza non esiste, è giuridicamente irrilevante (la vita palesemente disonesta lascia presumere un costante consenso indegno di protezione); il dissenso è rilevante solo entro il modello dell'onestà, solo un'espansione di quel modello permette, perfino alla meretrice, di divenire degna di protezione. Il rilievo accordato alla volontà non è esplicazione di una libertà (non si indaga per appurare semplicemente se la *vis* è inferta contro la volontà, contro una proibizione della donna anche se 'disonesta'), ma strumento per tenere insieme la tutela, per giustificarla, raccordandola quanto più possibile con l'immagine dell'onestà.

In equilibrio tra evidenza dell'onestà e valorizzazione delle volizioni del soggetto, l'affermazione di una tutela per le scelte della meretrice non riesce ad aprire il sistema: la voce di coloro che invocano sul punto una ricostruzione meno contraddittoria (66) è inevitabilmente isolata.

È la stessa analisi del consenso come mera esplicazione dell'onestà ad imporre contraddizioni: la ricostruzione oggettiva dell'onestà ingloba le volizioni dei singoli; l'analisi soggettiva si afferma inizialmente come mero complemento di tale modello oggettivo dell'onestà, ma stenta ad essere mantenuta entro tali limiti angusti e rivendica un suo ruolo effettivo. La figura della 'meretrice onesta', come quella proposta dalla Glossa della '*virgo-meretrix*', porta alla

(65) BALDO DEGLI UBALDI, *In primum, secundum et tertium Codicis libros commentaria*, Venetiis, 1577, a C. 1, 3, 53 (vulg. C. 1, 6, 42) n. 2.

(66) Nel momento in cui ci si imbatte in una normativa che punisce direttamente la *vis* inferta alla meretrice, si è costretti a prendere sul serio il tema della libertà del consenso: tutelando una scelta di libertà e non più il valore dell'onestà, la protezione accordata alla meretrice mostra d'improvviso quanto fragile sia la tenuta del sistema dei giuristi. Quando, insomma, liberi dal gioco delle presenzioni d'onestà, si è chiamati a configurare la *ratio* della protezione nei confronti della meretrice si possono cogliere le contraddizioni dei giureconsulti: « meretrices debent gaudere de ista constitutione eis favorevoli: quia iureconsulti, qui fuerunt prudentes viri, non imposuerunt aliquam poenam illis, qui violentiam faciebant meretricibus libidinis causa (...). Sed dicit hic

luce la tensione interna al sistema che l'analisi dei giuristi mantiene in equilibrio.

Dalla tutela accordata dallo stupro *sine vi* sono escluse, afferma la Glossa, le vedove e le vergini disoneste: « dic de vidua et de virgine, nisi sint meretrices ». La 'vergine meretrice' evidenzia in modo quasi paradossale le polarità del sistema dell'onestà e la difficoltà della tenuta di una protezione puramente oggettiva dell'onestà. Quando si imbatte nella 'virgo meretrix', un turbato Farinaccio la respinge senza porsi tanti interrogativi: « Et in hoc admōdum miror de Glossa (...) ubi dixit stuprum non dari in virgine meretrice, tacite sentiens (quod non credo verum) quod detur virgo meretrix, et meretrix virgo »⁽⁶⁷⁾.

Le figure respinte restano però sullo sfondo a caratterizzare l'intera analisi dei giuristi, riaffiorano di continuo perché la rappresentazione dell'onestà non può rinunciare a scrutare nell'animo, non può accordare la protezione per volontà disoneste.

3.2. Simplex voluntas non coacta

L'indeterminabilità dei confini giuridici tra consenso e dissenso femminile appartiene dunque alla logica del sistema, ne è specchio fedele: non nasce dall'incapacità d'individuare regole ricostruttive astratte, ma dall'esigenza di raccordare tutti i fili del discorso al modello dell'onestà. La volontà della donna rappresenta uno spazio bianco che il giurista ricostruisce affidandosi alle sue presunzioni;

Andr. [Andrea da Isernia] et bene quod in hoc scilicet, quod sit impunita violentia meretrici illata ex causa libidinis, iureconsulti multum defecerunt, quia licet meretrix omnibus corpus suum ad libidinem exponat, intelligitur ea volente: sed si vult alicui denegare libidinem sui corporis, non videtur, quod invita possit compelli ad libidinem (...) personam suam ad fornicandum meretrix potest uni dare et alteri denegare (...) defecit in hoc ingenium iureconsultorum in non puniendo eum, qui contra voluntatem meretricis compellit eam ad secum fornicandum, quia violentia non solum est, quando homo hominem vulnerat (...) sed etiam quando fit ei vis contra eius voluntatem vel eius prohibitionem... ». Cfr. MATTEO D'AFFLITTO, *Prima commentarii pars in primum earundem Constitutionum librum*, cit, I, XX (De violentia meretricibus illata), nn. 3 e 4; ANDREA DA ISERNIA, *Constitutiones Regni Utriusque Siciliae, Glossis ordinariis Commentarisque*, Lugduni, 1568, ff. 36 e ss.

⁽⁶⁷⁾ Gl. *Viduam*, a l. Item, lex Iulia de adulteriis, (I. 4, 18, 4); P. FARINACCIO, *Praxis*, cit., q. 144, § Stuprum, n. 87.

l'esasperata ricerca della 'veridicità' della volontà femminile, con il suo continuo ritagliare figure intermedie ('dubbie') tra consenso e dissenso, non mira a valutare spazi di libertà, ma a tracciare una mappa delle protezioni per l'onestà.

Baldo degli Ubaldi ne è consapevole. Il grande giureconsulto si avvale infatti dello schema della seduzione (« aut quis vult simpliciter, aut vult verbo suasus ») per leggere l'espressione donna *volens* nel ratto ⁽⁶⁸⁾, ma cerca anche d'imbrigliare con regole obiettive il vago richiamo alla *persuasio*. La situazione su cui si sofferma è quella in cui « committitur stuprum sine rapto », è qui infatti che l'assenza della violenza rende difficile la scelta sul piano sanzionatorio. La distinzione valorizzata da Baldo mira ad appurare la presenza o l'assenza di una volontà della donna, individuando « si quidem voluntas mulieris praecessit... Si aut praecessit voluntas hominis... Si autem est dubium: tunc illius praesumo voluntatem praecessisse, qui ivit ad alterius domum.... Si autem fuit extra domum, nec appareat cuius voluntas praecesserit, in dubio praesumo voluntatem masculi praecessisse... » ⁽⁶⁹⁾.

Si opera una limitazione netta della zona d'intervento della *persuasio*, si individua uno spazio di rilevanza giuridica del consenso femminile (quando la *voluntas mulieris praecessit*) rispetto a cui le presunzioni miranti a trasformare in apparenza il consenso femminile non può operare. La scelta netta di Bartolo (la richiesta di una *vis* effettiva) ⁽⁷⁰⁾ qui viene negata, e si tenta di razionalizzare la

⁽⁶⁸⁾ Cfr. BALDO DEGLI UBALDI, *In VII, VIII, IX... Codicis libros commentaria*, cit., a C. 9, 13, 1; n. 20.

⁽⁶⁹⁾ Cfr. BALDO DEGLI UBALDI, *In primum, secundum et tertium Codicis libros commentaria*, cit., a C. 1, 3, 53 (vulg. C. 1, 6, 42) n. 1.

⁽⁷⁰⁾ Cfr. anche GUILLAUME DE CUNH, *Lectura super Codice*, cit., a l. Raptores, [C. 1, 3, 53; vulg. C. 1, 6, 42] n. 5. Ove utilizzando ancora il richiamo alla violenza effettiva si relativizza la tesi di quanti, forti del richiamo alla donna *sive volens, sive nolens*, generalizzano l'assunto del *praesumitur seducta*: « Et sic cum ista sit seducta per istum corruptentem: dicunt semper in qualibet virgine habere locum istam penam. Quid dicendum intelligo sic. Si aliquis cognoscat virgines vel viduam: si quidam cognoscat sine violentia et sine armis non habet locum poena raptus (...). Si autem virgo vel vidua cognita fuerit cum armis vel violentia, tunc dico quod sive ipsa volente vel nolente habet locum poena istius l. ut si ipse tractatu habito cum virgine fregerit portas cum armis et recesserit cum ea: tunc si ipsa fuerit volens habet locum ista poena quia facta est iniuria reipublicae et patri et amicis ».

configurazione giuridica delle ipotesi non caratterizzate dalla presenza della *vis*, negando così un uso generico della presunzione di seduzione capace d'eliminare ogni rilevanza giuridica del consenso della donna. L'attenzione prestata al consenso femminile (che impone la sanzione meno grave prevista per lo stupro semplice: « si quidem voluntas mulieris praecessit, habet locum poena legis, Insti. De pub. Iudic. § sed eadem ») è in realtà una graduazione preventiva dell'onestà che si trasforma in supposizione riguardo al consenso.

La geografia del consenso e del dissenso della donna è tracciata osservando semplicemente la mappa dell'onestà. Saldando assieme la rappresentazione giuridica delle volizioni della donna con l'onestà protetta dall'ordinamento, le presunzioni di seduzione tornano ad essere incoraggiate da tale distinzione. Seguendo la ricostruzione di Baldo, si riapre (oltre la violenza effettiva) uno spazio molto ampio per la *vis interpretativa* sino a ridurre ad ipotesi meramente residuale quella di un consenso femminile semplice, spontaneo, sospinto dall'amore « sine interpellatione..., vel sine solcitatione, sine alliciamētis et sine dolosis artibus »⁽⁷¹⁾.

Il riferimento a Baldo può essere così utilizzato a fianco (e contro) la lettura restrittiva di Bartolo per dilatare la configurazione della *vis*, rigettando nell'indefinito il concetto giuridico di consenso della donna a fronte della difficoltà di rintracciare un'incondizionata « simplex voluntas non coacta »⁽⁷²⁾. La *simplex voluntas* della

(71) Nell'ipotesi in cui lo stupro commesso « per honestum virum honestae mulieri » sia stato « sine interpellatione mulieri facta, vel sine solcitatione et sine alliciamētis et sine dolosis artibus, quod est, quando mulier adamasset virum, et ipsa accessisset ad domum viri, et carnaliter voluit se cognosci a viro, tunc vir non punitur poena mortis... »; « sed si praecessissent promissiones viri per quas ipsa fuisset seducta a viro, et illa accessisset ad domum viri, tunc vendicaret locum poena dicta lege 1. C. De raptum virginum [C. 9, 13, 1] quia illa promissio et seductio est vis interpretativa ». Così MATTEO D'AFFLITTO, *Prima commentarii pars*, cit., I, r. XIX ('Si quis rapere'), n. 9.

(72) « ...non fit poena capitis vel gladii in stupro, quando vis non intervenit in muliere volente, hoc verum quando praecessit voluntas mulieris, et sic est simplex voluntas, et masculus fecit stuprum sine aliqua violentia (...) [e il riferimento va a I. 4, 18, 4]; secus si praecessit voluntas viri, et sic masculi: quia in stupro est poena capitis, et sic mortis per textum in l. 1 § fi. de var. et extraord. cri. [D. 47, 11, 1, 2] ita limitabat istam materiam Bal. (...) et est notabilis limitatio. Sed adverte quia Bart. in d. l...[D. 47, 11, 1, 2]; intelligebat illum textum (...) quod ibi vis aliqua intervenit, et certe est una divinatō in practica, tamen non recederem ab opinione Bartoli sed melius declarando predicta

donna proprio perché espressione di una scelta piena, ‘antecedente’ e non condizionata da nessuna strategia maschile, appare soprattutto come uno spazio di colpevole devianza dal modello dominante dell’onestà.

Il problema è consegnato senza grandi mutamenti alla riflessione della penalistica del Cinquecento che tornerà a proporre il dilemma di un’analisi del consenso femminile sofisticata e miope al tempo stesso, incapace di svincolarsi dalla centralità del modello dell’onestà e dalle sue presunzioni.

Farinaccio cerca una via di conciliazione tra Bartolo e Baldo, si perde tra le distinzioni generate dal riferimento all’antecedenza della volontà della donna, ma alla fine è costretto ad arrendersi di fronte all’evanescenza del termine donna *volens* e alla riemersione costante della *persuasio*: « Sed dicant Doctores quicquid velint, praemissa ampliatio in practica non servatur: nam si in practica servaretur, omnia fere stupra capitali poena plecterentur, quia nulla fere reperuntur stupra, in quibus stupratoris voluntas non praecesserit, aut saltem non fit dubium cuius voluntas praecesserit. Ideo sive stupratae voluntas praecesserit, sive etiam stupratoris, alia non interveniente extranea et manuali vi, deriderer hodie a Iudicibus ego Prosper Farinacius, si instarem, huiusmodi stupratores morte puniri »⁽⁷³⁾.

Se — come dice Farinaccio — nella pratica dei tribunali il tema assume un’importanza secondaria rispetto all’applicabilità della pena di morte, la questione (ben radicata nella mentalità dei giuristi) non scompare: discusso sostanzialmente negli stessi termini e alludendo alle stesse presunzioni, il tema della rilevanza del consenso della donna si sposta per investire la stessa tenuta del sistema delle

ultra Doctores dico quod ubi mulier consensit stupro in sua simplici voluntate, quia non vi, non verbis viri, non aliquo dolo subducta, non precio, nisi promissionibus commisit stuprum, non est poena capitis, per illum textum [I. 4, 18, 4] quia hic est simplex voluntas non coacta, tamen subducta verbis quoquo modo. Sed ubi non est raptus, proprie cum violentia de facto, sed voluntas viri praecessit, vel cum lenocinio, vel cum promissionibus mulier fuit subducta ad stuprum committendum, tunc est poena capitis per illum textum[D. 47, 11, 1, 2] quia violentia etiam committitur sine facto, sed verbis... » A. BONFRANCESCHI nelle *Additiones ad Angelo Gambiglioni da Arezzo, De maleficiis tractatus*, cit., Che hai adulterato la donna mia, nn. 55 e 56.

⁽⁷³⁾ P. FARINACCIO, *Praxis*, cit., q. 144, § Stuprum, n. 33.

protezioni dell'onestà femminile (prima fra tutte, come vedremo, quella del dotare o sposare) (74).

L'apparenza giuridica del consenso della donna, insomma, può essere irrisa ma non riesce ad essere superata. Una volta negata l'irrilevanza della volontà della donna, i giuristi non cessano infatti d'interrogarsi sulla sua veridicità: « ...difficultas tota huius quaestionis stat in hoc — scrive Deciani — an vere fuerit volens ». E, in un sistema centrato sulla virtù dell'onestà della donna, tale dubbio non può che riaprire la strada ad una configurazione ampia (e approssimativa) della seduzione, a definizioni giuridiche impegnative e fragili: « Nolentem etenim in hac mea diffinitione intelligo, quae coacta fuit vel vi, vel metu, vel precibus, vel precio vel malis aliquibus artibus. Nam his casibus dicitur potius noluntas quam voluntas, et si possit appellari voluntas (...) attamen non est simpliciter voluntas, sed... » (75).

4. *Centralità del consenso e presunzioni di seduzione: i contrasti della canonistica*

Il diritto canonico non si sottrae alle contraddizioni insite nella relazione tra onestà e consenso, ma le esalta, le ingigantisce. La lente del canonista, protesa sia ai dettagli sia all'universalità della costruzione, evidenzia coerenze e contrasti. Il coro dottrinale, pur isolando specifici punti di conflitto tra lo *jus canonicum* e lo *jus civile*, potrà dunque delineare una rappresentazione giuridica 'comune' della donna onesta degna della protezione del diritto. Le presunzioni dei canonisti tracciano un affresco del consenso femminile più netto, ma assolutamente speculare a quello della dottrina civilistica: comuni sono i valori di fondo da proteggere, comuni gli strumenti utilizzati per dare linearità alla costruzione giuridica, e comuni sono le aporie in cui ci si imbatte.

(74) Riguardo al rapporto tra 'astratto' involucro del sistema ricostruttivo della volontà onesta e 'concretezza' dei rimedi giuridici accordati per tutelare l'onestà cfr. *infra* nel Cap. II (e in particolare II. 4; II. 5; II. 6).

(75) T. DECIANI, *Tractatus criminalis*, cit., II, libr. VIII, caput VII (Raptus quid) n. 19.

La riflessione canonistica immette nel quadro due elementi contrastanti tra loro: una decisa valorizzazione del consenso femminile (soprattutto quando sullo sfondo si profila l'istituto matrimoniale) e un'exasperazione del richiamo alla seduzione. Va detto subito però che la rilevanza della seduzione nel diritto canonico non presenta il rischio (sempre in agguato nelle fonti dello *jus civile*) di dilatare la sanzione capitale: qui il modello della *persuasio* è funzionale all'espansione di una protezione nei confronti della donna onesta affidata alla prescrizione del dotare e/o sposare. L'assolutizzazione del modello della volontà femminile deviata e estorta si distanzia dal rigore sanzionatorio dello *jus civile*, e si inserisce in un assetto che accorda in modo diretto all'onestà violata una riparazione soddisfacente (la dote o il matrimonio) ⁽⁷⁶⁾.

Nell'ipotesi di stupro commesso senza violenza tale 'temperamento della pena' previsto dal diritto canonico diviene prevalente; se ciò pone in termini meno cruenti il richiamo alla *persuasio*, non lo rende meno necessario, non elimina la sua visibilità: chi propende per una derubricazione della *persuasio* da fattispecie autonoma (punita *capite*) allo stupro semplice (sanzionato col dotare e sposare) sposta la questione da un ambito puramente penale ad uno che (come vedremo, non senza discussioni) è avvertito come prevalen-

(76) Cfr. c. 1, X, V, 16, *De adulteriis et stupro*: «Si seduxerit quis virginem nondum desponsatam, dormieritque cum ea, dotabit eam, et habebit [*eam*] uxorem. Si vero pater virginis dare noluerit, reddet pecuniam iuxta modum dotis, quam virgines accipere consueverunt»; c. 2, X, V, 16: «Pervenit ad nos, quod Felix nepos tuus quandam virginem, quod nefas est dici, stupro deceptit. Quod si verum est, quamvis [*grave*] esset de lege poena plectendus, nos tamen, aliquatenus legis duritiam mollientes, hoc modo disponimus, ut aut quam stupravit uxorem habeat, aut certe, si renuendum putaverit, districtius ac corporaliter castigatus excommunicatusque, in monasterio, in quo agat poenitentiam, retrudatur, de quo ei nulla sit egrediendi sine [*nostra*] praeceptione licentia». Gli interpreti sono pressoché unanimi nel ritenere che il riferimento al dotare e sposare «intelligi debet, non copulative, sed disiunctive, iuxta priorem decisionem cap. 2 eiusdem Tituli» (E. PIRHING, *Jus canonicum nova methodo explicatum*, Venetiis, 1759, IV, (a X, V, 16, *De adulteriis et stupro*, n. 41). Sulla questione si cfr., comunque, Cap. II, 4. Per quanto attiene invece, più in generale alla condizione giuridica della donna nel diritto canonico, è sufficiente rinviare a R. METZ, *Le statut de la femme en droit canonique médiéval*, in *Recueil de la société Jean Bodin*, XII (*La femme*), 2, Bruxelles, 1962, pp. 59 e ss.

temente risarcitorio, civilistico (77). Naturalmente la questione della meritevolezza o meno di una protezione accordata alla donna consenziente non muta, e il dilemma posto dal principio *volenti et consentienti non fit iniuria* resta in primo piano (78).

La base di principi fissati dall'interpretazione dottrinale è posta in discussione dai canonisti su singoli punti, mai contestata nel suo complesso. È significativo, ad esempio, l'ampio uso che Panormitano fa della presunzione di seduzione.

La lettura del c. *Si seduxerit* è tutta filtrata dalle interpretazioni dello *jus civile* volte a confrontarsi col tema della donna 'volens' rapita. L'intelligenza della Decretale è ottenuta utilizzando il testo di Giustiniano sul ratto che permette di spiegare anche le ipotesi a prima vista non ricomprese nella dizione «*vir seducit et decept virginem*»: «*quid autem si non seduxerit, sed illa sponte acquievit, dic quod adhuc habet locum istud c. quia virgo semper praesumitur seducta et decepta. Nam si non essent insidiae hominis, tantum facinus non perpetrarent ut dicit tex in l. unica...*» (79).

(77) Cfr. *infra* II, 4 riguardo alla configurazione giuridica della 'pena' della dote.

(78) La questione naturalmente esige un raccordo, non sempre agevole, tra le diverse fonti; le diverse classificazioni non eliminano comunque le ambivalenze nella valutazione del consenso femminile. Cfr. OSTIENSE (Enrico da Susa), *Summa aurea*, Venetiis, 1574, (V, De adulteriis): «... si virgo volens cognoscatur, parentibus non contradicentibus tunc dicitur proprie stuprum: sed si invita, vel parentibus contradicentibus matrimonio non interveniente, tunc dicitur raptus...» (c. 1580); (V, De raptoribus...) in C. 9, 13, 1, non si distingue «*an mulier volens fuerit, an invita; sponsa propria, an aliena, coniugata, vel non: sed acerbius punitur...*», occorrono invece distinzioni più precise: «*Dicitur ergo raptor proprie, cum puella de domo patris abducitur violenter, ut corrupta in uxorem habeatur, sive puellae tamen sive parentibus sive utrisque vis inferatur* [C. 36, q. 1, § cum ergo]» (cc. 1587 e 1588). La valorizzazione del consenso della donna che pare affiorare si confronta continuamente con il richiamo alla seduzione presente nello *jus civile* (si cfr. — ad esempio — l'annotazione di Martinus Polonus al testo, c. 1587: «*Quis defflorat virginem solutam voluntariam non tenetur eam ducere uxore vel maritare...*[X, 16 (de adulteriis)] (Tu cogita, propter l. unicam C. de rap. vir. [C. 9, 13, 1] qua constat virginem nolle, nisi seducta fuerit). Sed si inducta dolo fuerit, penitentia est illi iniungenda». L'ultimo inciso, come si vede, complica notevolmente la questione *in foro conscientiae* (si tornerà sul tema tra poco).

(79) PANORMITANO, *Commentaria in quartum et quintum Decretalium librum*, Venetiis 1571, a c. 1, X, V, 16, n. 2. Non è certo qui il caso d'insistere più di tanto sull'utilizzazione dello strumentario dello *jus civile* da parte del canonista; riguardo ad una compiuta «*fusione del diritto canonico con quello secolare*» su argomenti penali-

La lettura si muove dunque in una direzione meno soggettivistica rispetto a quelle di Cino e di Dino: non c'è spazio per una dimostrazione del consenso in grado di porre in discussione la presunzione (*semper praesumitur...*) che vanifica ogni possibile rilevanza giuridica dell'ipotesi in cui la donna *sponste acquievit*. Si afferma, sostenuta da una presunzione assoluta, una protezione oggettiva nei confronti della verginità; e la seduzione continua a svolgere il suo ruolo di raccordo tra volontà della donna e protezioni fissate dall'ordinamento.

La verginità ha dunque un valore intrinseco ed esige, a prescindere dalla volontà della donna, una protezione (« si non contrahit iste cum illa, debet tanto plus dare, quantum oportet dare propter deflorationem (...) nam maior dos requiritur post deflorationem, cum virginitas sit secunda dos ») ⁽⁸⁰⁾. L'introspezione psicologica si accontenta del riferimento alla verginità e, con presunzione *iuris et de jure*, conforma la volontà della vergine all'impianto protettivo dell'onestà. La verginità crea la rappresentazione del consenso e sostiene la complessiva credibilità delle affermazioni femminili: « an sit virgo stabitur dicto puellae »; « praesumitur virginitas »; « creditur iuramento mulieris » ⁽⁸¹⁾.

L'analisi soggettiva scaturisce da un impianto che è fortemente 'realistico': dalla verginità si presume (*semper*) una volizione della donna che è coerente con la protezione dell'onestà. Non si può ammettere prova contraria (le volizioni del soggetto, si potrebbe aggiungere, non possono essere giocate contro il mondo dei fatti). Anche il dato 'obiettivo' della verginità è presunto (« praesumitur

stici già nel XIV secolo, si cfr. D. SCHIAPPOLI, *Diritto penale canonico*, in *Enciclopedia del diritto penale italiano*, cit., I, pp. 614 e 649; nonché p. 890 riguardo al ratto.

⁽⁸⁰⁾ PANORMITANO, *Commentaria in quartum et quintum Decretalium librum*, cit., a c. 1, X, V, 16, n. 4. *Virginitas est secunda dos* ripete poi unanime la dottrina riprendendo il Panormitano e accentuando sempre più l'aspetto risarcitorio (cfr. per tutti G. NEVIZZANO, *Sylvae Nuptialis libri sex*, Lugduni, 1556, III, n. 24).

⁽⁸¹⁾ Cfr. GIOVANNI D'ANDREA, *In quintum Decretalium librum novella commentaria*, Venetiis, 1581, ad c. Si seduxerit, De adulteriis et stupro (c. 1, X, V, 16), n. 2: « non credetur viro dicenti illam non fuisse virginem. Sibi enim imputet, quod violenter fuit usus ea, unde credetur iuramento mulieris »; ANTONIO DA BUDRIO, *In liber quintum Decretalium commentarii*, Venetiis, 1578 [rist. anast. Torino, 1967] a c. Si seduxerit, (c. 1, X, V, 16), n. 3: « ... violenter ea usus est, et creditur iuramento mulieris ».

virginitas »), ma qui si tratta di presunzione relativa che può ammettere prova contraria ⁽⁸²⁾: negando il simbolo dell'onestà, tale prova fa sì che si neghi semplicemente una tutela immeritata. La valutazione del consenso non riesce dunque a svincolarsi da tali presunzioni e a valutare 'di per sé' la volontà della donna.

4.1. *Semper praesumitur seducta e libertà di consentire al matrimonio*

Solo un confronto pieno con il tema della libertà del consenso può infrangere lo schema. Non è un caso che nella canonistica la presunzione di seduzione si incrina ogni volta che entra in contatto con la libertà della donna di contrarre il matrimonio anche senza il consenso dei genitori ⁽⁸³⁾. La rappresentazione giuridica di un consenso femminile perennemente 'estorto' qui cade perché si pone in primo piano la libertà. Ma, per quanto vasta, questa è una libertà che non rivendica espansioni e non esige una complessiva rilettura del consenso femminile. Sospinto dall'esigenza di 'negare' il peccato ⁽⁸⁴⁾, il canonista tende sempre a scorgere e a valorizzare un libero consenso femminile che si indirizza verso l'onestà del matrimonio (il consenso *vero* della donna è 'presunto', intravisto in ogni apparenza); oltre tale spazio egli può coniugare invece la 'libertà' del consenso con le angustie di una presunzione *iuris et de jure* che fa propria (e assolutizza) la ricostruzione dello *jus civile* ⁽⁸⁵⁾.

⁽⁸²⁾ PANORMITANO, *Commentaria in quartum et quintum Decretalium librum*, cit., a c. 1, X, V, 16, n. 5. Sul punto cfr. ancora *infra* I. 5.

⁽⁸³⁾ « mulier sine consensu patris potest contrahere matrimonium de jure divino et canonico » (PANORMITANO, *Commentaria in quartum et quintum Decretalium librum*, cit., a c. 1, X, V, 16, n. 6). Cfr. anche in *ibidem*, a c. 10 (Ex parte), X, IV, 1 (De sponsalibus et matrimoniis), n. 2 (Filia de honestate non contrahit etiam sponsalia sine patris consensu, sed ad substantiam matrimonii et sponsaliorum non requiritur parentum consensus).

⁽⁸⁴⁾ PANORMITANO, *Commentaria in quartum et quintum Decretalium librum*, cit., a c. 10 (Ex parte), X, IV, 1 (De sponsalibus et matrimoniis), n. 7: « ..in dubio non debemus praesumere duplex peccatum... [stupri et periurii] sed potius in favorem matrimonii debemus praesumere copulam fuisse licitam, et quod ille voluerit adimplere iuramentum suum. Nam in dubio semper iudicatur pro matrimonio ».

⁽⁸⁵⁾ La lettura del libero consenso è dunque preventivamente indirizzata in duplice direzione: tende ad assolutizzare la presunzione di seduzione quando considera lo

La questione emerge a pieno in riferimento ad un testo di Lucio III ⁽⁸⁶⁾ da cui era possibile evincere (in netto contrasto con la disciplina dello *jus civile*) l'inconfigurabilità del ratto della donna consenziente anche in presenza di una violazione del diritto dei parenti ⁽⁸⁷⁾. E in tal senso si muove la Glossa: «Nota quod ubi mulier consensit raptus non dicitur» ⁽⁸⁸⁾.

È interessante vedere con quanta cautela Nicolò de' Tedeschi maneggi il testo al fine di circoscrivere l'assunto, a suo dire generico, della Glossa volto a negare il ratto della consenziente. La Decretale — si afferma — fa sì che il consenso della donna assuma un rilievo giuridico solo quando 'tractatus de nuptiis praecessit': solo la scelta matrimoniale rende visibile il consenso e palesi i contrasti con la disciplina del ratto dello *jus civile* ⁽⁸⁹⁾; nelle altre ipotesi permane

stupro; nega ogni rilevanza a tale presunzione quando si confronta con il matrimonio. Il consenso femminile si muove integralmente verso il matrimonio: è l'onestà della volizione che lascia presumere la libertà del consenso (pertanto nel matrimonio non ci sarà spazio per uno schema giuridico volto a dar rilievo al consenso solo come apparenza). Ma sulle sfortune della seduzione in riferimento al matrimonio si cfr. quanto si dirà in II. 3.

⁽⁸⁶⁾ Si vede c. 6 (Cum causam) X, V, 17 (De raptoribus, incendiariis et violatoribus ecclesiarum).

⁽⁸⁷⁾ Un punto importante di distanza è rappresentato proprio dalla disciplina del rapporto tra ratto e matrimonio. L'invalidità del matrimonio contratto in seguito al ratto è sancita dallo *jus civile* (C. 9, 13, 1; e Nov. 143 e 150); mentre la Chiesa, dopo aver interdetto il matrimonio con la rapita (c. 34, C. 27, q. 2; c. 10 e 11, C. 36, q. 2; e cfr. c. 17, C. 1, q. 7) si muove sempre più in direzione favorevole al matrimonio (c. 2, C. 36, q. 1; c. 7, c. 8 e c. 11, C. 36, q. 2): in quest'ultima linea di tendenza si inserisce la richiamata Decretale di Lucio III, e quella di Innocenzo III (c. 7, Accedens, X, V, 17, De raptoribus...): «Rapta puella legitime contrahet cum raptore si prior dissensio transeat postmodum in consensum, et quod ante displicuit tandem incipiat complacere...». Sul punto interverranno poi, come avremo modo di vedere in seguito, le disposizioni del Concilio di Trento. Cfr. A. BRIDE, *Rapt (empêchement de)*, in *Dictionnaire de Théologie Catholique*, 13, 2, Paris, 1937, cc. 1666 e ss.

⁽⁸⁸⁾ Gl. *Cum causam*, a c. 6, X, V, 17. Ma cfr. anche allo stesso testo la gl. *Dicatur admitti*: «raptus non est ubi puella consensit».

⁽⁸⁹⁾ «Glossa... loquitur nimis generaliter, unde intelligo glo. ut procedat, quando de nuptiis habitus fuit prius aliquis tractatus ita quod fuit rapta pro matrimonio contrahendo, et ita loquitur iste text. Si autem nullus praecessisset tractatus de nuptiis, quantuncumque puella consentiret raptui, si violentia infertur parentibus, raptus committitur...» (PANORMITANO, *Commentaria in quartum et quintum Decretalium librum*, cit., a c. 6, X, V, 17, n. 4).

una protezione oggettiva dell'onestà (« mulier non potest exponere se raptui, sicut alia delicta committere non potest, nec membra sua exponere... ») e permane la considerazione del consenso femminile affidata allo schema tranquillizzante della seduzione:

« Item puella semper praesumitur extorta et decepta, unde ille consensus videtur extortus. Conclude ergo, quod ubi tractatus de nuptiis non praecessit, raptus semper dicitur committi, sive puella consenserit, sive non, ut aperte vult in d. l. unica [C. 9, 13, 1] et vide glo. in regula, scienti, de regul. iur. lib. 6. Sed ubi praecessit tractatus, et pro matrimonio contrahendo fuit abducta, tunc de iure canonico non committitur raptus, quia matrimonium debet esse liberum, et puella non poterat libere contrahere in domo parentum eis renitentibus. Unde ius canonicum consideravit libertatem matrimonii »⁽⁹⁰⁾.

Non si opera una rilettura complessiva dei principi in considerazione della raggiunta visibilità della libertà del consenso della donna, ma si esaspera semplicemente il contrasto in riferimento al matrimonio (« matrimonium debet esse liberum »)⁽⁹¹⁾. È la forza dell'onestà del matrimonio a rendere solido (giuridicamente non apparente) il consenso della donna, oltre quello spazio la volontà

⁽⁹⁰⁾ PANORMITANO, *Commentaria in quartum et quintum Decretalium librum*, cit., a c. 6, X, V, 17, n. 4.

⁽⁹¹⁾ « ...raptus proprie dicitur committi ubi mulier rapitur causa libidinis exercendae: secus, ubi causa matrimonii contrahendi, et hoc ubi prius praecessit tractatus de matrimonio; et in hoc multum iste textus est notabile et multum iudicio meo iste textus deviat a l. unica, C. de rap. virg. nam ibi raptus dicitur committi, etiam cum sponsa de futuro, et hic aperte innuit oppositum... » (PANORMITANO, *Commentaria in quartum et quintum Decretalium librum*, cit., a c. 6, X, V, 17, n. 1). Nella stessa logica, nel commento alla Decretale di Innocenzo III (c. 7, X, V, 17), riflettendo sul tema per cui « dissensio transeat postmodum in consensum », si potrà esaltare il valore del consenso femminile in direzione del matrimonio (ritenendo sufficiente anche un *consensus tacitus*) senza percepire nessun contrasto con l'accettazione delle presunzioni volte a negare qualsiasi rilievo giuridico al consenso femminile. In riferimento al matrimonio si è disposti a vedere una diversa realtà del consenso femminile: le stesse apparenze possono essere interpretate in modo opposto, le distinzioni utilizzate per affermare la configurabilità del ratto sono capovolte. Cfr. ancora, a mo' d'esempio, OSTIENSE, *In quintum Decretalium librum commentaria*, cit., a c. 6, X, V, 17: « sive ab initio, sive ex post facto is, qui mulierem rapuit, consensum ipsius habuit, cessat crimen raptus ».

femminile non esprime una *ordinata voluntas* e può dunque essere sempre intravista attraverso il filtro giuridico della seduzione ⁽⁹²⁾.

Il coro dottrinale potrà utilizzare ampiamente la lettura di Panormitano in senso conforme all'ambiguità del sistema protettivo dell'onestà femminile, per ribadire l'assolutezza della presunzione di seduzione e per circoscrivere la regola della inconfigurabilità « in volentem » del ratto. L'attenzione verso la libertà del consenso al matrimonio non riesce a rendere meno sfocata la lettura giuridica del termine donna 'volens': l'apporto dei canonisti può essere così assorbito nella circolarità del dibattito e piegata ora in una direzione ora nell'altra. La lente 'comune' attraverso cui si osserva il consenso della donna non cessa di essere quella dell'onestà.

4.2. In sola voluntate: *le coerenze* in foro conscientiae

La valutazione dell'apporto della canonistica non può, però, arrestarsi a tali rilievi: pur assimilata entro le linee complessive del modello e pur funzionale (ed essenziale) alla circolarità del dibattito tra onestà e consenso, la riflessione canonistica rappresenta comunque un permanente momento d'instabilità (e presto, come vedremo, di crisi) del sistema. Lo si accennava sopra, i temi del dibattito emergono ingigantiti nel diritto canonico: consenso, presunzioni, richiamo dell'onestà sono come sotto una lente d'ingrandimento che esalta le coerenze e le contraddizioni interne a ciascun profilo. Quando i contrasti sono più marcati è difficile conciliare gli opposti senza avvertire un senso di disagio.

Il diritto canonico non si può appagare con l'ambiguità di un compromesso solo fittizio tra volontà della donna ed onestà: ripropone, come abbiamo visto, le presunzioni di seduzione, ma con la consapevolezza dell'inadeguatezza di un collegamento tra valori così grandi operato attraverso fragili schemi giuridici. Il riferimento al libero arbitrio, alla libertà e alle responsabilità individuali esaltate in *foro conscientiae* rivendicano un'emersione coerente sul piano complessivo delle relazioni giuridiche. Il *semper praesumitur seducta* di

⁽⁹²⁾ Non appena si rifletterà in maniera più ampia sulla libertà di consentire al matrimonio (e l'occasione sarà fornita dall'ampio dibattito apertosi dopo il Concilio di Trento) le fragilità teoriche di questo schema risulteranno evidenti. Cfr. *infra* I. 6.

Panormitano deve confrontarsi infatti con la netta negazione di qualsiasi richiamo alla seduzione in *foro conscientiae*, ove — si ripete unanimi — non c'è nessuno spazio per il principio *praesumitur seducta* ⁽⁹³⁾.

A rivendicare una valutazione piena e coerente sul piano delle relazioni giuridiche è, in altri termini, il concetto interiorizzato di onestà: se l'onestà vera è quella che si collega a scelte interiori (che consistono « in sola voluntate »), e se si è chiamati *in foro conscientiae* a sondare ogni macchia delle volizioni individuali, si stenterà poi ad ingabbiare la difesa 'esterna' dell'onestà entro la materialità dei riferimenti 'evidenti' cui la costringono le presunzioni. La stessa verginità, del resto, appare come un bene non valutabile oggettivamente: è una scelta interiore, legata ad una perdurante serie di volizioni individuali, illeggibili attraverso la misera lente fornita da presunzioni poste a tutela di un concetto tutto 'esteriore' d'onestà ⁽⁹⁴⁾.

La contrapposizione è troppo netta per essere mantenuta senza problemi, appare sempre più difficile distinguere i due piani del discorso, negare l'unità; e la tensione verso una ricostruzione unitaria non può che indebolire e far cadere le presunzioni. Si osservino,

⁽⁹³⁾ ANGELO DA CHIVASSO, *Summa angelica de casibus conscientiae*, Venetiis, 1487, *Stuprum*; e SILVESTRO DA PRIERO, *Summa summarum quae silvestrina nuncupatur*, Lugduni, 1541, Secunda pars, *Luxuria*; voci in cui l'affermazione per cui « virgo semper praesumitur seducta et decepta » è circoscritta « in foro contentioso ». Le ricostruzioni più lineari sul punto saranno comunque — lo vedremo nell'ultimo paragrafo di questo capitolo — quelle degli autori della Seconda Scolastica che porranno decisamente al centro dell'attenzione il tema della libertà. Solo a mo' d'esempio si cfr. comunque in tema di *restitutio* F. VITORIA, *Comentarios a la Secunda Secundae de Santo Tomàs*, Tomo III, *De Justitia* (Salamanca, 1934, ed. a cura di Vicente Beltrán de Heredia), quaestio 62, art. 2, n. 33: « ... volenti non fit iniuria... Sed clarum est quod in spiritualibus nullus potest facere iniuriam et damnum nisi volenti; nullus enim potest pati detrimentum spirituale si ipse non vult, quia omne peccatum est voluntarium. Ergo cum ipsa libere velit peccare, ego non teneor ad restitutionem ».

⁽⁹⁴⁾ Il dibattito teologico sul punto è molto ampio, qui ovviamente esso rileva solo per come affiora nelle ricostruzioni giuridiche. L'esaltazione dell'onestà come volizione interiore si affida ai testi di Agostino, in particolare quelli presenti nella quaestio V della Causa 32 del Decretum (si veda sopra la nota 48) più che all'ordinata struttura di Tommaso. Si cfr., in ogni caso, TOMMASO D'AQUINO, *Summa theologiae, Secunda Secundae partis*, [ed. Roma, 1886] q. 152, art. I, *Utrum virginitas consistit in integritate carnis*. E si cfr. ancora *infra* I. 6. 1.

ad esempio, le analisi riguardo al rilievo da attribuire alla confessione della donna rivolta contro il sacerdote, « presbitero, cum quo mulier se asserit dormivisse »⁽⁹⁵⁾. Non si può — si dice — in questo caso prestare ascolto alla sola confessione della donna: la donna può essere facilmente sedotta da chi indaga; è sola nella sua deposizione; e, soprattutto, è partecipe del crimine ed allega dunque la sua colpa⁽⁹⁶⁾. Il tema della donna come *socia criminis*, (*particeps criminis*, *delicti particeps*), prevale su quello della donna sedotta, della donna vittima⁽⁹⁷⁾.

La particolarità del caso non impedisce che la valutazione delle dichiarazioni della donna si incroci con l'affermazione per cui *virgo semper praesumitur seducta et decepta* (e con quella conseguente per cui *staretur assertioni puellae cum iuramento contra deflorantem*) soprattutto se si passa a considerare la questione della possibilità di una condanna alla prestazione della dote. La separazione tra una maggiore efficacia 'interna' (in *foro conscientiae*) del consenso della donna e una sua irrilevanza nelle relazioni esterne (ove occorre attenersi alla presunzione assoluta di seduzione), pur lineare nell'affermazione della relatività, della strumentalità, dell'inadeguatezza del diritto terreno, stenta ad essere compresa. Non si possono tenere separati in maniera così netta i due ambiti, non si può negare con un artificio ogni interazione tra volontà e meritevolezza della protezione. Ecco allora che la presunzione si trasforma da assoluta in relativa (« *illa ratio* [quella per cui 'virgo praesumitur seducta', « ex

⁽⁹⁵⁾ La questione si pone in relazione a c. 5 (Significasti), X, V, 16. Sul tema della chiamata di correo *contra clericos* e sull'epistola di Alessandro III qui considerata si cfr. G. MINNUCCI, *La capacità processuale della donna nel pensiero canonistico classico*, II *Dalle scuole d'oltralpe a S. Raimondo di Pennaforte*, Milano, 1994, pp. 93 e 241.

⁽⁹⁶⁾ Cfr. B. CHOVERON, *De publicis concubinariis commentarii*, Lugduni, 1550, De stupro, n. 12 e ss.

⁽⁹⁷⁾ OSTIENSE, *In quintum Decretalium librum commentaria*, cit., a c. 5, X, V, 16, n. 3: « non est ei credendum contra presbiterum, licet praesumptionem, inducat, tum quia mulier, tum quia sola, tum quia delicti particeps esse ex confessione sua apparet »; cfr. anche (allo stesso c.) GIOVANNI D'ANDREA, *In quintum Decretalium librum novella commentaria*, cit, al n. 2: « ... delicti particeps per confessionem apparet »; PANORMITANO, *Commentaria in quartum et quintum*, cit., n. 4: « ...erat particeps criminis, et confitebatur delictuum suum »; ANTONIO DA BUDRIO, *In liber quintum Decretalium commentarii*, cit., n. 9: « Quaero an mulieri credebatur attestanti de delicto contra presbyterum? Dic, quod non: quia sola, et est delicti particeps ».

ratione, quia hoc ipsum velle mulierum ab insidiis nequissimi hominis qui meditatur rapinam inducitur »] procedit quando sumus in dubio: sed quando constat de voluntate sine seductione, aliter videretur dicendum »): la seduzione deve essere provata e pertanto non si deve condannare alla prestazione della dote « probata vera voluntate puellae sine seductione »⁽⁹⁸⁾. Il consenso prestato 'sponte' dalla donna rivendica un suo peso giuridico: il ruolo della donna colpevole *socia criminis* non può essere più occultato.

L'accentuazione del versante volontaristico (che si fonde con il tema della libertà di essere onesti, con la libertà di scegliere o di non scegliere il matrimonio)⁽⁹⁹⁾ rivendica una lettura onnicomprensiva della realtà ed esige uno smantellamento del richiamo al consenso del soggetto come mero complemento logico di un sistema 'esteriore' dell'onestà.

Per quanto utilizzato a sostegno delle tenuta del sistema dell'onestà d'antico regime, il diritto canonico esaspera il conflitto tra le diverse polarità collegate dalla figura della *persuasio*. A pilotare la graduale valorizzazione giuridica del tema del consenso della donna è la tensione interna al recinto dell'onestà di cui la canonistica non può che dilatare i confini. Il sistema però è inevitabilmente chiuso; non è un caso che l'abbattimento della presunzione di seduzione passi attraverso l'argomento della donna *socia criminis*. Un tema da cui anche la cultura giuridica laica del XVIII e del XIX secolo, per quanto impegnata sul fronte della secolarizzazione del diritto, non riuscirà (come vedremo) a liberarsi completamente.

5. Onestà e consenso nella penalistica d'antico regime

A partire dal Cinquecento una riflessione penalistica relativamente autonoma tenta, sospinta da nuove sensibilità, di graduare in modo compiuto le pene con la gerarchia dei beni tutelati e di

⁽⁹⁸⁾ J.B. DIAZ DE LUGO, *Practica criminalis canonica*, Lugduni, 1561, caput 77 (Stupri). Sulla difficoltà di raccordo tra l'operatività delle presunzioni « in foro conscientiae » e « in foro contentioso » cfr. B. CHOVERON, *De publicis concubinariis commentarii*, cit., De stupro, n. 16 e ss.

⁽⁹⁹⁾ Su questi punti si rinvia a quanto si dirà nell'ultimo paragrafo del presente Capitolo.

individuare casi di disponibilità e d'indisponibilità del diritto, condotte non rilevanti penalmente e valore scriminante del libero consenso ⁽¹⁰⁰⁾. Tale sforzo ricostruttivo non muta, però, la relazione tra onestà e consenso che appare bloccata: le figure giuridiche che garantiscono l'equilibrio del sistema (prima fra tutte la presunzione di seduzione) sono spesso criticate con decisione, nessuno però osa ridisegnare il fondamento delle protezioni, interrogarsi sul valore del consenso manifestato dalla 'vittima' e mutare la rappresentazione della donna degna di tutela.

La ricostruzione più ampia moltiplica le spinte centrifughe del sistema protettivo dell'onestà (tratteggia a tinte più vive i diversi volti dell'onestà), ma le compone teoricamente affidandosi ancora agli strumenti presuntivi consolidati che sono gli unici in grado di dare unitarietà alle interpretazioni dei giuristi.

Quest'ultimo punto è d'estremo rilievo. Gli interpreti condividono valori comuni (e unitaria è l'immagine dei beni da proteggere e quella delle figure degne di protezione), ma la trattazione giuridica pare disperdere tale unitarietà di fondo: continue e indispensabili sono le distinzioni tra le diverse configurazioni delle sanzioni ('in foro poli' e 'in foro fori'; 'in foro saeculari' e 'in foro ecclesiastico'; 'in foro ecclesiastico exteriori' e 'in foro conscientiae et poenitentiali') che infrangono la tensione unitaria e negano una compiuta formulazione 'generale'.

La forte vocazione integralistica che ancora permea il pensiero degli interpreti affiora entro questo quadro frammentato. Si propongono, ad esempio, figure di reato sorrette dalla sola riprovevolezza morale del fatto, anche quando si afferma a piena voce che quel fatto, in *foro fori*, non è (e non deve essere) sanzionato: nessuno che

⁽¹⁰⁰⁾ Cfr. C. CALISSE, *Svolgimento storico del diritto penale in Italia dalle invasioni barbariche alla riforma del secolo XVIII*, in *Enciclopedia del diritto penale*, cit., 2, Milano, 1906, pp. 24 e ss.; L. CHEVALLER, *Droit romain et droit pénal dans la doctrine du XVIe siècle*, in *L'Europa e il diritto romano*. Studi in memoria di P. Koschaker, 2, Milano, 1954; I. MEREU, *Storia del diritto penale nel '500. Studi e ricerche*, Napoli, 1964; A. MARONGIU, *La scienza del diritto penale nei secoli XVI-XVIII*, in *La formazione storica del diritto moderno in Europa* (atti del III Congresso intern. della Società italiana di storia del diritto, Firenze 25-29 aprile 1973), I, Firenze, 1977, pp. 407 e ss.; G.P. MASSETTO, *I reati nell'opera di Giulio Claro* (1979), ora in *Id*, *Saggi di storia del diritto penale lombardo (secc. XVI-XVIII)*, Milano, 1994.

si interroghi sulle ragioni dell'avvenuta depenalizzazione, che tragga conseguenze rilevanti dalle diverse tutele accordate dall'ordinamento (dai diversi ordinamenti), che valuti le ipotesi in cui si attribuisce un valore scriminante al libero consenso. La difesa teorica della non punibilità — sia, ad esempio, che si parli della *fornicatio simplex*, il rapporto consensuale 'soluti cum soluta', che di *oscula* dati « de consensu mulieris » — è sempre fragile, sempre incompiuta, e finisce con l'essere sostenuta soprattutto (o esclusivamente) dal rinvio in bianco alla prassi e all'autorevolezza di quanto 'si è visto' ⁽¹⁰¹⁾.

La rappresentazione della donna vittima che attraversa le distinzioni resta comunque unitaria: la vittima deve essere e apparire onesta, mostrare e desiderare l'onestà, deve in ogni suo comportamento e in ogni sua volizione aderire appieno al modello che la rende degna di protezione e fugare così ogni dubbio riguardo a una sua partecipazione consensuale al delitto. La scienza giuridica non ricerca una rappresentazione, diciamo così, fotografica della realtà sociale, ma tende ad organizzarla in relazione a valori condivisi. Il giurista ricerca la sua 'vittima ideale' aiutandola ad esistere: sottratta dall'indistinto della realtà sociale e plasmata dal consolidato armamentario tecnico del giurista, la figura femminile protetta è ricondotta ai valori del modello giuridico, inserita in una realtà ordinata, di cui accetta tutti valori. La vittima non può che essere onesta; è protetta solo perché onesta.

Insistere sull'unitarietà di tale rappresentazione della donna vittima può aiutarci a comprendere le opposte strategie seguite dai penalisti per confrontarsi con il tema di una 'colpevole partecipa-

⁽¹⁰¹⁾ « Ego tamen pro simplicis fornicatione nec in foro saeculari, nec in foro ecclesiastico exteriori vidi unquam aliquem laicum punitum, nisi concurrat qualitas concubinitus aut stupri, aut alias gravior. Possunt enim praemissa intelligi, ut procedant respectu peccati, et in foro poli, non autem respectu poena in foro fori imponendae » (P. FARINACCIO, *Praxis*, cit., q. 137, § Fornicatio, n. 37); « Sed certe nunquam vidi pro osculo luxurioso de consensu mulieris dato, aliquem criminaliter molestatum... » (*ibidem*, q. 142, pars IV, *De poena osculi*, n. 157). E si cfr. ancora in *ibidem*, q. 144, § *Stuprum*, n. 14 (riguardo alla non punibilità dello *stuprum* commesso 'sine vi' nei confronti di vedova), n. 35 (in tema di stupro commesso 'blanditiis, persuasionibus, promissionibus') e n. 53 (riguardo alla non punibilità della donna consenziente allo stupro), n. 65 (in tema di 'poena Clerici stupratoris'); q. 147, § *Dos*, n. 129.

zione' della vittima al reato e con l'intera ricostruzione dei rapporti tra onestà e consenso femminile. La negazione d'ogni possibile partecipazione consensuale della vittima al reato è il filo che dà unitarietà al discorso ed è quello, nello stesso tempo, che ne mostra le contraddizioni. Non è un caso che al centro dell'attenzione ci sia la figura giuridica della seduzione: per quanto attaccata, non riesce mai ad essere abbandonata del tutto, resta infatti il contraddittorio simbolo della vocazione unitaria e della immobilità del sistema fondato sulla centralità dell'onestà.

La presunzione di seduzione — come abbiamo visto — affronta la relazione tra onestà e consenso della donna, contemperando esigenze contrapposte e offrendo al giurista una realtà ordinata più forte delle apparenze. Negando l'immagine di un consenso femminile 'deviante', raffigura in modo unitario la vittima che, anche nel ratto della consenziente, anche nello stupro non qualificato da violenza, mostra una volontà pura e degna di protezione. La presunzione di seduzione fa confluire, insomma, l'analisi del consenso entro una rappresentazione oggettiva dell'onestà, difende l'onestà, presupponendo sempre il dissenso virtuoso della vittima. La focalizzazione del consenso della vittima finisce col rivendicare però un suo peso giuridico maggiore (e in tal senso si muove, come vedremo, l'analisi dei penalisti): la difesa dell'onestà si sottrae alle presunzioni e ricerca un consenso colpevole della donna (la donna consenziente non può più essere vittima nel sistema dell'onestà). Se l'assolutizzazione della seduzione, con la sua attenzione solo fittizia nei confronti del soggetto, indica una strada che, a fronte del diffondersi di sensibilità individualistiche, appare sempre più impraticabile, non minori sono i problemi sollevati da un radicale abbattimento di tale figura. La valorizzazione soggettiva della volontà della vittima spinge infatti o a teorizzare una repressione 'uguale' e generalizzata (anzi, come sostengono in molti, necessariamente più cruenta verso la donna che è tenuta ad un'onestà maggiore), oppure costringe a confrontarsi con il valore scriminante del libero consenso, imponendo una conseguente ridefinizione dell'indisponibilità giuridica dei beni protetti. Incapace di mutare i valori di riferimento del concetto di onestà femminile, la penalistica d'antico regime non riesce a risolvere il dilemma e propone compromessi teorici sempre più difficili da sostenere: si arresta alla mera constatazione delle

sanzioni comminate dall'ordinamento e propone contraddittori aggiustamenti indotti dalla rappresentazione 'soggettiva' della vittima.

5.1. 'Volens persuasa': il ratto della consenziente

L'accentuazione del carattere violento del ratto (« raptus non committitur sine violentia », « raptus non dicitur sine violentia » si ripete unanimi ⁽¹⁰²⁾) acutizza i contrasti relativi all'interpretazione del ratto della donna 'volens'. È ancora il richiamo allo schema della *persuasio* a risolvere la questione, ma sempre più necessarie appaiono le distinzioni a fronte di una parificazione (solo) giuridica tra consenso e dissenso che a molti appare iniqua.

La pura e semplice applicabilità della pena del ratto nei confronti di chi « volentem mulierem rapit » appare l'ipotesi estrema; un'ipotesi lineare che non è costretta a indugiare nella ricostruzione del consenso falsato: « poena d. l. *unica*, — taglia corto Claro — locum habet etiam si ipsa mulier consenserit se rapti, et hoc, sive ab initio, sive etiam ex post facto consenserit » ⁽¹⁰³⁾. Il fondamento della punibilità fornisce, nello stesso tempo, la *ratio* dell'irrelevanza del consenso della vittima: « nemo est Dominus membrorum suorum » ⁽¹⁰⁴⁾; « non [habet] puella liberam potestatem in sui persona » ⁽¹⁰⁵⁾.

⁽¹⁰²⁾ Cfr. IPPOLITO DE' MARSIGLI, *Super lex unica C. de raptu virginum*, Bononiae, 1538, n. 14; P. FARINACCIO, *Praxis*, cit., q. 145, § Vis, n. 108.

⁽¹⁰³⁾ G. CLARO, *Liber quintus sive practica criminalis*, cit., § Raptum, n. 3. Cfr. anche J. DAMHOUDER, *Practica rerum criminalium*, Lugduni, 1558, cap. 95 (De raptu), nn. 3 e 4: « Nec excusaret, si diceretur, aut si ipsa rapta diceret, omnia acta fuisse sua voluntate et consensu... »; « ...ex crimine duae nascantur actiones, hoc est, duabus personis infertur iniuria... Una persona est pars adversa... Altera persona est Fiscus, vel ipsa Justitia laesa ». Naturalmente chi tende, al contrario, ad attribuire un rilievo giuridico alla volontà della donna (« si ipsa consensit nulla sibi competit actio contra ipsum raptorem per dictam regulam quod volenti non fit iniuria ») configura le due azioni come dipendenti: « ubi non nascitur parti actio civilis tunc nec reipublicae competit actio vel inquisitio criminalis ». Così IPPOLITO DE' MARSIGLI, *Super lex unica C. de raptu virginum*, cit., nn. 16 e 17.

⁽¹⁰⁴⁾ A. TESAURO, *Novae decisiones Sacri Senatus Pedemontani*, Venetiis, 1622, Decisio 217, n. 3. Si cfr. anche Pierre de Vergne richiamato sopra, e soprattutto *infra* I. 6 riguardo alla riflessione della Seconda Scolastica.

⁽¹⁰⁵⁾ Cfr., per una sintesi degli argomenti addotti a fondamento della punibilità del

Pochi accedono a tale tesi, così radicale nell'occultare la volontà della donna nella preminenza degli interessi parentali protetti. Non si riesce (lo abbiamo visto sopra) a rinunciare alla configurazione giuridica di un'adesione piena della vittima al modello che le accorda protezione, non si riesce a prescindere da un confronto con il tema « volenti et consentienti non fit iniuria ». La configurazione 'propria' del ratto come violenza riferibile alla persona, come offesa rivolta alla volontà della donna, non può essere completamente separata dall'ipotesi 'impropria' volta a considerare l'offesa inferta ai parenti; come, d'altronde, è sempre più difficile impedire che l'affermazione della libertà della donna di consentire al matrimonio, anche contro il volere dei parenti, non interagisca sulla configurazione generale del reato.

La maggioranza della dottrina deve dunque distinguere tra le diverse ipotesi, ritornando a confrontarsi con il dilemma della parificazione della scelta della donna *volens* con quella della donna *noles*.

La configurazione ampia della violenza consente d'avvicinare le posizioni contrapposte, di ridurre la distanza tra i termini *volens* e *noles*: la *violentia* può essere *ablativa*, *expulsiva*, *compulsiva*, *causativa* (« et animo, non autem corpori infertur ») ⁽¹⁰⁶⁾: la violenza *compulsiva* può essere *vera* o *interpretativa*. La violenza *interpretativa* si mostra attraverso « persuasiones et malas artes » che, essendo equiparabili alla violenza 'vera' (per il solito fondamento tratto dal

ratto anche « quando ea viri amore capta de propria voluntate, et motu proprio raptorem sequatur, invitis tamen parentibus », C.A. DE ROSA, *Decretorum M. C. Praxis*, Neapoli, 1689, II, cap. V (De raptu in foemina laica), n. 15: « quia puella de jure Divino parentibus reverentiam atque obedientiam praestare tenetur... »; « ...cum sit sub aliena potestate, nempe parentum, tum de jure naturali, tum civili sequitur, quod non habeat puella liberam potestatem in sui persona, nec possit membra sua rapta exponere... »; « quia de jure naturali et civili puella, et qui cum ea nubere cupit, consensum a parentibus procurare tenetur... »; e, ancora, in quanto nella legge sul ratto « datur licentia occidenti raptorem in fraganti repertum »; e, infine, « raptus non tantum dicitur respectu mulieris, sed etiam respectu parentum » (tali argomenti, giova precisare, vengono poi parzialmente confutati dall'Autore).

⁽¹⁰⁶⁾ C.A. DE ROSA, *Decretorum M. C. Praxis*, cit., II, cap. V (De raptu in foemina laica), nn. 9 e 10. Sulla questione si cfr., comunque, I. ROSONI, *Violenza* (diritto intermedio), in *Enciclopedia del diritto*, vol. 46 (Milano, 1993), pp. 843 e ss.

§ *persuadere*, e dal § *si quis volentem* ⁽¹⁰⁷⁾), rendono non incongrua la lettura del ratto nella donna 'volens'.

Il richiamo allo schema della *persuasio* costituisce dunque ancora lo strumento principale utilizzato per ricomporre le contrastanti esigenze. L'assolutizzazione dello schema annulla qualsiasi rilievo della volontà femminile e imbecca un percorso soggettivo che conduce soltanto alla riconferma dell'oggettività della tutela, parificando ipotesi che l'interprete avverte come distanti. Tale scelta 'assoluta' è respinta dalla penalistica che però non riesce a rinunciare allo schema: tenta di dominarlo, relativizzandolo nel confronto con il complessivo valore dei beni protetti. Il disegno di una volontà 'estorta' è così scomposto e ricomposto di volta in volta, è diverso nella donna « in potestate e in dominio patris » e in quella *sui iuris*, come di fronte alla scelta o al rifiuto del matrimonio.

La costruzione più complessa è quella di Tiberio Deciani che è tra i criminalisti il più attento agli aspetti teorici; la possiamo assumere come emblematica del cumulo di contrastanti tensioni interne al sistema dell'onestà. L'obiettivo del giurista di Udine è quello d'affrancare il ratto dalla presenza della *persuasio*, il percorso seguito è però tortuoso e ambiguo: la raggiunta visibilità della volontà della donna nel ratto è pagata col prezzo di un pieno riconoscimento giuridico della figura negata, con una rinnovata (e incongrua) attenzione per la *persuasio*.

Deciani ritiene inconfigurabile il ratto a fronte del consenso della donna: in presenza di un consenso libero (« puram et simplicem voluntatem ») non c'è ratto, opera il principio *volenti non fit iniuria* ⁽¹⁰⁸⁾. Solo quando la donna è *invita*, solo quando la sua volontà non è *libera ac spontanea* si potrà configurare il ratto. L'asserzione così decisa naturalmente non risolve la questione: come accertare « an vere fuerit volens »? Come impedire che il richiamo congiunto a donne 'sive volentibus, sive nolentibus' vanifichi l'affermazione precedente?

La « voluntas spontanea », la « libera voluntas » della donna

⁽¹⁰⁷⁾ D. 11, 3, 1, 3 e D. 43, 29, 3, 5.

⁽¹⁰⁸⁾ T. DECIANI, *Tractatus criminalis*, cit., t. II, l. VIII, cap. 7 (Raptus quid), n. 19. Cfr. A. MARONGIU, *Tiberio Deciani (1509-1582) lettore del diritto, consulente, criminalista*, cit., pp. 139 e ss.; e pp. 312 e ss. (un cenno al ratto è alle pp. 378 e 379).

può essere provata; la decisa affermazione presente nella legge sul ratto non lo impedisce: « nam textum (...) dum dicit sive volentem non intelligo de libera voluntate, sed de ea, quae insidiis, et malis artibus et pollicitationibus fuit persuasa et coacta » (« ...ergo verbum illud 'volentibus' intelligi debet de voluntate coacta insidiis raptoris... »). La configurazione della *persuasio* non impedisce il rilievo giuridico del consenso spontaneo della donna (« sponte autem dicitur fieri, quod fit motu proprio et non ad petitionem alicuius »), non nega in assoluto la visibilità di una *vera voluntas* della donna: « si mulier ipsa virum interpellaret, et sollicitaret ante abductionem, ut eam abduceret, et eum volens sequeretur... »⁽¹⁰⁹⁾; « videlicet quod mulier amore sit capta viri »; « ...mulier vehementer amaret virum illum »⁽¹¹⁰⁾.

La pena non può restare insensibile a tali rilievi: il consenso della donna esclude infatti la pena di morte (« raptus non puniatur morte, si de voluntate mulieris factus sit... Et hanc opinionem semper sequere in consulendo et iudicando, modo voluntas fere omnino spontanea, et ita probetur... »); ed induce a configurare la sola punibilità *iudicis arbitrio* quando il libero consenso della donna si scontra con l'assenza di consenso dei parenti. La configurabilità dell'*iniuria* solo nei confronti dei parenti rende infatti iniqua l'applicazione di una sanzione volta a colpire entrambe le lesioni: « volentem abduxerit, nulla est iniuria mulieris, sed tamen parentum: pro qua sola non est aequum, ut aequae puniatur, ac si viveret utriusque iniuria »⁽¹¹¹⁾.

La questione però non è risolta a questo punto: Deciani infatti tenta d'isolare, distaccandola dalla violenza che caratterizza il ratto, l'ipotesi della *persuasio*. Si può rendere a pieno il requisito della

⁽¹⁰⁹⁾ T. DECIANI, *Tractatus criminalis*, loc. ult. cit.

⁽¹¹⁰⁾ *Ibidem*, t. II, l. VIII, cap. 7, nn. 20 e 22. Cfr. anche, P. FARINACCIO, *Praxis*, cit., q. 145, § Vis, n. 131: « ...propositam regulam, et cum hac limitatione concordantur omnia iura communia, non procedere, quando cessantibus omnibus blanditiis, persuasionibus, aut alia dolosa deceptione, mulier consensit se rapti, et multo magis, prout saepe contingit, quando ipsa alicuius amore capta raptum sollicitat: ... raptum committi etiam in volentem, procedit, quando non est libera voluntas, sed extorta blanditiis, promissionibus, aut similibus deceptionibus (...). Aut secus, ubi nullo praecedente dolo, aut praesumpto mulier raptui consensit raptuique eius voluntas libere accedit... ».

⁽¹¹¹⁾ T. DECIANI, *Tractatus criminalis*, cit., t. II, l. VIII, cap. 7, n. 21.

violenza solo negando una parificazione delle diverse volontà coatte: « respectu mulieris... volentis non poterat dici raptus ideo si volens persuasa permiserit se stuprari ». Le *persuasiones* — argomenta, richiamando il controverso § *qui puero* [D. 47, 11, 1, 2] — rappresentano un'ipotesi autonoma, speciale, rispetto a quella del ratto. Nel ratto la presenza della *persuasio* non rende veramente *invita* la donna, non elimina l'operatività giuridica del suo consenso (che elimina l'*iniuria* nei suoi confronti). Il ratto in questo caso è configurabile solo nei confronti dei parenti: « raptus non dicatur respectu mulieris, quando permittit se rapi blanditiis, persuasa et precio corrupta, attamen rapi dicitur respectu parentum » ⁽¹¹²⁾.

Il tentativo di negare rilevanza alla *persuasio* è goffo e farraginoso. L'espulsione della *vis interpretativa* dal ratto (e la conseguente rilevanza della violenza effettiva, con la relativa graduazione delle sanzioni) è ottenuta eludendo la questione della *persuasio*, così come è posta nella Costituzione di Giustiniano ⁽¹¹³⁾, e soprattutto esasperandone la specialità e l'autonomia (e abbiamo già visto con quanta fermezza Deciani difendesse questa tesi contro la lettura 'erronea' di

⁽¹¹²⁾ « Quamquam autem haec procedant secundum communes interpretum sententias, ausim tamen ego affirmare in puncto iuris veriolem esse conclusionem, quod abducens volentem persuasionibus tamen, blanditiis vel etiam pecuniam corruptam, non puniatur poenis d. l. 1. [C. 9, 13, 1] motus per textum apertum in l. 1. § qui puero, de extraord. crim. [D. 47, 11, 1, 2] ubi si quis mulierem interpellaverit, persuaserit, vel precium, ut persuaderet, dederit, ut stuprum pateretur, perfecto flagitio punitur capite, imperfecto in insulam deportatur (...) quod specialis hic est casus persuasionis, et corruptionis pretio, et tamen diversis penis puniuntur. Non obstat d. l. 1. C. De rap. vir. quia raptus in ea lege committitur non tantum respectu mulieris, sed respectu etiam parentum: ideo licet raptus non dicatur respectu mulieris, quando permittit se rapi blanditiis, persuasa et precio corrupta, attamen rapi dicitur respectu parentum: et quia respectu mulieris, ut dixi, volentis non poterat dici raptus ideo si volens persuasa permiserit se stuprari, tunc est extraordinarium crimen, et ideo punitur poena d. §. qui puero, quod textum loquitur in specie, quando nulla vis fuit adhibita, sed tantum persuasionibus et pecunia mulier fuit seducta. Lex autem l. C. de rap. vir. loquitur quando violentia intervenit vel respectu mulieris, vel saltem respectu parentum, et hanc putando veritatem... » (T. DECIANI, *Tractatus criminalis*, cit., t. II, l. VIII, cap. 7, n. 7).

⁽¹¹³⁾ Cfr. A. MATTHAEUS, *De criminibus ad libros XLVII et XLVIII Digestorum commentarius*, cit., ad leg. unic. Cod. de rapt virg., n. 18: « Nec ad rem pertinet, quod in l...[D. 47, 11, 1, 2] *persuasio* a vi separatur; non enim *persuasionem* cum vi confundimus; sed ex mente et sententia legislatoris, in hac constitutione, *persuasionem* pro vi habemus ».

Bartolo volta a richiedere la presenza di una ‘aliqua violentia’). La seduzione scompare dal ratto, ma emerge rafforzata nello stupro: la punibilità ‘capite’ prevista per lo stupro commesso con la *persuasio* sostituisce la pena negata nel ratto di donna « *volens persuasa* »⁽¹¹⁴⁾.

La visibilità del consenso femminile passa attraverso l’ossimoro *volens persuasa* di cui la configurazione giuridica accentua ora la libertà della volontà, ora la sua ‘apparenza’ resa esplicita dalla *persuasio* ⁽¹¹⁵⁾.

5.2. *Lo stupro della consenziente e l’ascesa della persuasio verso la violenza*

Il tentativo di circoscrivere la *persuasio* è destinato ad avere un successo ancora minore di fronte allo stupro. Nello stupro semplice, nello stupro commesso *sine vi*, il richiamo alla presunzione di seduzione è indispensabile per sostenere la non punibilità della donna e per rintracciare un fondamento anche soggettivo alla protezione giuridica della verginità. Si ha — lo abbiamo visto — una ripugnanza verso una protezione puramente oggettiva dell’onestà, e solo una ricostruzione capace di dar rilievo alla volontà della donna può impedire il paradosso di una tutela accordata ad una ‘*virgo meretrix*’.

« *Duplex est stuprum, voluntarium et violentum* »⁽¹¹⁶⁾: la

⁽¹¹⁴⁾ E ciò naturalmente rende contraddittoria e inutile, come nota Menocchio, l’insistenza sulla ‘specialità’ della pena. Cfr. I. MENOCCHIO, *De arbitrariis iudicum questionibus et causis*, Genevae, 1690, lib. II, Cent. III, casus 291, n. 12.

⁽¹¹⁵⁾ Cfr. I. MENOCCHIO, *De arbitrariis iudicum questionibus et causis*, cit., lib. II, Cent. III, casus 291, nn. 8 e ss.: « *Dubitari etiam solet, an is qui puellam volentem et consentientem abduxit, puniri debeat tamquam raptor. Distinguendi sunt aliquot casus. Primus quorum est, quando puella carens parentibus, multis adducta persuasionibus passa est se a viro abduci...; Secundus est casus quando mulier habens parentes precibus vel pretio fuit seducta, consensit abduci...; Tertius est casus, quando certum est mulierem parentibus carentem sollicitatam non fuisse praecibus vel pretio, sed sua ipsa sponte et vera voluntate cum viro recessisse...; Quartus est casus, quando certum est mulierem parentes habentem, sollicitatam non fuisse precibus, vel pretio, sed sua sponte recessisse cum viro...; Quintus est casus quando sumus in dubio an scilicet mulier fuerit pretio vel precibus, aut potius volens abducta: hoc in casu dicendum est, praesumi sollicitatam et persuasam pretio vel precibus, ut abduceretur... ».*

⁽¹¹⁶⁾ Cfr. J. DAMHOUDER, *Practica rerum criminalium*, cit., cap. 92 (De stupro),

presenza nella stessa definizione di un consenso libero della donna (*Simplex stuprum in volente, et consentiente committitur*) incrina la rappresentazione unitaria della vittima che qui appare corrotta e correa, 'colpevole' nell'animo (« corruptionis verbum et ad *animum* et ad *corpus* refertur », si continua a ripetere ⁽¹¹⁷⁾). Negando con forza l'immagine di una tutela per un consenso colpevole (fondendo, diciamo così, la corruzione *ad animum et ad corpus*), la presunzione di seduzione con la sua raffigurazione di una volontà 'ordinata' rappresenta una necessità logica nello stupro semplice: « ut stuprum puniatur non solum si puella stuprata stupro renuerit, sed etiam si consenserit. Poena enim stupri (...) non est dubium quod procedit in stupro commisso sine violentia (...) et sic puella volente et consentiente (...) Qui omnes ea ad sic dicendum ratione moventur, quia scilicet in dubio virgo praesumitur seducta, et decepta, non autem sponte consentire.... » ⁽¹¹⁸⁾.

Come 'necessario' fondamento dello stupro semplice, la *persuasio* genera unione (e confusione) tra lo stupro 'volontario' e quello 'violento'. L'ascesa della *persuasio* verso la violenza appare inevitabile: la donna che non ha prestato un consenso spontaneo non è colpevole; se persuasa, la donna è offesa nell'animo, nella volontà. La pericolosità della *persuasio* — si aggiunge — è un dato di fondo dell'ordinamento ⁽¹¹⁹⁾, confermato da sanzioni gravi e specifici-

n. 3. La classificazione si conserva immutata sino agli inizi del XIX secolo, cfr. F.M. RENAZZI, *Elementa iuris criminalis*, Romae, 1803, liber IV, pars II, cap. I (De stupro), p. 79; G. CARMIGNANI, *Iuris criminalis elementa*, Pisis, 1833 (la prima ed. è del 1808), §§ 1149 e 1150: « Stuprum in simplex seu voluntarium, et qualificatum dispescitur. Simplex stuprum in volente, et consentiente committitur »; I.M. PAOLETTI, *Institutiones theoricopracticae criminales*, Florentiae, 1790, lib.VI, tit. II, p. 169: « Duplex est stuprum, simplex nimirum et qualificatum. Simplex est, si virgo pudorem suum alienae libidini supposuerit; qualificatum, si vi aut dolo subacta fuerit »; L. CREMANI, *De jure criminali libri tres*, Ticini, 1792, lib II, cap. VI, art. II, n. 5: « Facit etiam, ut stuprum appelletur *violentum*, quod cum invita et reluctantate perficitur, quodque opponitur, stupro *voluntario*, in eam admissio, quae diserte vel tacite consensit ».

⁽¹¹⁷⁾ A. MATTHAEUS, *De criminibus ad libros XLVII et XLVIII Digestorum commentarius*, cit., De stupro, n. 2.; F.M. RENAZZI, *Elementa iuris criminalis*, cit., IV, pars II, cap. I (De stupro), p. 76; G. CARMIGNANI, *Iuris criminalis elementa*, cit., § 1144, p. 172.

⁽¹¹⁸⁾ P. FARINACCIO, *Praxis*, cit., q. 144 § Stuprum, nn. 50 e 54.

⁽¹¹⁹⁾ Il richiamo va immancabilmente a D. 11, 3, 1, 3: « ...persuadere autem est plus quam compelli... ».

che ⁽¹²⁰⁾, e da facili induzioni logiche (« nam violentia ex promissionibus inducitur, et foemina patitur violentiam promissionibus viri seducta ») ⁽¹²¹⁾. Insomma ‘blanda verba’, ‘allectamenta’, ‘dolosae promissiones’, ‘interpellatio’ non sono meno pericolosi della violenza vera, effettiva, ed implicano al pari di questa la sanzione capitale ⁽¹²²⁾.

Tale ascesa della *persuasio* verso la violenza è contrastata con fermezza da molti giuristi: solo la *violentia*, la *vis vera* elimina a pieno il sospetto di un colpevole consenso della donna; l’espansione interpretativa della violenza, l’enorme visibilità giuridica della *persuasio*, crea un’illusoria difesa dell’onestà, proteggendo anche volontà colpevoli. Muta quello che si è disposti a leggere nella realtà e muta la rappresentazione giuridica. La configurazione della *persuasio* come *vis* appare vessatoria, inutile, fondata su congetture teoriche complicate e sottili ‘in teoria’ e inaffidabile nella prassi, inidonea

⁽¹²⁰⁾ E qui si invoca soprattutto la lettura di Deciani del § *qui puero*. L’interpretazione del § *qui puero* (D. 47, 11, 1, 2) ha naturalmente un’importanza cruciale ai fini della comminazione della sanzione *capite* nei confronti della *persuasio*: la posizione di Deciani, come abbiamo visto, distanziando la *persuasio* dalla violenza ‘vera’, rafforza il testo e accresce la confusione sanzionatoria. Le interpretazioni volte a ribadire le sanzioni ‘miti’ dello stupro *sine vi* (I. 4, 18, 4) sono molteplici. Cfr., ad esempio, Claudio BERTAZZOLI, *Additiones a Bartolomeo BERTAZZOLI, Decisivarum consultationum sive responsorum iuris in criminalibus et poenalibus controversiis emissorum... libri...*, Francofurti, 1602, Consilium 495) che, respinta la lettura di Alciato (disposto a non ritenere inconciliabile la presenza di una pena ordinaria e di una pena straordinaria per lo stesso crimine), propone di leggere il testo come rivolto a sanzionare il lenocinio e non la seduzione: « si recte legimus... non loquitur Paulus de stupratoribus, sed de solicitatoribus, de interpellatoribus, de lenonibus, de hisque, qui domum habent turpitudinis cuiuscumque, et lasciviae officinam ».

⁽¹²¹⁾ L’inafferrabilità del consenso rende la distinzione perennemente fragile, facendo ipotizzare di continuo una riemersione della pena capitale. Cfr., per tutti, F. VIVIO, *Decisiones Regni Neapoletani, Venetiis*, 1592, Decisio 292, nn. 6 e 7: « Sed advertete ne erres, quod isthaec conclusio, ut stuprum non veniat puniendum poena capitali, ubicunque in eo non intervenerit vis et violentia, intelligenda sane venit, quando praecesserit simplex et pura voluntas mulieris stupratae tempore commissi stupri, et sic nulla tunc quippe interveniente suasionem vel promissionem stuprantis... nam violentia ex promissionibus inducitur, et foemina patitur violentiam promissionibus viri seducta ».

⁽¹²²⁾ Si cfr., a mo’ d’esempio, la sintesi delle posizioni presentata da G. BASILICO, *Decisiones criminales magnae regiae curiae Regni Siciliae, Florentiae*, 1691, Decisio 15, n. 5.

a fornire un modello nell'interpretazione dello Statuto ⁽¹²³⁾. La distinzione tra stupro violento e stupro *sine vi* viene dunque fissata con nettezza e si ridicolizza la lettura ampia della *persuasio*: « ...numquam stuprum, prout quodlibet aliud crimen amantium, datur sine blanditiis, precibus ac donis et fallacibus promissionibus » ⁽¹²⁴⁾; « ...si protrahens animum ad votum suum donis, et pollicitationibus de vi teneretur, nulla esset sine vi copula carnalis, et universus mundus posset puniri de violentia, dum ex parte stupratoris semper interveniunt pollicitationes et blanditiae » ⁽¹²⁵⁾.

Riprendendo la contestata tesi di Bartolo, si afferma che, in assenza di violenza vera, la sanzione cui occorre fare riferimento è quella prevista per lo stupro semplice « etiamsi stuprator blanditiis, persuasionibus, promissionibus, dationibus pecuniarium, munerum, et similibus fraudibus et fallaciis puellam ad stuprum induxerit, quoniam numquam fere datur stuprum, quin ex parte stuprantis aliqua interveniat fallax persuasio et promissio » ⁽¹²⁶⁾. Lo stupro è violento — si aggiunge — « quando vis illata fuit corpori »: « ...in iudicio criminali stupri non de animo, sed de corpore puellae

⁽¹²³⁾ « ...licet etiam multae subtilitates ad hoc adduci possent, tamen in practica non obtinerentur et si obtinerentur omne stupre esset violentum... »; con la prospettiva di una generalizzazione della pena capitale: « Et si aliter diceremus, posset capite puniri universus fere mundus » (E. BOSSI, *Tractatus varii qui omnem fere criminalem materiam... complectuntur*, Venetiis, 1584, tit. De coitu damnato et punibili, n. 66; tit. De raptu mulieris, n. 15). Cfr. P. RIPA, *Tractatus de nocturno tempore*, cit., cap. 23 (De violentia), n. 8, che esclude l'applicabilità del concetto ampio di diritto comune nell'interpretazione dello Statuto: « licet interpellatione violentiae veniat etiam interpellatio et suasio in iure communi, secus tamen in statutis »; IPPOLITO DE' MARSIGLI, *Consilia criminalis*, Lugduni, 1547, Consilium 61, nn. 16 e ss.

⁽¹²⁴⁾ G. BASILICO, *Decisiones criminales*, cit., Decisio 15, n. 14.

⁽¹²⁵⁾ F.G. DE ANGELIS, *Tractatus criminalis de delictis*, cit., pars I, cap. 124, n. 29. L'affermazione, ripresa da Egidio Bossi, rappresenta un luogo comune richiamato dall'intera letteratura giuridica. Si cfr., oltre ai numerosi autori da De Angelis, anche G.D. RINALDI, *Observationes criminales, civiles et mixtae*, cit., II, Cap. XXIII, n. 92: « si hodie practicaretur poena mortis in stupro persuasionibus commisso, cum delictum sit frequens, multi sine capite ambularent (...) si aliter diceremus, posset capite puniri universus fere mundus » (l'Autore comunque intende difendere la posizione di Deciani: « De iure Deciani opinio est vera », *ibidem*, n. 94).

⁽¹²⁶⁾ Così, riepilogando il dibattito, sintetizza M. BERLICH, *Conclusiones practicabiles secundum ordinem constitutionum Augusti Saxoniae Electoris discussae*, Lipsiae, 1693, V, Conclusio 38 (De poena stuprantis et deflorantis virginem) n. 27; cfr. anche nn. 3 e 28.

corrupto tractatur, et sic requiritur vis illata corpori ut violentum dicatur »⁽¹²⁷⁾.

Muta l'angolo visuale: è impossibile uno stupro commesso senza « fallax persuasio et promissio » ('ex parte stupratoris *semper* interueniunt...'). L'accostamento della *persuasio* alla *violentia* rende ogni stupro violento, accomuna realtà diverse. Il ridimensionamento giuridico della *persuasio* si concentra sulla violazione del corpo (*in iudicio criminali stupri non de animo, sed de corpore puellae corrupto tractatur*), ma tende inevitabilmente a disegnare la zona della violenza 'vera' con argomenti « de animo puellae ». La mitigazione della pena dello stupro da persuasione deve essere ottenuta capovolgendo le presunzioni « in aequitate »: « ex quadam praesumpta voluntate stuprata, quia saepius puellae volunt videri a suis amatoribus violentia aliqua stupratae, cum tamen in corde suo non dissentiant... ». Lo prova Ovidio con cui si ripete: *Vim licet appelles, grata est vis illa puellis*⁽¹²⁸⁾. La ricerca della *voluntas vera* della donna capovolge insomma la lettura delle apparenze, e scorge un consenso '*in corde*' occultato da false resistenze femminile: « ...mulieri asserenti, se vim passam, vel tentatam de stupro, seu stupratam non creditur... *Vim licet...* »; « non dicitur violentia, si non intervenit resistentia »⁽¹²⁹⁾.

5.3. Volontà onesta, volontà 'vera' e colpevole consenso

La scienza giuridica traccia dunque contrastanti presunzioni, immagina volizioni opposte dietro alle stesse apparenze. Nonostante

⁽¹²⁷⁾ L. MATTHEU y SANZ, *Tractatus de re criminali*, Lugduni, 1686, Controversia 57, nn. 13 e 19.

⁽¹²⁸⁾ E, sempre con Ovidio, si prosegue: « Quae cum ita pugnaret, tamquam quae vincere nollet/ victa est non aegre prodicione sua ». Cfr. G.D. RINALDI, *Observationes criminales, civiles et mixtae*, cit., II, Cap. XXIII, n. 91. Il richiamo diventa quasi obbligatorio in riferimento allo 'Stupro violento': « Sed etsi hanc amatorum audacium foeminae vim appellent, dum facili saevitiae negant quae a poscente magis gaudent eripi; ea tamen vis propriae non est, de qua modo quaeritur. Huiusmodi enim vi ea resistere nequit, quae nolit; quod si haud unquam fere resistitur, inde evenit, quia testante Nasone, eximio harum rerum magistro, *grata est vis ista puellis* » (F.M. RENAZZI, *Elementa iuris criminalis*, cit., liber IV, pars II, cap. I, 8, De stupro violento, p. 92).

⁽¹²⁹⁾ G.B. BAIARDI, *Additiones ad Clarum*, cit., ad § Stuprum, nn. 40 e 41. Sul punto cfr. ancora *infra* II. 7.

la diversità delle posizioni, però, il quadro di fondo rimane unitario; unitaria è la ricerca di una *voluntas vera* della donna, unitaria è l'esigenza di coniugare costantemente volontà ed onestà, negando protezione alla donna 'deviante'. La difesa di una protezione per una donna ('veramente') onesta, la negazione d'ogni contatto tra tutele giuridiche e 'colpevole consenso', rappresenta il valore comune difeso sia da coloro che assolutizzano la presunzione di seduzione, sia da coloro che si oppongono.

Nessuno intende rinunciare alla protezione ampia dell'onestà; nessuno, a fronte del 'libero consenso', argomenta a favore di una piena depenalizzazione. Significativi sono, ad esempio, i contrasti in tema di *oscula*. Ritornano gli stessi contrasti sulla veridicità del consenso prestato della donna, le stesse dispute sul peso della seduzione (distinguendo tra baci dati « cum vi », « cum aliqua vi », « cum persuasionibus, insidiis, et malis artibus »), sui nessi tra consenso della donna e precedente trattato di matrimonio, tra presenza o assenza del consenso dei parenti; la stessa invocazione di pene cruente alternata con una benevola comprensione della violenza quando indotta dall'amore (*amor est iusta causa mitigandi poenam*)⁽¹³⁰⁾. Anche in questo caso si è costretti a mediare, a cercare una conciliazione tra rilevanza del consenso e protezioni di un'onestà intesa come bene indisponibile da parte della donna⁽¹³¹⁾

In questo quadro la tesi volta a ridurre il valore giuridico della seduzione implica una sorta di depenalizzazione sbilenca⁽¹³²⁾ che si

⁽¹³⁰⁾ Cfr. P. FARINACCIO, *Praxis*, cit., q. 142, pars IV, *De poena osculi*; F.G. DE ANGELIS, *Tractatus criminalis de delictis*, cit., pars I, cap. 94 (*De osculo, seu basio illato*) in particolare nn. 4 e ss. e n. 17; P. CAVALLI, *Resolutiones criminales*, Venetiis, 1629, Casus 96; I. MENOCCHIO, *De arbitrariis iudicum questionibus et causis*, cit., lib. II, Cent. III, casus 287 (*Poena impudicae deosculantis...*).

⁽¹³¹⁾ Cfr. F.G. DE ANGELIS, *Tractatus criminalis de delictis*, cit., pars I, cap. 94, nn. 5 e 6: « At non est indistincte verum, osculum luxuriosum de consensu mulieris datum esse impunibile, Vir namque osculans mulierem honestam, Virginem, aut viduam etiam volentem absque honesta et legitima causa extraordinarie punitur propter iniuriam quae fit parentibus, quicquid alias fit, quod mulier dicatur domina sui corporis. Immo ipsa mulier pro luxurioso osculo punitur ac si commisisset adulterium... Unde veritas est, quod data querela Patris et aliorum ad quos spectat, quamvis mulier permittat se deosculari, non erit impunis eam deosculans, nec ipsa mulier... ».

⁽¹³²⁾ Il termine 'depenalizzazione' è naturalmente improprio, come emerge dal contesto, lo uso solo per sottolineare i contatti tra le richieste di sanzione nei confronti

limita a spostare l'attenzione dal comportamento del 'soggetto attivo' a quello del 'soggetto passivo', senza rinunciare all'idea di sanzione. Si mira solo a rendere (sogettivamente) coerente il sistema dell'onestà.

La tensione verso una sanzione piena della volontà femminile colpevole attraversa dunque l'intero sistema protettivo dell'onestà, sostiene le presunzioni e guida il loro parziale abbattimento. Le opinioni di quanti rivendicano una pena nei confronti della donna consenziente allo stupro sono minoritarie, sopraffatte dal coro di quanti invocano la presunzione di seduzione e si limitano ad osservare l'oggettività della protezione della verginità. La punizione della donna consenziente è talvolta prevista nella normazione statutaria e spesso i giuristi indugiano nel racconto di pene cruente nei confronti della donna 'colpevole di stupro' ⁽¹³³⁾; ma (sostenuta con forza dal richiamo all'inciso 'sive volentibus, sive nolentibus' presente nella disciplina del ratto; e, nel caso dello stupro semplice, dalla nettezza del richiamo all'assenza della violenza) la convergenza verso la non punibilità della donna che consente al ratto e allo stupro è comunque netta ⁽¹³⁴⁾. La non punibilità affermata dalla prassi appare però

della donna consenziente e i temi che sosterranno, a partire dal Settecento, le richieste di 'vera' completa depenalizzazione dello stupro semplice anche quando accompagnato da seduzione.

⁽¹³³⁾ Cfr., per il rigore nelle sanzioni anche per la donna A. PERTILE, *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'Impero romano alla codificazione*, V. *Storia del diritto penale*, Padova, 1876, pp. 518 e ss. Il richiamo a pene cruente per la donna consenziente allude sempre però a prassi lontane: «...apud Saxones lex fuit ut virgo sponte deflorata viva sepeliretur et violator super ipsam suspendi debebat;... etiam apud barbaros lex fuit, ut virgo fornicaria, seu sponte gravidata de monte altissimi praecipitaretur...» (B. CHOVERON, *De publicis concubinariis commentarii*, cit., De stupro, n. 9). Cfr. ancora, a mo' d'esempio, A. TESAURO, *Novae decisiones Sacri Senatus Pedemontani*, cit. Decisio 3, n. 1. Giova precisare che in questo lavoro non mi interessano prassi e sanzioni locali, ma il modello teorico complessivo, 'comune', utilizzato per spiegare e giustificare le singole pratiche.

⁽¹³⁴⁾ Cfr. P. FARINACCIO, *Praxis*, cit., q. 147, § Stuprum, n. 53: «nunquam viderim punitam puellam, quae passa fuerit se stuprari». Non segna particolarmente la riflessione dottrinale il tema della «disparità di trattamento tra la donna e l'uomo» nel 'diritto germanico' (che viene progressivamente meno «sotto l'azione agguagliatrice della Chiesa»); così P. DEL GIUDICE, *Diritto penale germanico rispetto all'Italia*, in *Enciclopedia del diritto penale italiano*, cit. I, pp. 580 e ss. (riguardo a fornicazione e stupro); pp. 590 e ss. (riguardo al ratto della consenziente).

sempre meno giustificabile e divisibile, mostra un *vulnus* continuo al sistema dell'onestà⁽¹³⁵⁾.

L'interpretazione volta a dare coerenza alle sanzioni anche nei confronti della volontà della donna (*poena sequatur omnes quos delinquendi voluntas ad crimen adducit*) non riesce a ribaltare il sistema, è incapace di mutare la prassi e d'opporci completamente alle presunzioni; va sottolineato però che non è sostenuta solo da voci isolate volte ad insinuare dubbi, impregna infatti trasversalmente l'intera ricostruzione giuridica, è patrimonio comune ben radicato nella mentalità dei giuristi anche quando questi si schierano su posizioni molto distanti tra loro. Il tema dunque affiora di continuo, ed impregna molteplici interpretazioni. Ad esempio, si può scorgere con nettezza nelle dispute riguardanti il caso dello stupro della vedova onesta e della fanciulla 'immatura'.

5.4. *I rigori dell'indagine de voluntate et consensu puellae (lo stupro della vedova onesta e della fanciulla 'non viripotente')*

Lo stupro 'sine vi' della vedova onesta è parificato a quello della vergine consenziente (I. 4, 18, 4). Nel caso della vedova però si tende ad osservare più da vicino la volontà della donna: più sfocato è il

(135) Giova ascoltare per esteso una voce critica, perché gli argomenti proposti diverranno poi ricorrenti nelle richieste di depenalizzazione dello stupro semplice: «...dubitatum fuit, an puellae puniendae essent, quia inhonestissime stuprum admiserunt.... Et licet fatear, quod in usu nostrorum iudiciorum similis punitio non est admissa (...) admittendam crediderim, quia tam foeminae quam viri in hoc crimine delinquent et sub eisdem dispositionibus iuris civilis comprehenduntur (...). Quod compertum est, animadverso, quod lex Iulia tam de stupris quam de adulteriis coercendis tractavit, ut ex ipsius inscriptione sive rubrica resultat: et nulla ratio diversitatis versatur ad hoc, ut foeminae impunitae remaneant in crimine stupri, quando de adulterio puniuntur... Si enim ratione sexus vel aetatis mitius puniendae sint, aut ratione violentiae, seductionis vel raptus excusentur, non est huius inspectionis, quia hoc in unaquaque specie inspicendum erit. Ratio iuris suadet, quod poena sequatur omnes quos delinquendi voluntas ad crimen adducit; rectae gubernationis dictamen quod foeminae deterreantur ne facilius in hanc labem incidant. Si aliqua poena coercerentur puellae, neque tantae deceptae sub frustranea spe nuptiarum deciderentur, neque tot tantaeque adolescentulos quorum matrimonia ambiunt, ad amplexus invitarent. Si enim in aliqua specie haec doctrina admittenda esset, maxime in hac, quia impudentissime stupratori se obtulerunt » (L. MATTHEU y SANZ, *Tractatus de re criminali*, cit, Controversia 51, nn. 35 e ss.).

ricorso alla presunzioni di seduzione ⁽¹³⁶⁾, più viva è la consapevolezza che la protezione giuridica è accordata solo di riflesso (lo stupro arreca *iniuria* al marito defunto e ai parenti « sicut per adulterium commissum in vita » ⁽¹³⁷⁾). Il controllo dell'onestà è severissimo nei confronti della vedova ⁽¹³⁸⁾, così severo da imporre di fatto una connessione della protezione alla sola presenza di violenza 'vera' (*vis absoluta*) e da rendere lo stupro *sine vi* poco più che una ricorrente ipotesi di scuola ⁽¹³⁹⁾. La configurazione ampia del consenso non è utilizzata a sostegno della depenalizzazione dello stupro della vedova, ma per richiedere, facendo leva sul collegamento con l'adulterio, una sanzione per la donna ⁽¹⁴⁰⁾: « ...vidua

⁽¹³⁶⁾ Cfr. Claudio BERTAZZOLI, *Additiones* a Bartolomeo BERTAZZOLI, *Decisivarum consultationum sive responsorum... libri*, cit., Consilium 495 (a).

⁽¹³⁷⁾ IPPOLITO DE' MARSIGLI, *Super lex unica C. de raptu virginum*, cit., n. 52.

⁽¹³⁸⁾ « ...vidua luxuriosa vivens perdit omnia privilegia viduitatis » (IPPOLITO DE' MARSIGLI, *Super lex unica C. de raptu virginum*, cit., n. 55).

⁽¹³⁹⁾ Non tanto per la complicazione introdotta dalla l. Si uxor, ff. de adult. (D. 48, 5, 13: « quamvis si vidua esset, impune in eam stuprum committeretur ») risolta dicendo che il testo si riferisce a vedova non onesta e dunque immeritevole di protezione, quanto per la ricorrente affermazione che, per consuetudine, in assenza di violenza lo stupro commesso nei confronti di vedova non è punito. Cfr. P. FARINACCIO, *Praxis*, cit., q. 147, § Stuprum, nn. 10, 13 e 14 (« Bene verum est, quod de consuetudine stuprum in viduam commissum sine vi impunibile esse... ego tamen, si vero fateri debeo, nec etiam memini unquam pro stupro viduae aliquem punitum... »); G. CLARO, *Liber quintus sive practica criminalis*, cit., § Stuprum, n. 4 (« Caeterum pro stupro commisso cum vidua numquam vidi aliquem puniri... ») A. GÓMEZ, *Ad Leges Tauri commentarium absolutissimum*, cit., Lex 80, n. 14 (« Hodie tamen in nostro Regno de generali consuetudine non imponitur aliqua poena pro stupro commisso cum vidua, nec unquam vidi eos puniri vel accusari... »). Cfr., però, M.A. SAVELLI, *Pratica Universale*, Venezia, 1748, VII, § Stupro, n. 2.

⁽¹⁴⁰⁾ Nel caso dell'adulterio solo la *vis absoluta* subita dalla donna esclude la correatà: la pena si riferisce direttamente alla volontà colpevole della donna. In questo caso l'unica certezza di 'non colpevolezza' è rappresentata dalla *vis absoluta*, ogni altra forme di *coactio* verso la donna è sospetta, può implicare una partecipazione della sua volontà che esige una qualche sanzione. Nessuno pensa di ricorrere allo schema ampio della seduzione nel caso dell'adulterio. Significativa ed efficace è la sintesi di E. PIRHING, *Jus canonicum nova methodo explicatum*, cit., IV, (a X, 16, De adulteriis et stupro, n. 34): « si uxor violenter sit oppressa (...) tunc enim cessante culpa, etiam cessat poena: aliud est, si uxor, non per vim absolutam, quae tollit omne voluntarium, sed per gravem metum sit carnaliter cognita; nam tunc non excusatur ab omni culpa quoad Deum, quia coacta voluntas non excusat in maleficiis, ideoque meretur aliquam poenam, sed mitiorem.... ».

committens stuprum perdit dotem et actionem dote»; la pena dello stupro deve colpire direttamente il consenso colpevole della vedova «stuprum in tali casu subrogatur loco adulterii»⁽¹⁴¹⁾.

La mancata previsione della pena capitale per coloro «qui nondum viripotentibus virgines corrumpunt»⁽¹⁴²⁾ suscita contrasti: «Dubitari saepissime solet, qua poena puniendus sit ille, qui virginem viri impotentem stupravit»⁽¹⁴³⁾. Secondo alcuni la pena più mite copre la generalità dei casi (pertanto si ha che la pena dello stupro di minore, anche quando caratterizzato da violenza, non è quella capitale); a fronte della difficoltà di spiegare come mai una violenza arrecata a fanciulla 'immatura' sia punita in maniera più lieve rispetto a quella arrecata alla donna⁽¹⁴⁴⁾, un'altra parte della dottrina propende per conservare la distinzione *cum violentia, vel sine violentia*. È singolare che, all'interno di un sistema così propenso ad utilizzare le presunzioni, non si riesca a risolvere completamente tale questione invocando una presunzione assoluta di violenza nei confronti dello stupro della minore. Chi è convinto della maggiore gravità del reato («gravius peccant et gravius punitur stuprans immaturam, quam viripotentem») non riesce ad imporre la presunzione con il semplice riferimento all'età, ma deve riferirsi all'incapacità della fanciulla di consentire dolosamente: «...si sit impubes, tamen habuit consensum, quia erat doli capax, procediit distinctio de vi, et sine vi; sed si non sit doli capax, et sit in sexto, vel septimo anno (...) non potest dici sine vi, quia consensus non adest,

(141) IPPOLITO DE' MARSIGLI, *Super lex unica C. de raptu virginum*, cit., n. 61. Cfr. PAOLO DI CASTRO, *Consiliorum sive responsorum (volumina)*, II, Venetiis, 1581, cons. 147. Sulle contrastanti opinioni riguardo alla configurabilità della *poena ammissionis dotis* nello stupro si cfr. I. MENCOCCHIO, *De arbitrariis iudicium questionibus et causis*, cit., lib. II, Cent. III, casus 288, nn. 28 e ss. Cfr. anche J. HARPRECHT, *Commentarius ad Instituta*, cit., IV, § *Item lex Iulia de adulteris*, n. 99 e ss.

(142) L. Si quis aliquid, ff. de poenis [D. 48, 19, 38, 3]: «Qui nondum viripotentibus virgines corrumpunt, humiliores in metallum damnantur, honestiores in insulam relegantur aut in exilium mittuntur».

(143) I. MENCOCCHIO, *De arbitrariis iudicium questionibus et causis*, lib. II, Cent. III, casus 294, n. 1. Cfr. anche P. FARINACCIO, *Praxis*, cit., q. 147, § Stuprum, nn. 37 e ss.; A. GÓMEZ, *Ad Leges Tauri commentarium absolutissimum*, cit., Lex 80, n. 42.

(144) La spiegazione è fornita leggendo violenza ad onore, e facendo emergere in tal modo una maggiore gravità dell'offesa arrecata alla donna.

et naturae repugnat, quod in talem personam id tentetur... »⁽¹⁴⁵⁾. La distinzione *cum vi vel sine vi* impone sempre un'indagine « de voluntate et consensu puellae » quando la vittima è *doli capax*.

Affermare — come si farà spesso a partire dalla vulgata illuministica — che il modello d'antico regime prescindeva da valutazioni del consenso, non aiuta certo a comprendere questa attenzione continua per il consenso e la volontà; in realtà, anche in questo caso a caratterizzare il sistema non è il disinteresse per il consenso della vittima, ma la ricerca (esasperata e contrastante) di una volontà 'pura', 'ordinata', esente da qualsiasi colpevole partecipazione al reato⁽¹⁴⁶⁾.

5.5. *Voluntas est invisibilis: i contrastanti simboli dell'onestà*

I penalisti, dunque, non riescono a prescindere da un continuo riferimento alla volontà della donna ma, incapaci di fissare il principio di una relativa disponibilità del bene dell'onestà, sono costretti ad accordare a tale volontà una rilevanza giuridica sempre contraddittoria. La negazione presuntiva del consenso e la ricerca (speculare) di una colpevole correatà della vittima convergono nell'esigere l'onestà, tornano a dividersi nell'interpretazione dei suoi simboli quando si collegano alla volontà della donna.

« ...voluntas est invisibilis et impalpabilis et iacet solum in animo mente et corde hominis et non potest cognosci nisi coniecturative per aliqua extrinseca »⁽¹⁴⁷⁾. Il modello dell'onestà esige conclusioni coerenti « in animo et in corpore »; le ottiene come può, ora affidandosi all'assolutezza del nesso tra onestà 'estrinseca' e onestà 'interiore', ora dubitandone. Congetture, indizi, presunzioni, prove ricercano, oltre le ingannevoli apparenze, una volontà invisibile e

⁽¹⁴⁵⁾ E. BOSSI, *Tractatus varii*, cit., tit. De coitu damnata et punibili, n. 68.

⁽¹⁴⁶⁾ Cfr. P. CAVALLO, *Resolutiones criminales*, cit., casus 20, n. 16: la pena di morte sarà da applicare « quando stuprans delictum perfecisset et non constaret de voluntate et consensu puellae, quae esset doli capax et cuius malitia aetatem suppleret »; G.F. SANFELICE, *Decisionum supremorum Tribunalium Regni Neapoletani*, Lugduni, 1675, I, decisio 245, n. 8: « contra naturam non praesumitur consentire ».

⁽¹⁴⁷⁾ IPPOLITO DE' MARSIGLI, *Consilia criminalis*, cit., Consilium 61, n. 27.

vera nei segni dell'onestà⁽¹⁴⁸⁾. Le prove parlano di consenso e di dissenso parlando d'onestà: onestà e *voluntas vera* della donna sono termini inscindibili.

Le 'congetture' si muovono di conseguenza. La verginità si presume (« puella virgo praesumitur, sicut virgo nascitur »)⁽¹⁴⁹⁾, occorre attenersi alle dichiarazioni della stuprata riguardo alla sua verginità (« talis assertio habet praesumptionem naturae pro se »)⁽¹⁵⁰⁾. La piena fiducia nel nesso 'naturale' tra volontà e verginità, si lega però al sospetto nei confronti della donna come *socia criminis*. La dichiarazione della donna stuprata, « assertio puellae stuprum passae », induce una presunzione relativa solo riguardo alla verginità (*quia est qualitas quae naturaliter inest*), per il resto è sospetta, sempre da verificare alla luce di elementi congetturali (*adminicula*). Occorre sospettare delle apparenze: la donna può sempre manipolare l'evidenza della deflorazione (« ista probatio est

(148) In generale sul tema si cfr. A. ESMEIN, *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire depuis la XIIIème siècle jusqu'à nos jours*, (Paris, 1882), Frankfurt am Main, 1969, pp. 262 e ss.; gli scritti raccolti in *Recueil de la Société Jean Bodin*, XVII, *La preuve*, 2, Bruxelles, 1965; P. FIORELLI, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, Milano, 1953, II, pp. 10 e ss.; G. ALESSI, *Prova legale e pena. La crisi del sistema tra evo medio e moderno*, Napoli, 1979; I. ROSONI, *Quae singula non prosunt collecta iuvant. La teoria della prova indiziaria nell'età medievale e moderna*, Milano, 1995, pp. 97 e ss.

(149) « In dubio praesumitur virgo, nisi ipse stuprator probet contrarium » (G. CLARO, *Liber quintus sive practica criminalis*, cit., § Stuprum, n. 4); A. BARBOSA, *Collectanea doctorum tam veterum quam recentiorum in jus pontificium universum*, Lugduni, 1656, t. III, ad c. 1, X, V, 16, n. 4: « In dubio puella virgo praesumitur, sicut virgo nascitur... »; D. TOSCHI, *Practicae conclusiones iuris*, cit, vol. VII, Concl. 709, nn. 43 e 44.

(150) Nello stupro « ...conclusio, quod stupratae asserenti se fuisse virginem tempore stupri, creditur iuramento eius, tum in odium delinquentis, tum quia talis assertio habet praesumptionem naturae pro se ». (P. FARINACCIO, *Praxis*, q. 147, § Probatio, n. 135). Ed in questo senso occorre orientarsi in caso di dubbio: « magis credatur obstetricibus deponentibus de virginitate, quam aliis deponentibus de corruptione » (*ibidem*, n. 142). Pensate in riferimento allo stupro violento, ove si è certi dell'assenza di una correttezza della donna, tali presunzioni si estendono, non senza diffidenze, anche allo stupro non violento: « in stupro non violento militant eadem rationes, quae militant in violento... »; ma nel caso dello stupro non violento « praesumptio virginitatis oriens ex iurata assertionem puellae, tollitur per alias contrarias inhonestatis coniecturas... maxime attendendam qualitatem vitae et morum puellae » (*ibidem*, n. 139).

fallax ») ⁽¹⁵¹⁾; occorre dubitare della donna stuprata: «...quia puella stuprum passa aequaliter delinquit cum stupratore, et socia criminis eiusdem sit » ⁽¹⁵²⁾.

Presunzioni e prove della verginità coprono un vasto spazio probatorio nello stupro, non possono mai ricoprirlo tutto. Non si procede alla pena dello stupro « ubi stuprata fuerit inhonesta »: rimane il dubbio instillato dalla Glossa, quello di una *virgo meretrix*; permangono i sentieri 'interiori' dell'onestà, sino alla *honesta meretrix*. Ma la volontà è invisibile, ogni certezza è congetturale: il giurista non può che rappresentare la volontà della vittima tracciando ancora la sua mappa dell'onestà.

Il dato più certo resta quello offerto dalla visibilità della violenza come annullamento della libera volontà: « plus credetur duobus testibus deponentibus de violentia, quam ducentum deponentibus de libera voluntate... quia qui deponunt de violentia, deponunt de facto, quod percipi potest per sensus corporis: qui vero deponunt de mente, quae soli Deo vere cognita esse potest... » ⁽¹⁵³⁾. La ricognizione dell'onestà della donna, la disonestà antecedente (« quia semel malus, semper praesumitur malus... » ⁽¹⁵⁴⁾), ogni comportamento della vittima può piegare questa certezza, rendendo apparente, gradita, volontaria, la violenza ⁽¹⁵⁵⁾.

La prova del ratto segue lo stesso modello: si presume contro il rapitore un dissenso costante della donna che può essere abbattuto solo dalla prova di un consenso 'vero' ⁽¹⁵⁶⁾. L'invisibile consenso della donna torna ad essere affidato « coniecturis »: si sta alle

⁽¹⁵¹⁾ P. FARINACCIO, *Praxis*, cit., q. 147, § Probatio, n. 148.

⁽¹⁵²⁾ L. MATTHEU y SANZ, *Tractatus de re criminali*, cit, Controversia 52, n. 4.

⁽¹⁵³⁾ T. DECIANI, *Tractatus criminalis*, cit., t. II, l. VIII, cap. 15 (De stupro vel coitu violento), n. 16; e cap. VII (Raptus quid), n. 25: « de jure plus credetur duobus testibus affirmantibus de voluntate coacta, quam mille deponentibus de libera et spontanea ».

⁽¹⁵⁴⁾ T. DECIANI, *Tractatus criminalis*, cit., t. II, l. VIII, cap. 7, n. 26. Cfr. anche B. CIPOLLA, *Consilia criminalia*, Venetiis, 1555, Consilium 57.

⁽¹⁵⁵⁾ « nec dicitur stuprum violentum, si puella per prius manum strinxerat cum stuprante, nam manum stringere indicat delectationem et ex hoc stuprum erit voluntarium... » F.G. DE ANGELIS, *Tractatus criminalis de delictis*, cit., pars I, cap. 124, n. 23.

⁽¹⁵⁶⁾ P. FARINACCIO, *Praxis*, cit., q. 145, § Vis, n. 140: « ...in dubio mulieris raptae consensus non praesumitur, sed bene praesumitur quando invita fuit rapta ».

dichiarazioni della donna *honestae* ⁽¹⁵⁷⁾, ma le sole sue parole non forniscono la prova della sua vera volontà, e il consenso torna ad essere ipotizzato tramite « indicia »: « quando probatur puellam valde amare raptorem » ⁽¹⁵⁸⁾ (« ...affectio enim, amor et amicitia conjecturam faciunt, ut quis dicatur consensisse actui cui alias in dubio praesumeretur contradixisse » ⁽¹⁵⁹⁾); « quando probatur, quod mulier in raptu non acclamavit, nec auxilium imploravit » ⁽¹⁶⁰⁾; quando « ipsum raptorem iam pluries carnaliter cognovisse ipsam raptam, quae nunquam est conquesta: hoc sane casu praesumitur, quod ipsa sponte et voluntarie abduci voluerit » ⁽¹⁶¹⁾.

La ricerca di un'offesa inferta *in animo et in corpore puellae* può muoversi, come sappiamo, in direzioni opposte, così è inevitabilmente per le congetture: la ricostruzione della volontà della vittima è quello che i giuristi vogliono che sia in relazione alla loro mappa dell'onestà.

Quando mulier dicatur inhonesta? Egidio Bossi, che abbiamo visto attento a negare un'interpretazione ampia della *persuasio*, risponde proponendo una configurazione 'minima' della disonestà: *de inhonestate meretricia* ⁽¹⁶²⁾. Il sostegno per le due tesi è dato da argomenti di buon senso pratico: la purificazione della *persuasio* alla

⁽¹⁵⁷⁾ J. DAMHOUDER, *Practica rerum criminalium*, cit., cap. 95 (de raptu), n. 9: « ...statur iuramento virginis contra deflorantem, quod erat virgo: ita statur iuramento honestae raptae contra raptorem quod erat rapta ».

⁽¹⁵⁸⁾ P. FARINACCIO, *Praxis*, cit., q. 145, § Vis, n. 145.

⁽¹⁵⁹⁾ I. MENOCCIO, *De arbitrariis iudicum questionibus et causis*, cit., lib. II, Cent. III, casus 291, nn. 22 e 25.

⁽¹⁶⁰⁾ P. FARINACCIO, *Praxis*, cit., q. 145, § Vis, n. 140; I. MENOCCIO, *De arbitrariis iudicum questionibus et causis*, cit., lib. II, Cent. III, casus 291, n. 27: « ...non acclamavit, cum acclamare posset: immo hilaris et laeta cum raptore ivit ».

⁽¹⁶¹⁾ I. MENOCCIO, *De arbitrariis iudicum questionibus et causis*, cit., lib. II, Cent. III, casus 291, n. 28. Cfr. B. CIPOLLA, *Consilia criminalia*, cit., Consilium 57.

⁽¹⁶²⁾ La questione riguarda l'interpretazione dell'onestà nel ratto, così come configurato nello Statuto di Milano: « Sed tamen licet inhonestas generetur variis modis, videtur quod in casu nostro tantum intelligatur statutum loqui de inhonestate meretricia, quia in fine dicit, dum non sit meretrix, et ita videtur textum in materia nostra, iuncta gl. in d.l. unica, ibi virgines honestarum, quae dicit, secus est in meretrice... ita non sufficeret ad inhonestatem probandam quo ad terminos nostros stuprum, vel adulterium, vel incestus, sed quod esset meretrix » (E. BOSSI, *Tractatus varii*, cit, tit. De raptu mulieris, n. 10).

violentia finisce per punire con la pena capitale ‘universus mundus’; la configurazione ampia della disonestà rischia, al contrario, di vanificare la pena del ratto: « quia iamiam omnis mulier posset apparere inhonesta, et ita sequi frequentissimus raptus... »⁽¹⁶³⁾. Ad unire i due temi c’è l’indispensabilità di una visibilità giuridica del consenso della donna e la difficoltà di un suo inquadramento pieno nel sistema dell’onestà: la *persuasio* tende a rendere giuridicamente non vera e conforme all’onestà ogni volontà femminile; il concetto ampio di disonestà impone che la tutela giuridica sia negata a donne che, anche per una sola volta, si siano rese colpevoli di consentire volontariamente, « illa honestas ita intelligitur ut mulier non sit contaminata voluntarie prius »⁽¹⁶⁴⁾.

Le tensioni contrastanti che attraversano il tema dell’onestà impediscono ovviamente che anche la configurazione ‘minima’ della disonestà possa essere accolta senza proporre molteplici letture delle apparenze: « Dixi mulieri honestae, ut excluderetur meretrix... Sed difficultas stat, quae dicatur meretrix vel inhonesta mulier? »⁽¹⁶⁵⁾. Le incertezze si ripropongono e la configurazione del vero consenso e del vero dissenso della donna tornano a contrapporsi in questo cerchio di disonestà solo ingannevolmente più ristretto. La ricerca di un libero e spontaneo consenso della donna (« *simplex et pura voluntas* mulieris stupratae ») in ogni percorso può essere usata in modo contrastante, per vedere e per negare la violenza.

I requisiti posti come essenziali per la sussistenza dello stupro vanificano, del resto, ogni possibile fuga dal sistema, riportano sempre il dibattito al suo punto iniziale. Sono tre: « Primum, quod

⁽¹⁶³⁾ *Ibidem*, tit. De raptu mulieris, n. 10.

⁽¹⁶⁴⁾ Così sintetizza Bossi la posizione che è, in particolare, di Paolo di Castro (E. BOSSI, *Tractatus varii*, cit., tit. De raptu mulieris, n. 10). Cfr. anche G.B. BAIARDI, *Additiones ad Clarum*, cit., § Raptus, n. 28: « Adde quod mulieres solutae per vim, etiam ab alio semel cognitae et osculatae, vel ab ipso, non tenentur poena statuti de raptore mulieris honestae ». L’accertamento della disonestà antecedente rinvia immediatamente al consenso: « Et ratio diminutionis poenae est praesumptus consensus mulieris, ex doctrina Pauli de Castro... » (G.D. RINALDI, *Observationes criminales, civiles et mixtae*, cit., II, Cap. XXIII, n. 165).

⁽¹⁶⁵⁾ T. DECIANI, *Tractatus criminalis*, cit., t. II, l. VIII, cap. 7, n. 9 e 10. Cfr. anche F.G. DE ANGELIS, *Tractatus criminalis de delictis*, cit., pars I, caput 28, nn. 10 e ss.; e pars II, caput 36, nn. 25 e ss.

vir seduxerit. Secundum, quod stupraverit. Tertium, quod puella tempore stupri ab alio prius deflorata non fuisset...; Virginitas enim praesumitur..., et prasumitur etiam seductio... »⁽¹⁶⁶⁾. Restano gli 'adminicula' atti a provare la disonestà della donna e il suo 'vero' consenso.

Incapace di concepire come disponibile il bene dell'onestà, la ricerca di un nesso coerente tra protezione giuridica e volontà della donna non riesce mai ad abbattere le presunzioni contestate, ad impedirne un ritorno sotto nuove forme. In tale quadro 'immobile', la ricerca di una *voluntas vera* che caratterizza il dibattito penalistico più che rafforzare il sistema protettivo dell'onestà, lo indebolisce, facendo emergere i temi che porteranno al suo abbattimento. La scissione tra protezione accordata dall'ordinamento e dignità della vittima non è eliminata, ma appare rafforzata: la rappresentazione di una vittima tutelata, anche se indegna di protezione perché 'colpevole', è sempre più frequente. L'incapacità di ridefinire reati e pene a fronte della visibilità del consenso della vittima rende dunque sempre più instabile ed esposto alle critiche il sistema protettivo dell'onestà. A partire dal Settecento, la critica più ricorrente rivolta al 'modello antico' sarà, non a caso, proprio quella d'aver trasformato un complesso di norme giuridiche volte a proteggere l'onestà in un sistema di incentivi per la disonestà femminile⁽¹⁶⁷⁾.

6. *Un punto di fuga: la riflessione della Seconda Scolastica*

La ricerca di una perfetta coincidenza tra ricostruzione della volontà della vittima ed onestà frantuma e blocca l'analisi della penalistica: la libertà della volontà non si afferma mai a pieno ed è sempre sconfitta nel bilanciamento con altri valori indisponibili. Tratteggiare a pieno il tema della libertà entro questo quadro significa introdurre un elemento di crisi del sistema, far saltare

⁽¹⁶⁶⁾ G. BASILICO, *Decisiones criminales*, cit., Decisio 15, nn. 19 e 20. Cfr. anche A. BARBOSA, *Collectanea doctorum*, cit., a c. 1. X, V, 16, [Dotabit eam et habebit uxorem] n. 7: «...tria requirere, seductam foeminam, sequutam copulam, et virginitatem deperditam ».

⁽¹⁶⁷⁾ Cfr. *infra* II. 8.

l'impianto delle presunzioni e ridisegnare la strutture dei reati volti a proteggere l'onestà femminile. I penalisti, come abbiamo visto, non riescono a farlo.

Una frattura e una possibile via di fuga dalla circolarità delle argomentazioni dei giuristi è offerta dalla riflessione teologica degli autori della Seconda Scolastica. Essi filtrano l'impianto conoscitivo tomistico con le nuove sensibilità volontaristiche e soggettivistiche in una lettura della realtà che, attentissima alle problematiche del giuridico, affronta e ridefinisce il tema della libertà; una libertà, che è soprattutto *voluntas libera*, libera scelta del soggetto che si estrinseca nelle sue azioni e nei suoi moti dominativi verso le cose, in una « osmosi tra il 'me' e il 'mio' » (168). L'essenzialità della *voluntas libera* nelle scelte morali, l'attenzione continua per la libertà come « dimensione vitale » della proprietà, giunge sino all'estrema configurazione, in Francisco de Vitoria e Domenico Soto, di un dominio sul proprio corpo, sulle proprie membra (« *dominium corporis sui* », « *dominium membrorum* ») (169).

'Libertà' e 'dominio del proprio corpo' saranno termini fortunatissimi nel dibattito per la piena depenalizzazione dello stupro semplice e per l'abbattimento del sistema oggettivo delle protezioni: la donna « *libera padrona del suo corpo* ne ha con *libero e valido consenso* dato balia al proprio amatore », così, come si ricorderà, Carrara (170). Non è il caso però di trarre conclusioni affrettate. Thomás Sanchez, l'autore che più approfondisce il tema della donna come *domina* della 'sua' verginità, usa l'argomento attento a negare una configurazione piena di tale dominio in relazione al corpo (un dominio che anche lui ritiene incompatibile con gli usi vincolati dalla creazione (171)) e a circoscriverlo nei termini di un *usus* consentito,

(168) P. GROSSI, *La proprietà nel sistema privatistico della Seconda Scolastica*, in P. GROSSI (a cura di), *La Seconda Scolastica nella formazione del diritto privato moderno*, Milano, 1973, pp. 117 e ss. (la citazione è dalla p. 155).

(169) P. GROSSI, *La proprietà nel sistema privatistico della Seconda Scolastica*, cit., p. 137.

(170) Il testo è già stato richiamato nell'Introduzione (F. CARRARA, *Programma*, cit., Parte speciale II, § 1485, p. 229). Il corsivo è mio.

(171) È con tale argomento che la proprietà del proprio corpo è respinta dagli autori della Seconda Scolastica. Cfr. P. GROSSI, *La proprietà nel sistema privatistico della Seconda Scolastica*, cit., p. 137 (testo e note).

anche se non esercitabile 'sine corruptione', senza *abuti* (e solo in tal senso, dunque, configurabile in termini proprietari) (172). Il tema, come vedremo, è importante, ma di per sé insufficiente a rappresentare quel punto di fuga dalle consolidate rappresentazioni dell'onestà e del consenso femminile di cui si diceva all'inizio. Il *dominium sui* emerge come necessario corollario ad una libertà di scelta che è percepita, questa sì, come essenziale e che, piena esplicazione della *voluntas libera* della donna, viene finalmente delineata senza ambiguità e contraddizioni: la *libertà di consentire*, la *libertà di non consentire* al matrimonio (173).

La rappresentazione della volontà libera indirizzata al matrimonio si oppone nella canonistica con le presunzioni utilizzate per abbattere il consenso, per negare la volontà 'vera' della donna consenziente stuprata. Netto è il contrasto in Panormitano, nelle cui pagine, lo abbiamo visto, libertà di consentire al matrimonio e presunzione assoluta di seduzione (*semper praesumitur seducta*) si sovrappongono. La rivendicazione di un nesso coerente tra libertà del matrimonio e ricostruzione giuridica del ratto e dello stupro costituisce il principale apporto dato al nostro tema dai teologi 'neoterici'.

6.1. Sola voluntas feminae: la libertà di non consentire al matrimonio

La *voluntas libera* indirizzata al matrimonio è ben radicata all'interno del sistema dell'onestà. Il consenso al matrimonio è indirizzato verso l'ordine ed è pertanto libero per eccellenza: appare 'libero', 'vero', 'spontaneo', e come tale è interpretato. La figura della seduzione non ha spazio di fronte al matrimonio (174). Quella libertà, l'unica accordata alla donna dalla rigida protezione dell'one-

(172) Il tema della donna *domina* (« della sua sessualità e del suo corpo ») è forse colorato con connotati eccessivamente laici da G. ALESSI, *Il gioco degli scambi. Seduzione e risarcimento nella casistica cattolica del XVI e del XVII secolo*, in *Quaderni storici*, 75 n. s., n. 3 (dicembre 1990) dedicato al tema della « Verginità », pp. 805 e ss., cit. da p. 819.

(173) Il pleonasma, come vedremo, è importante: la libertà da cui si traggono le conseguenze più rilevanti è infatti quella di *non scegliere* il matrimonio.

(174) Si tornerà in maniera più ampia su questo punto nel terzo paragrafo del secondo Capitolo.

stà, ha (come tutte le libertà) una sua forza espansiva, rivendica coerenze, non può essere sempre elusa e sacrificata nel confronto con altri beni. La libertà implica un volere ma anche un non volere, la donna è libera di scegliere ma anche di non scegliere il matrimonio: la libertà non può essere indirizzata solo nel senso dell'adesione all'ordine, non può essere circoscritta nel recinto dell'onestà. L'espansione del tema della libertà non può che costringere a rivedere i nessi tra *voluntas* della donna e protezioni oggettive dell'onestà.

La libertà attiene alla persona, la libertà del matrimonio attiene alla volontà della donna: se il valore da considerare e da proteggere in modo preminente è questo, il centro della tutela giuridica inevitabilmente si sposta verso la libera volontà del soggetto e verso la sua onestà interiore. Ad esigere una radicalizzazione di tale scelta è la lettura del Concilio tridentino, « quod... libertati matrimonii favere intendat »: « ...ad eam libertatem nil confert parentum voluntas, sed sola foeminae... Nec iuvat, si dicas voluntatem parentum desiderari honestatem matrimonij. Nam Tridentinum in eo decreto, non honestatem, sed solam eius libertatem spectat... quod sola voluntas feminae, eiusve contradictio, in eo decreto attendatur »⁽¹⁷⁵⁾.

Sola voluntas feminae: il consenso al matrimonio è espressione di una volontà libera, di una scelta personale non condizionabile con richiami esterni all'onestà. La prospettiva rigorosamente soggettiva non può, però, essere imprigionata nei soli confini del matrimonio,

(175) T. SANCHEZ, *De sancto matrimonii sacramento*, t. II, Lib. VII, Disputatio 13, n. 13. La questione più rilevante è posta nel cap. 6, sessione 24 (De reformatione circa matrimonium): « Decernit Sancta Synodus, inter raptorem et raptam, quamdiu ipsa in potestate raptoris manserit, nullum posse consistere matrimonium. Quod si rapta, a raptore separata et in loco tuto et libero constituta, illum habere consenserit: eam raptor in uxorem habeat... ». Una sintesi sul ratto in relazione al matrimonio in G.P. MASSETTO, *Ratto (diritto intermedio)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. 38 (Milano, 1987), pp. 737 e ss.; più in generale sul matrimonio nel Concilio di Trento è qui sufficiente rinviare a G. LE BRAS, *La doctrine du mariage chez les théologiens et les canonistes depuis l'an mille*, in *Dictionnaire de Théologie catholique*, IX, 2 (Paris, 1927), cc. 2233 e ss.; A.C. JEMOLO, *Il matrimonio nel diritto canonico dal concilio di Trento al Codice del 1917* (1941), Bologna, 1993; J. GAUDEMET, *Il matrimonio in Occidente*, Torino, 1989 (ed orig. Paris, 1987), pp. 215 e ss. In riferimento al periodo antecedente al concilio di Trento si cfr. la datata ricostruzione di F. BRANDILEONE, *Saggi sulla storia della celebrazione del matrimonio in Italia*, Milano, 1906.

costringe infatti a rileggere l'intero impianto protettivo dell'onestà: le presunzioni di consenso e di dissenso, la violenza (*vera et interpretativa*), la *persuasio*.

La struttura della lussuria nell'inquadramento tomistico parte dalla figura base della *fornicatio simplex* e presenta gli altri peccati come sue qualificazioni ⁽¹⁷⁶⁾. A caratterizzare il ratto, e a distinguerlo in particolare dallo stupro, è la violenza ⁽¹⁷⁷⁾. La specificità dello stupro attiene invece alla verginità ⁽¹⁷⁸⁾; nello stupro infatti si configura una duplice *iniuria*: « unam quidem ex parte virginis, quam etsi non vi corrumpat, tamen eam seducit; (...) aliam vero iniuriam facit patri puellae » ⁽¹⁷⁹⁾. La violenza non è dunque essenziale ai fini della qualificazione dello stupro, essa può intervenire solo per aggravare la *iniuria alterius personae* già di per sé presente nello stupro e assente invece nella *fornicatio simplex* (« quae committitur sine iniuria alterius personae ») ⁽¹⁸⁰⁾.

⁽¹⁷⁶⁾ Cfr. TOMMASO D'AQUINO, *Summa theologiae, Secunda Secundae Partis*, quaestio 154, in particolare art. I. Su adulterio, incesto, stupro, ratto, sacrilegio, peccato contro natura come forme di 'fornicazione qualificata', cfr. B. DOLHAGARY, « Fornication », in *Dictionnaire de théologie catholique*, V, 1, Paris, 1915, pp. 599 e ss., in particolare pp. 605 e ss.

⁽¹⁷⁷⁾ La specificità del ratto sta nella violenza riferibile tanto alla donna quanto ai parenti. Cfr. TOMMASO D'AQUINO, *Summa theologiae, Secunda Secundae Partis*, quaestio 154, in particolare art. 7 (Utrum raptus sit species luxuriae distincta a stupro). Per un cenno alla 'fornicatio simplex' come « reato fondamentale in materia di delitti carnali » nelle ricostruzioni del diritto canonico si cfr. D. SCHIAPPOLI, *Diritto penale canonico*, cit., p. 880.

⁽¹⁷⁸⁾ « stuprum non est fornicatio simplex, sed fornicatio est concubitus, qui fit cum meretricibus, idest mulieribus jam corruptis » (TOMMASO D'AQUINO, *Summa theologiae, Secunda Secundae Partis*, quaestio 154, art. 6).

⁽¹⁷⁹⁾ TOMMASO D'AQUINO, *Summa theologiae, Secunda Secundae Partis*, quaestio 154, art. 6.

⁽¹⁸⁰⁾ In tal senso si edifica un'ordinata gerarchia della gravità delle 'offese': « ...magis autem repugnat rationi, quod aliquis venereis utatur, non solum contra id quod convenit proli generandae, sed etiam cum iniuria alterius; et ideo fornicatio simplex, quae committitur sine iniuria alterius personae, est minima inter specis luxuriae: major autem iniuria est, si quis abutatur muliere alterius potestati subjecta ad usum generationis, quam ad solam custodiam; et ideo adulterium est gravius quam stuprum: et utrumque aggravatur per violentiam; propter quod raptus virginis est gravius, quam stuprum, et raptus uxoris, quam adulterium... » (TOMMASO D'AQUINO, *Summa theologiae, Secunda Secundae Partis*, quaestio 154, Art. 12).

La classificazione di Tommaso non ha particolari punti di conflitto con lo *ius civile*; essa infatti convive e sostiene le ricostruzioni dei giuristi. La necessità di delineare appieno la *voluntas libera* indirizzata al matrimonio costringe i teologi della Seconda Scolastica a scontrarsi inevitabilmente con l'ordine tomistico; ciò pone, nello stesso tempo, le loro tesi in evidente conflitto con il sistema dei giuristi.

« Vis ad justitiam pertinet »⁽¹⁸¹⁾: è questo l'elemento su cui più si insiste per ribadire alcuni aspetti dell'impianto tomistico e mutarne altri. Non si può configurare la libertà di consentire al matrimonio ripetendo, con Tommaso, che la *vis* nel ratto può essere inferta alla donna *oppure* a coloro che hanno la *potestas* su di lei. La piatta parificazione confonde aspetti oggettivi e soggettivi; quando la donna consente, si antepone la considerazione (oggettiva, esteriore) dell'onestà alla volontà della donna, alla *sua* onestà. Nel configurare la *vis* del ratto, i 'novatores' privilegiano decisamente l'offesa nei confronti della donna alla difesa del quadro obiettivo dell'onestà: la violenza indirizzata alla donna di qualsiasi *status* evidenzia il ratto, a prescindere da qualsiasi valutazione dell'onestà⁽¹⁸²⁾; allo stesso modo la presenza di un consenso della donna deve negare il ratto, prescindendo da altre valutazioni. Il ratto è violenza; il libero consenso elimina il ratto: « si puella volens abducatur ignorantibus parentibus, aut tutoribus, non erat proprie raptus ». La conclusione è resa netta soprattutto da un rilievo: *in foro conscientiae* il consenso della donna non può essere considerato presuntivamente, qui si nega il consenso 'estorto' o 'falsato', ci si oppone alle genericità della *persuasio*⁽¹⁸³⁾.

⁽¹⁸¹⁾ T. SANCHEZ, *De sancto matrimonii sacramento*, cit., lib. VII, Disputatio 12, nn. 30, 31, 37.

⁽¹⁸²⁾ « Deducitur esse raptum foeminae cuiuscumque status, etiam meretricis, si violenter cognoscatur aut abducatur. Quia quamvis solius mulieris honestae talis dicatur, ut ordinariis poenis raptus, utpote quae gravissimae sunt, obnoxius sit at in foro conscientiae est raptus diversae speciei a simplici fornicatione., ac necessario fatendus, qualiscumque sit foemina, si violentia vere inferatur. Quia vis illa ad justitia pertinet » (T. SANCHEZ, *De sancto matrimonii sacramento*, cit., lib. VII, Disputatio 12, n. 37).

⁽¹⁸³⁾ « ...raptus violentiam ad sui rationem desideret (...) Atque ita quando simplicibus precibus importunis aut pretio ducitur mulier, non esse raptum... ». Rilevanti ai fini della configurazione del ratto sono solo i casi estremi di 'frode' e 'ignoranza':

L'interpretazione delle disposizioni del Concilio di Trento rende più netta la rappresentazione: se il Decreto mira a proteggere *solo* la libertà del matrimonio, la configurazione minima del ratto (quella che lo configura soltanto quando la violenza nega la libera volontà della donna) rappresenta una necessità, un'ineludibile garanzia della libertà di scelta del coniuge. L'intera lettura si muove seguendo tale convinzione: non si fa luogo alla pena prevista dal decreto « si foemina volens abducta sit », né naturalmente quando la *abductio* sia stata realizzata « importunis precibus » o con dolo ⁽¹⁸⁴⁾; la pena del Decreto è comminata in considerazione della sola volontà della donna, a garanzia della sua libertà, non può dunque essere applicata quando la donna consente anche se « ignorantibus parentibus » o addirittura « parentibus invitis » ⁽¹⁸⁵⁾. La libertà pone in ombra i modelli 'ufficiali' dell'onestà; la violenza, del resto, offende sempre la libertà del matrimonio, « quae non minus impeditur et offenditur quando mulier inhonesta rapitur: et ea ratio procedit in raptu foeminae cuiuscunque status » ⁽¹⁸⁶⁾.

Lasciamo da parte i contrasti giuridici e politici collegati a queste tesi ⁽¹⁸⁷⁾ e proviamo a seguire ancora il discorso di Sanchez

« Deducitur non esse proprie raptum, quando foemina absque vi aliqua, fraudibus, vel ignorans cognoscitur, ut si quis fraudibus copulam extorqueat, vel rem habeat cum foemina dormienti, aut putanti esse virum suum » (T. SANCHEZ, *De sancto matrimonii sacramento*, cit., lib. VII, Disputatio 12, n. 33).

⁽¹⁸⁴⁾ T. SANCHEZ, *De sancto matrimonii sacramento*, cit., lib. VII, Disputatio 13, nn. 9, 11 e 12: « Si dolis circumventa virgo extrahatur, non esse locum his poenis. Quod non sit proprie raptus, cum ibi nulla inveniatur violentia ». Rileva solo il dolo che implica errore di condizione o di persona.

⁽¹⁸⁵⁾ « ...clare constat, quod ad valorem matrimonii inter eundem raptorem, ac violenter raptam, solum petat, raptam ad pristinam libertatem restitui, ac in loco tuto reponi. Si autem virgo nolens abducatur parentibus volentibus, erit utique locus huic poenae, quod sola voluntas foeminae, eiusve contradictio, in eo decreto attendatur ». T. SANCHEZ, *De sancto matrimonii sacramento*, cit., lib. VII, Disputatio 13, n. 13.

⁽¹⁸⁶⁾ T. SANCHEZ, *De sancto matrimonii sacramento*, cit., lib. VII, Disputatio 13, n. 14. Una lettura così decisa delle disposizioni del Concilio, una configurazione così ristretta del ratto alla sola violenza, suscita indignazione e polemiche: si riduce al minimo la possibilità di condizionare l'onestà del matrimonio. I contrasti, com'è noto, furono particolarmente forti in Francia ove la monarchia esercitò pressioni per continuare a garantire un ruolo decisivo al consenso dei genitori. Ci occuperemo della questione in seguito, quando considereremo la figura del ratto di seduzione (*infra* II, 2).

⁽¹⁸⁷⁾ Ne faremo cenno in seguito (in particolare in II, 2).

in foro conscientiae: è da qui infatti che scaturiscono gli aspetti più innovativi riguardo al tema che ci interessa.

6.2. Libera voluntas e ridefinizioni dello stupro

La rilevanza della *voluntas foeminae* è posta in termini così netti nel ratto, da rendere inappagante la tradizionale lettura dei rapporti tra ratto e stupro. Come accettare che il consenso della donna, così rilevante nel ratto, venga ridotto a nulla nello stupro? Come accettare che la *libera voluntas* sia azzerata a fronte del dato meramente esteriore della verginità? Affrontando la « quaestio gravissima », *quid sit signaculum virgineum*, Sanchez sa di dover delineare un quadro non contraddittorio con la libertà della donna teorizzata nei confronti del matrimonio.

Le tesi tomistiche configurano lo stupro come una specie distinta di lussuria prescindendo dalla presenza del consenso della donna: si fa riferimento alla *iniustitia* rivolta *contra finem naturae* ⁽¹⁸⁸⁾; oppure *contra patrem* ⁽¹⁸⁹⁾. Seguendo tale impostazione si può avere stupro senza ratto (e cioè senza violenza): pur in presenza del consenso della donna, la deflorazione qualifica la *fornicatio* (« quae committitur sine iniuria alterius personae ») con una *iniustitia*, con una *iniuria* indirizzata ad altri. Schiacciata da tale impostazione oggettiva, la *voluntas foeminae* può essere resa rilevante solo eliminando 'l'autonomia' della figura dello stupro, cancellando il riferimento oggettivo alla verginità per far posto solo alle due ipotesi contrastanti di presenza del consenso femminile (*fornicatio simplex*) o d'assenza del consenso (per la violenza insita nel ratto). Contro Tommaso si deve affermare dunque che lo stupro non è una specie autonoma di lussuria. Meglio, però, lasciare la parola a Sanchez: « Sententia [cui tanquam probabiliori adhaereo] ait non dari speciem stupri sine raptu, atque ita violationem virginis sponte con-

⁽¹⁸⁸⁾ « Ducitur, quod ibi reperiatur iniustitia, non contra personam virginis, nam scienti et volenti non fit iniuria: sed contra finem naturae ad quem concessit virgineum claustrum, cui non potest femina tanquam non domina, sed custos illius signaculi renunciare » (T. SANCHEZ, *De sancto matrimonii sacramento*, cit., lib. VII, Disputatio 14, n. 2).

⁽¹⁸⁹⁾ *Ibidem*, lib. VII, Disputatio 14, n. 4.

sentientis, quamvis sit sub cura paterna, non differre a simpliciter fornicatione: tuncque solum adesse speciem stupri, quando adest iniustitia, eo quod virgo invita violetur, sive sit sub cura parentum sive non. Fundamentum huius sententiae est, quod in violatione virginis consentientis non possit constitui nova luxuriae species... » (190).

Il sostegno della tesi passa attraverso la configurazione della disponibilità della verginità. La donna è libera padrona dell'uso della sua verginità: « foemina est domina illius usus membri, sicut dominium habet usus aliorum membrorum. Et quia talis usus non est sine corruptione, non delinquit contra iustitiam, si amittat virginitatem extra matrimonium » (191). Qui è l'uso che implica dominio.

La preoccupazione principale non è quella d'affermare un astratto *dominium* della donna sul proprio corpo, ma quella d'evitare contrasti con la difesa della *voluntas libera* indirizzata al matrimonio, quella di negare che l'affiorare di un interesse 'oggettivo' possa essere anteposto alla piena libertà di scelta. La donna può disporre della sua verginità, tale uso è conforme alle finalità concesse dalla natura al dominio (192). Il richiamo al dominio configura l'uso come libertà, come esplicazione piena della volontà (193). L'onestà è una scelta interiore della volontà libera; la scelta della donna è libera, così come la donna è libera anche di non scegliere il matrimonio: « est domina usus sui corporis, et integritatis, nec tenetur illam usque ad matrimonium servare, quod ipsa possit inupta perpetuo manere » (194).

(190) *Ibidem*, lib. VII, Disputatio 14, n. 5.

(191) *Ivi*.

(192) « Nec est simile de abscissione manus: ea enim est contra usum, cuius natura concessit dominium » (T. SANCHEZ, *De sancto matrimonii sacramento*, cit., lib. VII, Disputatio 14, n. 16).

(193) E in tal senso l'affermazione della donna « domina sui corporis » è molto più netta in altri Autori, cfr., ad esempio, L. LESSIO, *De iustitia et jure*, Mediolani, 1613, Lib. 2, cap. 10, nn. 3 e 5. Anche qui però la preoccupazione principale resta quella di garantire una configurazione coerente con la libertà del matrimonio: « ipsa est domina sui corporis; nec parens maius habet ius in corpus filiae involatae, quam violatae » (*ibidem*, n. 5).

(194) Cfr. ancora: « ... integritas illa non est pars aliqua corporis, quae abscindi debeat. Vel ut est dos quaedam naturalis ad matrimonium: et tunc ipsa est sui iuris

La deflorazione della vergine consenziente è dunque esclusa dal concetto di stupro che diviene un'ipotesi particolare di ratto, quando la *vis* è inferta contro una vergine: « ratio stupri consistit in violenta ablatione virginitatis »; « non stuprum, sed simplicem fornicationem, ubi nulla vis infertur feminae virgini... » (195). Non solo: come nel ratto, si nega qualsiasi spazio alla *persuasio*, alla seduzione (196).

Lo stuprum « propriissime » si ha solo in presenza di violenza: solo l'assenza del consenso della donna rende rilevante l'offesa alla verginità. Il venir meno del valore oggettivo della verginità fa sì che solo la libera volontà della donna si confronti con l'onestà (197), il principio *volenti et consentienti non fit iniuria* è inteso nella sua accezione più ampia, invocato di continuo (198), senza filtri, senza presunzioni.

Il richiamo alla seduzione suscita diffidenze (199): il « semper

quoad hoc, et sicut *potest non nubere*, ita potest cedere eo jure quod habet ad illam dotem quasi naturalem »; « Probatur nullam esse iniustitiam in ordine ad parentes, quod puella sit *domina usus sui corporis* ad illum actum... Cum *possit sua sponte innupta perpetuo manere, et ad hoc jus habet*, parentibus invitis ». T. SANCHEZ, *De sancto matrimonii sacramento*, cit., lib. VII, Disputatio 14, n. 5.

(195) *Ibidem*, lib. VII, Disputatio 14, nn. 7, 13, 10.

(196) Cfr. *ibidem*, lib. VII, Disputatio 12, nn. 8, 13.

(197) Cfr., esplicitamente in tal senso, Pirhing: « ...puella habet liberum usum membrorum suorum, et corporis sui, ita ut eo *nunquam uti* possit ad carnalem generationem, cum abstinere possit a nuptiis, et omni copula carnali: *vel uti* modo legitimo in matrimonio, *vel abuti* illegitime fornicando: et quamvis tunc peccet contra temperantiam, seu castitatem, nulli tamen facit iniuriam, quia utitur jure suo... » (E. PIRHING, *Jus canonicum*, cit., a X, V, tit. XVI, n. 37).

(198) Cfr., a mo' d'esempio, l'uso esasperato del principio in A. DIANA, *Resolutiones morales in tres partes distribuitae*, Lugduni, 1634, parte I, tract. 7 (De circumstantiis aggravantibus), resol. 37: « ...quando virgo sponte consensit, stuprum et raptus non differt a simplici fornicatione... Nec tenetur corruptor ad aliquam restitutionem faciendam virgini, vel parentibus, quia volenti, et consentienti nulla fit iniuria, et virgines sunt dominae sui corporis, non autem parentes, aut tutores »; cfr. anche resol. 11; e pars II, tract. 17, resol. 12: « ...quando puella voluntarie consensit, non infertur iniuria, nam scienti et consentienti non fit iniuria ».

(199) Cfr. J. DE LUGO, *Disputationes de justitia et de jure*, Venetiis, 1751, disp. XII, n. 2) che è fermo nel ribadire l'operatività del principio (*scienti et volenti nulla fit iniuria*) 'in foro conscientiae' e a respingere i riferimenti alla *persuasio*: « limitant tamen Molina et Antonius Gomez nisi suasionibus stupratoris virgo inducta fuisset; tunc enim dicere-

praesumitur seducta » di Panormitano appare lontanissimo. Il persistente riferimento a quella presunzione assoluta 'in foro esterno' ⁽²⁰⁰⁾ appare in stridente contrasto con il peso relevantissimo accordato alla *voluntas foeminae in foro conscientiae*.

6.3. *Il divario tra l'onestà 'esteriore' e l'onestà dell'anima*

La *libera voluntas* resa finalmente coerente *in foro conscientiae* non può che rivendicare ulteriori espansioni e minaccia le stesse certezze della sistemazione penalistica. Ne appare consapevole chi si schiera con decisione contro i 'novatores' difendendo la purezza delle tesi tomistiche sullo stupro e, nello stesso tempo, la sanzione per lo stupratore della donna consenziente ⁽²⁰¹⁾; e chi, insistendo sulla compatibilità delle disposizioni del Concilio con la normativa di diritto comune del ratto della consenziente, si schiera contro la configurazione 'minima' del ratto ⁽²⁰²⁾.

Il giurista che abbia rivolto uno sguardo anche superficiale alle tesi dei teologi è costretto comunque ad interrogarsi sul fondamento della figura dello « *stuprum voluntarium* » e del ratto della consen-

tur seducta saltem practice, sicut Eva dicitur seducta suasionibus serpentis, licet errorem non habuerit in intellectum ante peccatum. De hoc tamen valde dubito, quia in materia odiosa minus ample usurparentur verbum illud *seduxerit* ».

⁽²⁰⁰⁾ E. PIRHING, *Jus canonicum*, cit, V, tit. XVI, sect. II, § 5, n. 61.

⁽²⁰¹⁾ Cfr. F. SALERNO, *Consiliorum sive responsorum... liber primus*, Panormi, 1643, consilium 20, in particolare § II (an defloratio virginis volentis sit stuprum, alicui iniuriosum, ac proinde punibile).

⁽²⁰²⁾ Cfr. G.D. RINALDI, *Observationes criminales, civiles et mixtae*, cit., II, Cap. 22, n. 64 e nn. 82 e ss.: « dicunt quod si mulier volens, et sua sponte cum amatore discedat insciis parentibus... tunc non dicitur factus raptus, consideratus a Concilio, quia nulli infertur violentia, et potius fuga voluntaria, quam raptus debet nominari (...). Tu dic absolute, quod semper habet locum dispositio Concilii (...), semper dicitur commissus raptus, sive discessus puellae volentis sequatur insciis parentibus, sive illis repugnantibus, et sese opponentibus, etenim Sacrum Concilium non declaravit quis debeat dici raptor, et quae debeat dici rapta... reliquit ergo sub dispositione iuris determinationem verbi raptoris, et raptae, unde, cum ista determinatio desumi debeat ex interpretibus iuris communis, vel Canonici, et praxi Tribunalium, res est indubitata, quia sub nomine raptus intellexerunt abductionem mulieris volentis factam invitis, et etiam solum insciis parentibus... ». Cfr. anche G.B. DE LUCA, *Annotationes practicae ad Sacrum Concilium Tridentinum* (Appendice a *Concilium Tridentinum...*, Venetiis, 1780), Discursus 28, pp. 670 e ss.

ziente. Di fronte alla « opinio certa et indubitata » per cui *in foro conscientiae* non è configurabile alcuna *iniuria*, coloro che difendono la sanzione (dotare o sposare) perfino nell'ipotesi estrema della donna che abbia dato occasione allo stupro sono costretti a confrontarsi con il rinnovato quadro teorico fornito dai teologi: non si può accedere — dicono — alla soluzione dei teologi innovatori e in ogni caso, pur ipotizzando in astratto la bontà delle loro tesi, esse valgono *in foro conscientiae* mentre « in foro fori puella decepta praesumitur »⁽²⁰³⁾.

Il divario tra la dimensione dell'animo e quella esteriore si acuisce, quasi a vanificare lo sforzo di lettura unitaria che aveva sin lì sorretto le interpretazioni dei giuristi: « ...utique advertendum, quod praedicta Soti, et seguacium opinio practicabilis in foro conscientiae ob certitudinem eorum, quae exponuntur in sacramentali confessione (...); nullo modo potest praticari in foro judiciali, et externo, in quo raro homines res, prout sunt exponunt, ideo iudices in his, quae consistunt in animo, attendunt id, quod verosimile est, et id quod veritati magis approximatur habent pro vero, quia de jure quod verosimile est praesumitur factum (...): unde in hac re nostra habent pro magis verosimile, quod puellae allectae, et non sua sponte in tantum sui, et suorum dedecus se posuerint ad textum *in l. unica C. de raptu virgin.* in dubio enim virgo praesumitur seducta atque decepta... »⁽²⁰⁴⁾

Il richiamo alla presunzione di seduzione si presenta come una semplice difesa di un'onestà propria solo del giuridico e non più come lo strumento di raccordo, di unione tra dimensioni diverse, tra volontà onesta e protezioni accordate dal diritto. La separazione netta tra la dimensione della coscienza e gli interessi tutelati dal diritto è però estranea al pensiero dei giuristi d'antico regime che ripropongono un discorso unitario, si sforzano di assorbire le nuove classificazioni dei teologi. È certo difficile negare lo stupro semplice e accedere completamente alla tesi per cui il 'corruptor virginis' non

⁽²⁰³⁾ Cfr. G.D. RINALDI, *Observationes criminales, civiles et mixtae*, cit., II, Cap. 23, n. 105 e, soprattutto, n. 133.

⁽²⁰⁴⁾ « Propterea, quia teneo, quod regulariter non possit in foro exteriori probari voluntas spontanea puellae... » (G.D. RINALDI, *Observationes criminales, civiles et mixtae*, nn. 73 e ss.).

è tenuto a nulla ⁽²⁰⁵⁾, ma essi possono ancora affermare una ricostruzione unitaria mantenendo e ampliando ulteriormente le distinzioni relative alla veridicità della volontà femminile: diversa è la situazione della donna che « dedit ansam ad stuprum »; quella della donna « leviter rogata »; quella della 'vera' sedotta. I testi dei teologi della Seconda Scolastica possono in tal modo essere utilizzati senza traumi a fianco di quelli dei penalisti ⁽²⁰⁶⁾.

Il tema della *libera voluntas* non ottiene dunque 'in foro fori' le coerenze imposte 'in foro conscientiae', ma (dopo le tesi *Soti et seguacium*) le certezze del sistema dell'onestà appaiono comunque meno stabili, così come sempre più perplessi sono i giuristi. *De jure quod verosimile est praesumitur factum*: all'interno del modello dell'onestà sta mutando lentamente quanto è 'verosimile', sempre meno lineare è la realtà occultata dalle ingannevoli apparenze, si piegano le presunzioni per ampliare il riferimento al consenso libero, vero, spontaneo della donna ⁽²⁰⁷⁾.

La lettura soggettiva dei teologi non può essere relegata in un

⁽²⁰⁵⁾ Sulla questione cfr. ancora *infra* II, 4.

⁽²⁰⁶⁾ E in tal senso sono ampiamente citati e utilizzati dai giuristi, cfr., per tutti, M.A. SAVELLI, *Summa divorsorum tractatum*, Venetiis, 1748, § Stuprum, in particolare nn. 6 e ss.

⁽²⁰⁷⁾ Esiste — ci si chiede — un libero consenso, un consenso 'vero', « quando vir leviter persuasit virgini, quae facile consensit »? A conferma di quanto sostenuto nel testo si può cfr. B. GÓMEZ DE AMESCUA (*Tractatus de potestate in se ipsum*, Panormi, 1604, lib. II, cap. 15, pp. 155 e ss.) che ricerca una difficile sintesi della questione (*Stuprans virginem volentem, ad quid teneatur*), ponendo assieme le conclusioni sia dei teologi che dei penalisti. Permane il riferimento alla seduzione (« ... in dubium esset praesumendum, mulierem esse seductam ») e il tema della donna « domina sui corporis » è utilizzato semplicemente per affermare una sua lettura meno ampia 'in foro exteriori'. Contro la tesi che afferma sempre punibile lo stupro della consenziente (perché l'uomo non deve « insanae mulieris voluntati acquiescere »), si rivendica la non punibilità dell'uomo in casi estremi di 'consenso-colpevole' della donna (« quando virgo ipsa pellexisset virum, illum prior ipsa solicitando, vel ad eius lectum, aut domum veniendo »). L'ipotesi più controversa, « quando vir leviter persuasit virgini, quae facile consensit », è risolta leggendo ancora nelle 'apparenze' un 'consenso-colpevole' della donna: « secundum mores hodiernos, puellam, quae leviter rogata consensit, plus quam certum est, sponte voluisse, et ardentem voluisse ». Sull'opera di Amescua si cfr. J. DE AZCARRAGA, *Balthasar Gómez de Amescua: 'Tractatus de potestate in se ipsum'*, in P. Grossi (a cura di) *La Seconda Scolastica nella formazione del diritto privato moderno*, cit., pp. 441 e ss.

angolo appartato, essa rende solo evidenti sensibilità presenti anche nel discorso dei giuristi, ponendosi — diciamo così — come l'estremizzazione soggettiva del tema dell'onestà contro modelli e classificazioni 'esteriori'. È appena il caso di dire che i teologi non intendevano abbattere ma rafforzare l'onestà, rendendo la sua rappresentazione coerente con la piena valutazione della libera volontà. L'orizzonte è quello del peccato: si relativizza l'onestà 'oggettiva' per esaltare quella interiore, espressione di una scelta, di una volizione, di una libertà, di cui la donna potrà « *uti* modo legittimo in matrimonio, *vel abuti* illegittimo fornicando » (208). La volontà che non accetta l'onestà del matrimonio è libera; libera pecca contro la castità, ma esige e ottiene (proprio per questo, solo per questo) una pena giusta. In tal orizzonte confessionale si muove anche il continuo richiamo al principio *volenti non fit iniuria*.

I giuristi per quanto respingano 'in foro fori' le conclusioni della riflessione teologica non possono non condividere questo aspetto: occorre colpire la volontà colpevole, la donna che non ha scelto l'onestà non può essere comunque protetta dal diritto, è peccatrice e pertanto appare indegna della protezione del diritto.

Tale lineare configurazione soggettiva esige sempre un maggiore rilievo entro il composito sistema delle protezioni d'antico regime (affiora sempre più entro la continua mediazione equitativa posta in essere dai giuristi tra esigenze obiettive della tutela e valutazione dei profili soggettivi (209)): la coerente configurazione dell'onestà come scelta, come libera volizione, pone in crisi dal suo interno il sistema dell'onestà e le sue presunzioni. L'età dei lumi abatterà un sistema in piena crisi.

Ma non si tratta solo di questo. La raggiunta coerenza del sistema 'interiore' dell'onestà sarà assolutizzata — come vedremo — dai riformatori: le richieste d'abbattimento del sistema delle protezioni di antico regime si accosterà al tema della libertà di consentire della donna intravedendo sempre tale libertà attraverso il filtro dell'onestà, un'onestà interiore depurata da qualsiasi rapporto con elementi esterni, da qualsiasi mediazione con le necessità obiettive di

(208) È il testo di Pirhing citato sopra nella nota 207.

(209) Al tema sarà dedicato il Secondo Capitolo (si cfr., in particolare, i paragrafi 1; 3; 4 e 5).

una protezione. Tra Sette e Ottocento la depenalizzazione dello stupro della consenziente presenterà costantemente, ben all'interno del tema della necessaria separazione tra diritto e morale, quello più sottile volto a presentare l'abbattimento delle protezioni oggettive dell'onestà come il superamento di un'ingiustizia, quella dell'attribuzione di una protezione ad una donna disonesta nell'animo e colpevole, 'colpevole col consentire'.

Liberata da condizionanti riferimenti a valori esterni la lettura può concentrarsi sulla 'sola volontà della donna' e affermare così un modello finalmente coerente d'onestà.

CAPITOLO SECONDO

TUTELE PER L'ONESTÀ

1. Premessa (la struttura delle protezioni). — 2. Seduzione e volontà non conforme all'ordine delle famiglie: il *rapt de séduction*. — 3. Le sfortune della seduzione in ambito matrimoniale. — 3.1. La centralità 'formale' del consenso al matrimonio. — 3.2. La vocazione a consentire al matrimonio e l'inconfigurabilità della seduzione. — 4. *Ducere vel dotare*. — 4.1. L'ambigua configurazione giuridica della dote 'alternativa' al matrimonio: la dote come pena; la dote come risarcimento. — 4.2. Un equilibrio in crisi: protezioni oggettive e volontà disonesta. — 5. *Stuprata sub conditione consensit*: seduzione e promessa di matrimonio. — 5.1. Un equilibrio in crisi: stupro qualificato da promessa di matrimonio e 'vere' volizioni della donna. — 6. Rimedi sussidiari al matrimonio e presunzioni di onestà. — 6.1. *Creditur virgini...* — 7. *Constans et perpetua voluntas...*: lo stupro violento. — 8. *Socia criminis*: la crisi del modello d'antico regime. — 8.1. Gli 'abusi' delle donne. — 8.2. Retorica del 'consenso colpevole' e critica alle 'supposizioni' di onestà. — 8.3. Un'onestà più perfetta e più piena: il silenzio delle leggi.

1. *Premessa (la struttura delle protezioni)*

Le contraddizioni nelle interpretazioni giuridiche della volontà femminile fin qui emerse ruotano tutte attorno alla necessaria affermazione di una tutela giuridica posta sempre a difesa dell'onestà⁽¹⁾: il giurista è sempre costretto a confrontarsi con la volontà della donna collegando ogni singola protezione all'onestà, affermando o negando di volta in volta la presenza della vittima che ora è configurata come *volens* ora è presunta *persuasa*. La maggiore sensibilità per il tema dell'onestà delle volizione (la rivendicazione di coerenze giuridiche delle analisi *in foro conscientiae*) acutizza i

(¹) Tale convinzione caratterizza anche ricostruzioni opposte: chi combatte le presunzioni assolute (e, assieme alla rilevanza giuridica delle finzioni attinenti al consenso femminile, nega anche le tutele 'oggettive') tende solo a radicalizzare il valore dell'onestà come bene primario da tutelare.

contrasti: affondando sempre più nell'invisibilità dell'animo, le letture dell'onestà si moltiplicano e moltiplicano le distinzioni dei giuristi che sovrappongono presunzioni d'onestà e rigorose indagini della volontà della donna.

Più che insistere su tali contraddizioni del discorso dei giuristi è necessario cercare di comprendere le ragioni della loro riemersione costante. È questo l'obiettivo del presente capitolo in cui saranno delineate più da vicino le protezioni dell'onestà fornite dal modello d'antico regime.

Come possono stare assieme interpretazioni così contrastanti della volontà della donna? Cosa spinge i giuristi a riproporre presunzioni 'oggettive' di onestà al fianco di analisi soggettive sempre più sofisticate? Cosa unisce i modelli femminili così distanti tra loro che i giuristi ci propongono? Le contrastanti configurazioni si ammassano in un complicato groviglio di fili attorno alla struttura della protezione, si diversificano in relazione alla sua intensità e alla sua necessità. È partendo da questo angolo visuale che si possono comprendere i continui salti di piano, il diverso uso delle presunzioni, le contraddizioni presenti nelle pagine dei giuristi. La configurazione costante di una vittima onesta non è — detto in altre parole — un lambiccoso e astratto gioco teorico, ma questione essenziale ai fini della concreta attribuzione di una protezione; quello che più conta però è l'intrinseca giustizia della protezione che non è valutata secondo un parametro esclusivamente soggettivo. È l'esigenza di difendere ad ogni costo talune forme di protezione per l'onestà — che sono di per sé considerate come necessaria manifestazione d'equità — che induce i giuristi a prospettare per 'apparente' in un ambito, una volontà che in un altro è presentata come 'vera', a riproporre letture del consenso della donna vincolate dalle presunzioni.

Il modello dell'onestà d'antico regime (sebbene attraversato, come sappiamo, da una costante e sempre più ampia attenzione verso le volizioni oneste della donna) non riesce insomma ad affermare con assoluta certezza le sue ricostruzioni individualistiche; si accontenta di salvaguardare il valore centrale dell'onestà mostrando una volizione onesta della donna anche solo presunta, anche presunta in modo assoluto: quello che più conta è l'assetto delle protezioni, la stabilità complessiva del sistema dell'onestà che, in modo trasversale

rispetto alle richieste di una rigorosa coerenza delle valutazioni soggettive, continua ad essere garantita dall'attribuzione equitativa dell'*id quod iustum est* (2). Le flessibili interpretazioni del giurista riguardo al consenso della donna mediano tra istanze oggettive e ricostruzioni soggettive, garantendo la tenuta del sistema. L'affiorare e il dissolversi della presunzione di seduzione può essere assunta a simbolo di tale impianto: la concreta attribuzione di un rimedio per una situazione configurata come ingiusta fa riemergere la presunzione di seduzione, fa riemergere una volontà sempre meritevole di tutela, interseca cioè il discorso 'astratto' sui percorsi della volontà con l'obiettiva necessità della protezione. L'assoluta coerenza delle ricostruzioni soggettive dell'onestà, sempre impossibile in antico regime, sarà ottenuta solo a fine Settecento.

Il discorso rischia di rimanere monco e oscuro se non si comprendono però meglio le variegate tutele collegate in antico regime al fondamento penale della protezione dell'onestà che è l'aspetto di cui ci siamo fin qui occupati. La configurazione penalistica della vittima onesta segna infatti un impianto di protezioni dell'onestà che è molto vasto e variegato.

(2) Uso il termine 'equità' perché sarà proprio contro l'uso dell'equità che ci si scaglierà alla fine del Settecento per negare la tenuta del modello dell'onestà, per invitare a un coerente abbattimento delle 'benevole' protezioni accordate alle donne presumendo 'per equità' (che suona oramai 'per carità' e non più 'per diritto') la loro onestà. La sovrapposizione di diverse valutazioni del consenso della donna in relazione alla diversa necessità del rimedio da attribuire (il consenso — come vedremo — è valutato diversamente se si parla di stupro violento o di stupro semplice, di alimenti o di ricerca della paternità) consente ai giuristi di antico regime di dosare ancora le protezioni senza trarre rigorose conseguenze dalla volontà dei singoli. La volontà della donna può essere presunta, e il *praesumitur seducta* non è la prosecuzione di sanguinarie idee repressive frammiste a un generalizzato sogno d'onestà femminile (come si dirà poi a fine Settecento), ma uno strumento utile per operare una stratificata distribuzione equitativa delle protezioni, per configurare diritti senza affermare un nesso rigido e assoluto con la volontà dei soggetti. A tale flessibilità delle protezioni, a tale mancanza di coerenza nelle ricostruzioni della volontà si opporrà con fermezza a fine Settecento il solo 'rigore delle leggi', traendo nello stesso tempo le fila di un lungo percorso 'soggettivo' del pensiero giuridico. Nel senso ora delineato si può alludere alla nota tesi di Villey riguardo al passaggio (tratteggiato dall'Autore in modo forse troppo rigido e schematico) da una configurazione del diritto come distribuzione dell'*id quod iustum est* ad una tutta centrata sulla nozione di diritto soggettivo (M. VILLEY, *La formazione del pensiero giuridico moderno*, ed. orig. 1975, Milano, 1985).

La tutela penale è certo la più appariscente; ma non la più rilevante. In particolar modo è l'apporto della canonistica a spostare l'attenzione dalla cruenta visibilità delle pene ad altre misure rivolte soprattutto alla specifica riparazione del danno ingiusto. La protezione dell'onestà, pur ispirata costantemente da un'idea di sanzione verso la colpa che affonda le sue radici nell'illiceità delle relazioni sessuali fuori dal matrimonio, si configura in modo ampio e coinvolge aspetti civilistici (il matrimonio, la dote, la ricerca della paternità, gli alimenti). Estrinsecando 'il sogno' di una protezione giuridica sempre accordata a una volontà degna, ad una vittima innocente, a una donna non colpevole, la presunzione di seduzione continua a svolgere un ruolo importante nelle diverse protezioni: esalta la responsabilità dell'uomo colpevole d'aver violato l'onestà, richiede che sia lui a sopportare tutte le conseguenze della sua scelta. La protezione 'penale' colora così molti aspetti del diritto delle persone e della famiglia.

Quella che è sentita come la principale protezione e nello stesso tempo come giusta 'pena', come migliore forma di riparazione dell'onestà violata, è il matrimonio. Una vera e propria 'coazione al matrimonio' caratterizza il modello dell'onestà, disponendosi al fianco come alternativa indulgente alla sanzione penale vera e propria. La pena di dotare o sposare attribuita per lo stupro semplice, l'obbligo di contrarre matrimonio in caso di seduzione con promessa di matrimonio, le azioni e le presunzioni riconosciute a favore della donna incinta, risentono nel lungo periodo di tale impostazione ⁽³⁾. Del resto, l'intera ricostruzione giuridica muove dal presupposto che la volontà della donna si indirizzi sempre verso il matrimonio ⁽⁴⁾: in

⁽³⁾ L'intera struttura protettiva può essere analizzata da questo angolo visuale: le sanzioni 'alternative' al matrimonio configurano una protezione sussidiaria nel caso che la 'scelta' del matrimonio sia impossibile, sono 'pena sussidiaria' avvertita comunque come reintegrazione imperfetta ma necessaria dell'onestà. I paragrafi seguenti si occuperanno dell'argomento perciò mi limito qui ad enunciare solo qualche tema: la configurazione giuridica della pena della dote come 'alternativa' al matrimonio; l'alternativa matrimoniale costantemente offerta anche allo stupratore violento; la prestazione di alimenti e la ricerca della paternità imposte come sanzioni oggettivamente necessarie, sostituzione equitativa al matrimonio 'impossibile'.

⁽⁴⁾ Non è un caso che l'attenzione dedicata dai teologi della Seconda Scolastica al tema della libertà di non scegliere il matrimonio conduca a conclusioni dirimpenti per

tal senso si interpreta la volontà della vittima e in tal senso si modulano le protezioni che l'ordinamento le accorda. Il matrimonio ristabilisce appieno l'ordine infranto, reintegra appieno l'onestà violata.

L'analisi soggettiva interna al modello dell'onestà ed il tema della libertà del matrimonio negano (in alcuni casi con forza) alcune forme di tutela, ma non possono, né vogliono, modificare la scelta di fondo dell'ordinamento: la protezione resta coerente con il modello dell'onestà che, coinvolgendo anche la volontà della donna, è intesa in senso più ampio. In altre parole: la ricerca di una visibilità giuridica della volontà della donna, l'individuazione costante di un nesso tra ('vera') volontà e protezioni accordate dall'ordinamento, riesce ad incidere sull'estensione della protezione, non sulla sua struttura.

La struttura della protezione resta infatti fondata su un'immagine fissa della donna e delle sue volizioni. Il giurista d'antico regime può esaltare la vera volontà della donna in un punto, ma nel momento in cui ripropone una protezione che ritiene indispensabile è comunque costretto a sostenerla col richiamo all'onestà. Affermare la protezione significa ribadire infatti il modello dell'onestà, rievocare l'immagine della donna 'persuasiva', negare costantemente il dubbio di una donna *volens* (quello di una *socia criminis*); il giurista deve così ridisegnare ogni volta la donna onesta, i suoi gesti, le sue parole, i suoi pensieri. In questo percorso una sorta d'immobilità fuori dal tempo caratterizza il racconto che i giuristi ci propongono: situazioni stereotipate, caratteri, vizi e virtù si ripetono nel tempo senza molte varianti ⁽⁵⁾. Immagini 'immobili' — assolutizzazione di

l'assetto delle consolidate protezioni giuridiche dell'onestà, imponendo — come vedremo — una complessivo rilettura anche delle ricostruzioni più tecniche dei giuristi.

(5) Ed anche nelle carte processuali a domande uguali seguono risposte uguali in un canovaccio giuridico che pare riproporre sempre lo stesso racconto. Si cfr. U. GLEIXNER, «*Das Mensch*» und «*der Kerl*». *Die Konstruktion von Geschlecht in Unzuchtverfahren der Frühen Neuzeit (1700-1760)*, Frankfurt-New York, 1994, (in particolare, pp. 13 e ss. e pp. 84 e ss.); L. ROPER, *Will and Honor: Sex, Words and Power in Augsburg Criminal Trials*, in *Radical History Review*, 43 (1989), pp. 45 e ss.; A. FARGE, *La vie fragile. Violence, pouvoirs et solidarités à Paris au XVIIIe siècle*, Paris, 1986, pp. 37 e ss., che parla «*de plaintes pour séduction et abandon*» come di «*un corpus homogène*» («*homogénéité de la composition et de la structure des dossiers — récit*

valori sociali volti a rivendicare una loro velleitaria atemporalità ⁽⁶⁾ — impregnano l'intera ricostruzione e rendono lentissimi i mutamenti dei criteri interpretativi.

La dogmatica giuridica d'antico regime cristallizza, insomma, un legame tra volontà ed onestà, tra volontà onesta e meritevolezza della protezione, sino a impedirne un'analisi separata. Indistricabile com'è dal tema dell'onestà, la libertà del consenso della donna (una libertà così manipolabile, così alterabile: le dispute sulla 'veridicità' del consenso femminile documentano, come abbiamo visto, soprattutto uno scontro tra configurazioni diverse dell'onestà) si presta in quel modello a letture ingannevoli. L'unico dato stabile cui fare riferimento è la tutela giuridica accordata: le ricostruzioni della volontà della donna sono inizialmente modulate partendo da questo punto e non viceversa. È come se la protezione racchiudesse in sé una preventiva rappresentazione delle volontà, gesti parole volizioni dei soggetti già tracciati nell'intimo della sua struttura giuridica (il giurista sa, sa preventivamente, che la donna che consente al matrimonio è 'volens', la donna che consente allo stupro semplice è 'persuasa').

In sintesi, si può certo descrivere il percorso della modernità anche in questo settore come un processo di liberazione delle individualità, di graduale affrancamento da regole oggettive (la valutazione della volontà dei soggetti fa cadere le tutele giuridiche antecedenti, il consenso dei singoli si oppone alla preminenza d'interessi parentali, la vera valutazione del consenso della donna nega le presunzioni assolute e così via); ma il percorso del pensiero

féminin, témoignages, réponse masculine... »); M.-C. PHAN, *Les amours illégitimes. Histoires de séduction en Languedoc (1676-1786)*, Toulouse, 1986, in particolare le pp. 17 e ss. dedicate a « la rhétorique judiciaire »; e pp. 137 e ss.

(6) Pur forgiata dai mutamenti sociali, inevitabilmente permeata di storicità e, pertanto, di relatività, la mentalità giuridica non può, d'altronde, essere presentata come semplice specchio delle trasformazioni realizzatesi in altre dimensioni. Chi ricerchi nel pensiero giuridico un mero riscontro, una verifica particolare e puntuale, dei mutamenti 'generali' della mentalità rischia di raggiungere risultati inappaganti e fuorvianti. Non si tratta, dunque, di rivendicare un'immobilità senza tempo della dogmatica, ma di aver piena consapevolezza che il pensiero giuridico ha un suo autonomo approccio alla realtà (Cfr. P. GROSSI, *Pensiero giuridico. Appunti per una 'voce' enciclopedica*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 17, 1988, pp. 262 e ss.).

giuridico non è sempre così lineare perché caratterizzato dai nessi tra volontà (volontà onesta) e strutture della protezione sedimentatisi nello strumentario tecnico, nella mentalità dei giuristi. Occorre tenerne conto, non solo per analizzare i meccanismi che regolavano le diverse protezioni accordate in antico regime alla donna onesta, ma anche — come vedremo — per comprendere 'la svolta' che condusse all'abbattimento di quelle strutture protettive.

2. *Seduzione e volontà non conforme all'ordine delle famiglie: il rapt de séduction*

Tra XVI e XVIII secolo si sviluppa in Francia la figura del *rapt de séduction*: ben inserita nel vivo dei contrasti tra Stato francese e Chiesa cattolica in tema di matrimoni, la costruzione è nota per la rilevanza degli interessi politici che tenta di conciliare e per la spregiudicatezza con cui la presunzione assoluta di seduzione è utilizzata (7).

Giova occuparsi preliminarmente della figura perché essa segnala una situazione particolare, caratterizzata — diciamo così — da anomalie rispetto alle elaborazioni giuridiche dei rapporti tra consenso femminile e protezioni per l'onestà. Un'anomalia è temporale: la presunzione è utilizzata in senso assoluto, un ritorno vero e proprio alla lettura oggettiva del '*sive volentibus sive nolentibus*' ai fini della configurazione della pena, oramai molto distante dai sentieri percorsi dalla scienza giuridica. Un'altra anomalia sta nel negare con assoluta certezza ogni alternativa matrimoniale: la presunzione

(7) Cfr. L. DUGUIT, *Étude historique sur le rapt de séduction*, in *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, X, 1 (gennaio/febbraio 1886), pp. 588 e ss.; G. PACILLY, *Contribution à l'histoire de la théorie du rapt de séduction. Étude de jurisprudence*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis/Revue d'histoire du droit*, XIII (1934), pp. 306 e ss.; Jean BRISSAUD, *Manuel d'histoire du droit privé*, Paris, 1935 (ed. a cura di Jacques Brissaud), pp. 37 e ss.; A. ESMEIN, *Le Mariage en Droit Canonique* (1891), New York, 1968, II, pp. 169; 250 e ss.; G. SALVIOLI, *Storia del diritto italiano*, Torino, 1921, pp. 417 e ss.; P. OURLIAC et J. MALAFOSSE, *Histoire du droit privé*, III, *Le droit familial*, Paris, 1968, pp. 207 e ss.; J. GAUDEMET, *Il matrimonio in Occidente*, cit. pp. 237 e ss.; J.-M. CARBASSE, *Introduction historique au droit pénal*, Paris, 1990, pp. 269 e ss.

assoluta affida la tutela dell'onestà soltanto alla crudezza della pena, negando altre forme di riparazione.

Una *Ordonnance* del 22 settembre del 1730 contro la « sévérité apparente » manifestata dalla giurisprudenza proclama che « le véritable rapt de séduction doit mettre un obstacle au mariage » e riafferma « la rigueur des ordonnances » che si erano susseguite a partire dal 1556: non sono possibili indulgenti alternative matrimoniali, la morte è la pena da applicare ai colpevoli « d'avoir séduit et suborné par artifices, intrigues ou autres mauvaises voies, des fils ou filles (même des veuves) mineurs de vingt-cinq ans, pour parvenir à un mariage, à l'insu ou sans le consentement des pères, mères... » (8).

Solo qualche anno dopo Augustin Leyser, che pure è avvezzo a maneggiare nelle sue ricostruzioni la figura della seduzione, guarda con distacco e sorpresa questo reato di ratto sanzionato dai francesi. Con Pasquier sottolinea che il ratto *in parentes* è sconosciuto a tutte le altre nazioni, tiene a precisare la distanza con le costruzioni di stampo romanistico (« ...crimen aliquod singulare habent, ceteris omnibus gentibus incognitum, quod raptum in parentes appellant »), rileva perplesso che la pena di morte è comminata senza alcun richiamo alla *vis* (« Ad raptum, quem Galli in parentes appellant, nulla vis, nulla abductio de loco in loco desideratur ») (9). La lettura puramente oggettiva della legge di Giustiniano sul ratto (che era stata puntualmente invocata a sostegno delle pene fissate nelle *ordonnances* (10)) appare lontanissima, non aiuta a comprendere questa singolare 'invenzione' dei francesi (11). Nel conflitto tra

(8) *Déclaration concernant le rapt de séduction, 22 novembre 1730*, in (F.A. ISAMBERT...), *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420, jusqu'à la révolution de 1789*, Paris, 1822-1833, XXI, n. 406, pp. 338 e ss.

(9) A. LEYSER, *Meditationes ad Pandectas*, ad lib. XLVIII, tit. VI, Specimen 593 (*De Raptu*, publice defensum a T.L. Kraffel, 13/7/1739), nn. VII e ss. (pp. 317 e ss.).

(10) Cfr. J.F. FURNEL, *Traité de la séduction considérée dans l'ordre judiciaire*, Paris, 1781, p. 335: « La Loi unique de Rapt. Virg. [C. 9, 13, 1], ainsi que nos Ordonnances sur cette matière, n'ont eu pour object que la chasteté des femmes, l'honneur des familles et l'autorité des parents sur le choix de leurs alliances »; si cfr. anche pp. 338, 340 e 341. Ma sulla questione si cfr., soprattutto, H.F. D'AGUESSEAU (in particolare, *Oeuvres*, t. IV, Paris, 1764, LVI Plaidoyer, 5 Août 1699, pp. 692 e ss.) che utilizza ripetutamente le Costituzioni imperiali di Costantino e di Giustiniano a sostegno del 'ratto di seduzione'.

(11) Paul Viollet, nell'Ottocento, parla senza mezzi termini di 'barbaria' a propo-

Stato e Chiesa in materia di matrimoni il ratto di seduzione era stato utilizzato in Francia per il raggiungimento di finalità politiche: la figura pur essendo vicinissima al testo di Giustiniano sul ratto, è molto lontana dai percorsi interpretativi della scienza giuridica; distante al punto da far ritenere complessa la semplice struttura del reato e da rendere equivoca l'interpretazione della giurisprudenza francese, così distante da essere considerata figura giuridica 'sconosciuta' anche da un osservatore come Leyser, provetto conoscitore della tradizione romanistica.

L'intera vicenda ebbe origine nel 1556: mentre è in corso il Concilio di Trento, Enrico II richiede con l'Editto « contre les mariages clandestins » il consenso dei parenti per il matrimonio dei figli, minacciando la pena della diseredazione ma senza giungere a proclamare la nullità di tali matrimoni ⁽¹²⁾. Il tentativo della legislazione regia d'inserirsi in un settore che sfuggiva al suo controllo si fa forte delle idee maturate dopo la Riforma, e riprese in Francia con vigore da alcuni giuristi (Dumoulin scrive che dichiarare validi i matrimoni conclusi senza il consenso dei parenti è « contre les bonnes et anciennes lois civiles et honnêteté publique et contre la police » ⁽¹³⁾) che non mancano di reclamare un'interpretazione estensiva dell'Editto. L'ordinanza di Blois riprende dal Concilio di Trento alcuni punti non in contrasto con la politica regia, ma ribadisce nettamente (così come fanno provvedimenti successivi) l'opposizione ai matrimoni contratti senza il consenso dei parenti: il

sito della « fiction » che caratterizza la legislazione francese del XVI, XVII e XVIII secolo: « Les prescriptions de certaines ordonnances rendues à l'occasion du rapt de séduction sont indignes des lois d'un peuple civilisé; elle feraient horreur à des sauvages ». P. VIOLLET, *Histoire du droit civil français*, Paris, 1905³, p. 446 (in cui si cfr. anche per un rinvio all'attenzione dedicata da Etienne Pasquier all'argomento in « une lettre sanguinaire »).

⁽¹²⁾ Sino a trent'anni per gli uomini; venticinque per le donne. Cfr. *Édit contre les mariages clandestins, février 1556*, in *Recueil général des anciennes lois françaises*, cit., XIII, n. 363, p. 469 e ss.

⁽¹³⁾ Cfr. L. DUGUIT, *Étude historique sur le rapt de séduction*, cit., pp. 587 e ss.; p. 608. Dumoulin (si fa riferimento al *Conseil sur le fait du Concile de Trente*, 1564) riprende letteralmente Calvino; la lettura dell'editto del 1556 si muove di conseguenza, affermando che il matrimonio concluso senza il consenso dei genitori è nullo (cfr. in *ibidem*).

difetto di tale consenso è configurato come *rapt* ed è severamente « punis de mort, sans espérance de grâce et pardon » (14).

La seduzione offre alla dottrina lo strumento per avvicinare con una finzione le contrastanti posizioni dello Stato e della Chiesa: il matrimonio contratto senza il consenso dei parenti — si afferma — non è dichiarato di per sé nullo; l'assenza del consenso dei parenti fa presumere la seduzione che è assimilata al ratto (violento). Presunto legalmente in assenza del consenso dei genitori, il 'ratto di seduzione' può così costituire un impedimento al matrimonio senza negare, almeno formalmente, le opposte rivendicazioni (anche la Chiesa inseriva infatti il ratto tra gli impedimenti).

Unendo uno schema che prescinde dal consenso della vittima con un richiamo alla sua volizione, la presunzione (assoluta) di seduzione riprende ricostruzioni che conosciamo: il consenso della donna diviene rilevante ma apparente, non vero, non libero (*semper praesumitur seducta*); il ratto di seduzione conserva la tutela oggettiva dell'onestà (non rileva la volontà della donna) ma la sostiene con una presunzione giuridica che rinvia al consenso (al costante dissenso). Il diritto afferma così una tutela giuridica ampia per l'onestà della donna, una tutela indirizzata soprattutto all'onestà dell'anima rilevante come quella (e più di quella) del corpo (15).

(14) Cfr. gli articoli 40 (che esige pubblicità, la presenza di quattro testimoni e quella di un « curé, vicaire ou autre »), 41 (che riconferma la diseredazione), 42 (che disciplina la pena del ratto) della *Ordonnance* presa dopo gli Stati generali di Blois del 1576: *Ordonnance rendue sur les plaintes et doléances des États-généraux assemblés à Blois en novembre 1576...*, in *Recueil général des anciennes lois françaises*, cit., XIV, 2, pp. 391, 392. Si cfr anche l'art. 111 della *Ordonnance générale rendue sur les plaintes, doléances et remonstrances des États assemblés à Orléans* (janvier 1560), in *ibidem*, XIV, 1; e, ancora, *Ordonnance (Code Michaud) sur les plaintes des États assemblés à Paris en 1614, et de l'Assemblée des notables réunis à Rouen et à Paris, en 1617 et 1626* (Paris, janvier 1629), che collega esplicitamente al crimine la nullità del matrimonio (in *ibidem*, XVI, p. 273); e la *Déclaration sur les formalités du mariage, les qualités requises, le crime de rapt...*, 26 novembre 1639, in *ibidem*, XVI, n. 327, pp. 520 e ss., che torna a ribadire il progetto (« de sanctifier le mariage, régler les moeurs de nos sujets, et empêcher que les crimes de rapt ne servent plus à l'avenir de moyens et de degrés pour parvenir à des mariages avantageux ») e gli strumenti per la sua realizzazione: « opposer à la fréquence de ces maux la sévérité des loix, et de retenir par la terreur de nouvelles peines ceux que la crainte ni la révérence des loix divines et humaines ne peuvent arrêter » (p. 521).

(15) È sufficiente sul punto lasciare la parola a D'Aguesseau che sintetizza abil-

A generare confusione non è certo la presunzione di seduzione, quanto l'indirizzare con tanta assolutezza l'ordinata volizione della donna 'contro' il matrimonio. Ogni legame tra presunta volontà onesta della donna e ricerca di una riparazione scompare: il richiamo alla seduzione è semplice strumento d'affermazione dell'onestà tutelata dalla monarchia e dalle famiglie, senza 'alternative'. L'ordine turbato è restaurato solo con la severità della pena. « La mesure de la volonté, du consentement, de la passion de la personne ravie, est la mesure du crime du ravisseur ». L'individuazione presuntiva della 'vera' volontà della donna non ha altro obiettivo che la punizione del rapitore, non offre alla vittima alcuna 'riparazione'.

La *Déclaration* del 1730 si confronta con questo aspetto: l'obiettivo dichiarato è proprio quello di negare le 'degenerazioni' instauratesi nella prassi — si richiama quella della Bretagna — che aveva utilizzato la riparazione matrimoniale come indulgente alternativa al

mente a sostegno del 'rapt de séduction' l'intera retorica riguardo alla pericolosità della seduzione: « Nulle distinction entre le rapt de séduction et celui de violence. La raison naturelle et l'autorité de la Loi concourent également à proscrire cette distinction. Il y a même un Père de l'Eglise (Isidore de Peluse) qui a été plus loin, et qui, faisant le parallèle des deux espaces de rapt, s'élève hautement contre le jugement du vulgaire, qui croit le rapt de violence plus criminel que celui de subornation. Sans suivre ici exactement le parallèle qu'il fait de l'injure du corps et de celle de l'âme, disons, avec les Loix de Constantin et de Justinian: 1° — Que le rapt de séduction doit être puni encore plus sévèrement que celui de violence, parce qu'on peut résister à la force; mais qui peut être assuré de se défendre contre les enchantemens de la séduction? Dans le rapt de violence, la personne qui en est objet n'a que le ravisseur à craindre; mais, dans le rapt de séduction, elle trouve dans elle-même son plus dangereux et son plus redoutable ennemi. 2° — Il n'est pas même vrai de dire que, dans le rapt de séduction, on trouve au moins la volonté et le consentement de la personne ravie. Cette volonté n'est point la sienne; c'est celle du ravisseur, que la force de la passion lui fait suivre. C'est la passion qui veut, ce n'est point la raison; et bien loin que le ravisseur soit excusable, parce que la personne ravie veut bien consentir à son déshonneur, c'est, au contraire, ce qui le rend plus coupable. Son véritable crime est de le lui avoir fait vouloir et de l'avoir liée, engagée dans la malheureuse société de son crime. Faisons parler, au lieu de nous, l'Empereur Justinian: *Quia hoc ipsum velle...* La mesure de la volonté du consentement, de la passion de la personne ravie, est la mesure du crime du ravisseur ». D'AGUESSEAU, *Oeuvres*, cit., t. IV, LVI Plaidoyer, du 5 Août 1699, p. 695; ma si cfr. ancora in *ibidem*, t. II, VII Plaidoyer, du 19 Juillet 1691, pp. 136 e ss (in particolare pp. 163 e ss.); t. III, XXX Plaidoyer, du 27 Avril 1694, pp. 67 e ss. (in particolare pp. 84 e ss. e p. 89, riguardo all'assolutezza della presunzione di seduzione); t. III, XXXVI Plaidoyer, du 11 Août 1695, pp. 207 e ss. (in particolare pp. 225 e ss.).

rigore della pena ⁽¹⁶⁾. Non si tratta però di una questione delimitabile ad una prassi locale, quanto dello scontro tra modelli diversi di onestà. Il rinvio della presunzione alla volizione della donna stenta a restare semplice figura di sostegno d'interessi solo politici: se la volontà è 'deviata', esige una riparazione che ristabilisca l'onestà violata; ma l'onestà non può essere delimitata alle sole imposizioni parentali, essa è di per sé rappresentata dalla scelta matrimoniale. Negare l'alternativa matrimoniale, così come pretendono le disposizioni statali, significa rimpicciolire il campo d'azione dell'onestà enfatizzato dallo stesso uso della seduzione. Il giudice tende a farsi interprete di un ordine più ampio negato dal legislatore e utilizza il richiamo alla seduzione a favore e non contro il matrimonio: « notre autorité est blessée par une jurisprudence où les juges, exerçant un pouvoir dont nous nous sommes privé nous-même, font grâce à celui qu' ils ont regardé comme coupable d'un crime que les lois déclarent irrémissible » ⁽¹⁷⁾. Fissando l'obiettivo della tutela dell'ordine delle famiglie ⁽¹⁸⁾, l'*Ordonnance* del 1730 pone in discussione tale protezione accordata alla sedotta: occorre distinguere, si afferma, tra la

⁽¹⁶⁾ « Nous savons cependant que par un ancien usage, contraire au véritable objet des ordonnances, et même de la loi municipale, on a confondu en Bretagne tout commerce criminel avec le rapt de séduction; et l'on y a donné un si grand avantage à un sexe sur l'autre, que la seule plainte de la fille qui prétend avoir été subornée, et la preuve d'une simple fréquentation, y sont regardées comme un motif suffisant pour condamner l'accusé au dernier supplice. Mais cet excès de rigueur est bientôt suivi d'un excès d'indulgence; sur la requête de la fille qui demande à épouser celui qu' elle appelle son suborneur, et sur le consentement que la crainte de la mort arrache toujours au condamné, (...) se consomme un engagement dont la débauche a été le principe... ». *Déclaration concernant le rapt de séduction, 22 novembre 1730*, in *Recueil*, cit., p. 339. Sulla giurisprudenza si cfr. comunque V. DEMARS-SION, *À la recherche d'un père... Action en recherche de la paternité et action de la femme séduite dans l'Ancien Droit français à travers la pratique du Nord* (Thèse-Université de Lille II, Faculté des Sciences Juridiques Politiques et Sociales), Juin 1986, in particolare, t. I, pp. 413 e ss.; t. II, pp. 608 e ss.

⁽¹⁷⁾ *Déclaration concernant le rapt de séduction, 22 novembre 1730*, in *Recueil*, cit., p. 340.

⁽¹⁸⁾ Il problema centrale non è certo quello di abbandonare l'ordine delle famiglie, ma di razionalizzarlo: « ...d'affermir l'autorité des pères sur leurs enfants, d'assurer l'honneur et la liberté des mariages, et d'empêcher que des alliances indignes par la corruption des moeurs, encore plus que par l'inégalité des conditions, ne flétrissent l'honneur de plusieurs familles illustres, et ne deviennent souvent la cause de leur ruine... » (*Déclaration concernant le rapt de séduction, 22 novembre 1730*, in *Recueil*, cit.).

morte come pena per il 'ratto di seduzione' e il « commerce illicite » la cui sanzione è lasciata « à l'honneur et à la conscience des juges » (sino alla pena di morte, con la negazione anche in questo caso di alternativa matrimoniale) ⁽¹⁹⁾.

Chi cerca di porre ordine nella materia afferma che, dopo l'ordinanza del 1730, non possono più sussistere le confusioni tra « simple *commerce illicite* » e ratto di seduzione: « la lecture de nos anciens Auteurs, où l'on voit toute espèce de fréquentation charnelle confondue avec le rapt »; le confusioni dei Tribunali tra « rapt de séduction » e « séduction simple », tra « vrai rapt » e « simple stupre » ⁽²⁰⁾. La questione — si dice — è oramai chiara: le pene attinenti al « commerce illicite » possono essere « afflictives et infamantes », sino a giungere in casi particolari a « le dernier supplice »; ma è soprattutto « la peine pécuniaire » (« les dommages et intérêts relatifs à la mère; la condamnation relative à l'enfant ») che deve far seguito allo stupro semplice ⁽²¹⁾. Diverso invece è il ratto di seduzione che richiede un'età minore dei venticinque anni e l'intervento del matrimonio in contrasto con il volere dei parenti.

Ma la confusione non può scomparire affermando semplicemente le linee di confine fissate dal legislatore, essa nasce infatti dallo stesso groviglio teorico che abbiamo visto caratterizzare le analisi della penalistica. Le *Ordonnances* rompono ogni corrispondenza tra la configurazione della vittima e la tutela che le viene conferita; pongono una distanza non comprensibile tra le perduranti prote-

⁽¹⁹⁾ *Déclaration concernant le rapt de séduction, 22 novembre 1730*, in *Recueil*, cit., pp. 340 e 341.

⁽²⁰⁾ Cfr. J.F. FOURNEL, *Traité de la séduction*, cit., pp. 149 e ss.; e pp. 304 e ss. (cit. a pp. 162, 169 e 324). Come esempio di classificazione erronea si richiama Denisart (« confond perpétuellement le rapt de séduction, avec la séduction simple »). Cfr. J.B. DENISART, *Collection des décisions nouvelles et des notions relatives à la jurisprudence*, Paris, 1777, « Grossesse », nn. 15 e ss. (pp. 446 e ss.). Si cfr. anche nell'ed. Paris, 1790, vol. IX, pp. 443 e ss.

⁽²¹⁾ J.F. FOURNEL, *Traité de la séduction*, cit. Sulla distinzione (e sulle confusioni) tra « crime de stupre » e « rapt de séduction » nella giurisprudenza francese cfr. B. DURAND, *Aut nubere aut dotare*, in *Recueil des mémoires et travaux publiés par la société d'histoire du droit et des institutions des anciens pays de droit écrit*, f. IX, Mélanges Roger Aubenas, 1974, pp. 281 e ss.

zioni accordate all'onestà violata dallo stupro semplice e l'interesse delle famiglie tutelato dal ratto di seduzione.

Si realizza uno scollamento tra immagini della vittima e protezioni accordate dall'ordinamento: il *commerce illicite* è separato, distinto, dalla seduzione 'vera'; esso opera in presenza di un consenso della donna (« qui a de plein gré fait le sacrifice de sa pudeur » (22)), si ha quando la volontà dei soggetti rinuncia all'onestà. Il *rapt de séduction* rende preminenti solo interessi d'ordine pubblico e fa riferimento attraverso una presunzione assoluta alla volontà della vittima. La sanzione penale che colpisce il 'rapitore-seduttore' fa affiorare però, al di là della finzione, una situazione della vittima non dissimile da quella del *commerce illicite*: « Quoique la haine du *rapt de séduction* retombe toute sur le suborneur, il n'en est pas moins vrai que c'est le crime de deux, et que la personne subornée n'est pas à l'abri de reproche » (23). In entrambi i casi la donna è *socia criminis*: se il richiamo alla seduzione riafferma l'onestà e nega che la tutela giuridica sia accordata a favore di una volontà disonesta, è difficile contenere la figura solo in riferimento alla sanzione penale, è difficile impedire che sia utilizzata per prospettare una più ampia protezione dell'onestà, anche ben oltre i limiti fissati dai provvedimenti terribili e inefficaci dati per ostacolare i matrimoni contratti senza il consenso dei parenti (24).

La legislazione sul *rapt de séduction* può funzionare appieno solo se nega l'immagine su cui si fonda: deve respingere il *semper praesumitur seducta*, deve opporsi all'immagine di una donna sempre degna di protezioni, in primo luogo quella matrimoniale. E infatti l'*Ordonnance* del 1730 presenta una retorica, poi fortunatissima, volta proprio a capovolgere il tradizionale canovaccio della seduzione, additando ai giudici una realtà popolata da donne scaltre e approfittatrici, non sedotte ma pericolose seduttrici: « la subornation peut venir également de l'un ou de l'autre côté, et celle qui vient de la part du sexe le plus faible, est souvent la plus dangereuse »; « le

(22) J.F. FOURNEL, *Traité de la séduction*, cit., p. 171.

(23) *Ibidem*, p. 327.

(24) « Législation pénale plus que civile, législation terrible (...); mais législation trop terrible pour être efficace ». Così A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, Paris, 1996, p. 171.

bien public et l'intérêt commun des familles, réclament notre secours contre un usage qui donne souvent lieu d'appliquer la peine de la séduction à celui qui a été séduit, et la récompense à la séductrice » (25).

Le *Ordonnances* furono in qualche modo vittime della loro stessa retorica e solo da questo punto di vista retorico si collegano con i provvedimenti successivi volti a depenalizzare completamente lo stupro semplice e lo stupro qualificato da seduzione. In riferimento all'immagine assolutizzata di un consenso femminile colpevole e indegno di protezione si richiederà di lì a poco l'abbattimento di tutte le tutele per l'onestà. È significativo però il fatto che queste disposizioni penali 'terribili' furono ampiamente richiamate nel corso dell'Ottocento come primo segno di una svolta, come espressione di nuove sensibilità 'moderne' opposte alle degenerazioni delle protezioni per l'onestà, come avvio di un nuovo e illuminato corso nei delitti contro l'ordine delle famiglie (26).

3. *Le sfortune della seduzione in ambito matrimoniale*

La difficoltà maggiore posta dalle *Ordonnances* sopra considerate nasce dall'aver indirizzato la presunzione di seduzione contro il ma-

(25) *Déclaration concernant le rapt de séduction, 22 novembre 1730, in Recueil, cit., p. 339 e 340.*

(26) L'ottica ottocentesca — come vedremo — può accontentarsi di cogliere solo il frammento retorico 'moderno' dell'opposizione all'alternativa matrimoniale che enfatizza l'immagine della donna colpevole e, insistendo sul tema della libertà, ridicolizzare la scelta tra la morte o il matrimonio. Il giurista del XIX secolo avrà meno questioni da affrontare, meno dubbi sul raccordo tra protezioni e libero consenso della donna. Il problema infatti è stato risolto alla radice, eliminando tutte le protezioni. Niente più « récompense à la séductrice », protezioni differenziate di fronte a « le crime de deux », nessuna riparazione per chi « a de plein gré fait le sacrifice de sa pudeur ». Non c'è più bisogno della seduzione, non ci sono più tutele giuridiche da difendere invocando un consenso femminile apparente: solo il consenso femminile 'vero', 'effettivo', 'libero' conta e ispira la ricostruzione giuridica. Il modello di antico regime deve invece mantenere in piedi un equilibrio tra strutture protettive dell'onestà, deve ricordare in continuazione 'vere' volizioni della donna e tutele: i provvedimenti contro il *rapt de séduction* appaiono 'moderni' solo in quanto mirano a rompere quel composito equilibrio delle protezioni garantito dai giuristi.

trimonio (« le véritable rapt de séduction doit mettre un obstacle au mariage »), ciò infrange lo schema giuridico dell'onestà interiore, lo rende fragile e condanna i provvedimenti all'ineffettività. Più in generale, i tentativi di utilizzare lo schema della seduzione in riferimento alla formazione del matrimonio non hanno fortuna. Condizionato dalla legislazione in tema di *rapt de séduction*, Pothier propose un uso ampio della seduzione in relazione al matrimonio, ma — come vedremo tra poco — senza successo. Lo schema della seduzione non riesce mai ad essere utilizzato appieno contro il matrimonio.

Nel presente studio si resta volutamente solo ai margini del grande tema del consenso al matrimonio. C'è da chiedersi però come mai lì dove maggiore è l'attenzione per la libertà del consenso femminile, pressoché inesistenti tendano a divenire i riferimenti alla seduzione; come mai l'accentuazione dell'interesse verso la libertà del matrimonio chiuda gli spazi della seduzione piuttosto che aprirli; come mai la seduzione come vizio del consenso (come suo annientamento) e matrimonio sono considerati inconciliabili. Molto probabilmente le ragioni sono radicate nella stessa struttura delle protezioni verso l'onestà, nelle letture del libero consenso e delle sue 'apparenze' fornite dai giuristi. Giova dunque, solo da questo punto di vista, fare cenno al tema.

3.1. *La centralità 'formale' del consenso al matrimonio*

Pietra miliare nella costruzione dell'ordine sociale nel periodo moderno, il matrimonio rappresenta un costante modello di riferimento: guardando al matrimonio si affermano esempi di virtù e di devianza; passano attraverso strategie familiari di alleanze matrimoniali, gestione di patrimoni e trasmissioni di proprietà; è sui matrimoni che si fonda un ordine delle famiglie gerarchizzato e assorbente, riferimento costante di un potere regio che ripropone quelle gerarchie nella costituzione politica⁽²⁷⁾. Il matrimonio è al centro di

(27) Sulle connessioni tra patrimonio, successioni e strutture familiari, così come su quello delle relazioni tra famiglia e Stato, la letteratura è vastissima. Ai nostri fini è sufficiente rinviare ai molteplici studi dedicati da Manlio Bellomo al tema (si cfr., in particolare, *Profili della famiglia italiana nell'età dei Comuni*, Catania, 1966; *La condizione giuridica della donna in Italia: Vicende antiche e moderne*, Torino, 1970; le voci

una trama d'interessi privati e pubblici che, non a caso, convergono nell'opporli alla *mésalliance* e nel percepire le scelte individualistiche come segno di decadenza dell'ordine politico e familiare; ma è anche al centro dell'attenzione di umanisti, teologi e pedagoghi volti a confrontare il dovere dell'obbedienza ai padri con quello della libertà della scelta e con il rispetto della vocazione dei singoli ritenuto necessario elemento d'arricchimento della società civile ⁽²⁸⁾.

La trama istituzionale che avvolge i matrimoni è così fitta da negare quasi del tutto visibilità alle scelte individuali: la conformità all'ordine, la corrispondenza al modello solenne, nega peculiarità a tali scelte, le condanna all'oscurità in quanto inscindibili parti del tutto ⁽²⁹⁾. Le strategie individuali, del resto, quando sono in conflitto con le regole emergono esaltate nella loro pericolosa carica di 'devianza', quando si conformano ad esse scorrono invece silenziose, impercettibili, quasi non esistessero.

Inserendosi in un più vasto riequilibrio di poteri tra famiglie, Chiesa e Stato, il tema dei matrimoni contratti senza il consenso dei genitori — tema dominante dal XVI al XVIII secolo, che generò

« Erede » e « Famiglia », Diritto intermedio, in *Enciclopedia del diritto*, Voll. XV, pp. 184 e ss., e XVI, pp. 744 e ss.; *La struttura patrimoniale della famiglia italiana nel tardo Medioevo*, in L. Bonfield, a cura di, *Marriage, Property and Succession. Comparative Studies in Continental and Anglo-American Legal History*, Berlin, 1992, pp. 53 e ss.); si cfr., inoltre, i saggi di Giulio Vismara (ora raccolti in *Scritti di storia giuridica*, 5, *La famiglia*, Milano, 1988); nonché A. ROMANO, *Famiglia, successioni e patrimonio familiare nell'Italia medievale e moderna*, Torino, 1994; G. DI RENZO VILLATA, *Persone e famiglia nel diritto medievale e moderno*, in *Digesto*, IV Edizione, vol. XIII Civile (1996). In attinenza alla relazione famiglia/Stato si cfr. la problematica rassegna bibliografica tracciata da B. CLAVERO, *Del Estado presente a la familia pasada*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 18 (1989), pp. 583 e ss.

⁽²⁸⁾ La questione del rispetto della libera volontà degli sposi al matrimonio si collega nei primi umanisti a una più generale riflessione sulla « vocazione » del singolo e sul rapporto tra attitudini naturali e doveri verso la famiglia e la comunità. Cfr. R. AGO, *Giovani nobili nell'età dell'assolutismo: Autoritarismo paterno e libertà*, in G. Levi e J.C. Schmitt (a cura di), *Storia dei giovani*, 1. *Dall'antichità all'età moderna*, Roma-Bari, 1994, pp. 374 e ss., in particolare pp. 280 e ss.

⁽²⁹⁾ L'individuazione e l'analisi delle scelte individuali — in particolare quelle femminili — « celate dietro le righe del discorso istituzionale » è tema che appassiona e divide gli storici della famiglia; cfr. I. FAZIO, *Percorsi coniugali nell'età moderna*, in M. De Giorgio e Ch. Klapisch-Zuber (a cura di), *Storia del matrimonio*, Roma-Bari, 1996, pp. 151-152.

inevitabilmente una vasta quantità di scritti giuridici — finisce in fondo per dirci pochissimo proprio riguardo al libero e volontario consenso che pur è l'elemento centrale: il tema è infatti schiacciato tra difesa di una scontata vocazione matrimoniale, tendenzialmente sempre libera, e pregiudiziale negazione di una formazione libera e volontaria del consenso fuori dagli schemi familiari.

Momento in cui « l'amore... le passioni più ardenti e ribelli alla volontà e al desiderio della famiglia » trovavano la loro « quiete »⁽³⁰⁾, il matrimonio clandestino rappresentava il punto estremo di spiritualizzazione della logica consensuale⁽³¹⁾, ma al tempo stesso anche un suo punto di crisi: la negazione d'ogni pubblicità rendeva impossibili accertamenti probatori e la valutazione della stessa rilevanza del consenso. Il Concilio di Trento, com'è noto, impose che il consenso fosse prestato entro determinate forme, con atto pubblico e solenne⁽³²⁾. Il valore determinante del consenso dei nubendi al matrimonio continuava naturalmente ad avere una carica dirompente in quanto negava — come abbiamo visto — rilevanza a quello dei parenti. Per quanto incapsulato nella rigidità di una forma solenne, il riferimento al libero consenso restava elemento, oltre che essenziale, controverso: centro di una costruzione giuridica sensibile ai conflitti politici e in equilibrio tra 'assolutizzazione' del consenso dei nubendi al matrimonio contratto/sacramento e sua 'relativizzazione' volta a favorire la volontà dei parenti⁽³³⁾.

⁽³⁰⁾ Così N. TAMASSIA, *La famiglia nei secoli decimoquinto e decimosesto*, Milano, s.d. [ma 1910], pp. 179 e 180.

⁽³¹⁾ Partendo dalla teologia del matrimonio di Pietro Lombardo e dal suo contrasto con Graziano, il tema del libero consenso dei nubendi era stato indagato e valorizzato dalla dottrina canonistica che aveva fissato l'appartenenza del matrimonio ai contratti consensuali. La tesi contrattuale, mostrando il matrimonio come alleanza tra gli sposi e non come alleanza tra le famiglie, esaltava le volontà individuali liberandole da vincoli esterni e poneva lo scambio del consenso a momento perfettivo del contratto; in tal modo il 'debito coniugale' diveniva un semplice effetto del contratto. G. LE BRAS, *La doctrine du mariage chez les théologiens et les canonistes depuis l'an mille*, cit., p. 2195; O. FUMAGALLI-CARULLI, *Intelletto e volontà nel consenso matrimoniale in diritto canonico*, Milano, 1981, pp. 20 e ss.

⁽³²⁾ *Tametsi*, sess. XXIV, cap. I, *de reformatione matrimonii*. Il consenso prestato senza le formalità richieste diviene giuridicamente inefficace; il matrimonio diventa un atto pubblico e solenne, l'assenza di una delle condizioni formali richieste lo rende nullo.

⁽³³⁾ Cfr. A.C. JEMOLO, *Le disposizioni sul matrimonio in alcune sinodali italiane*

Nonostante questa centralità (e, per altro verso, proprio per questa centralità formale), le ricostruzioni sul matrimonio finiscono col dirci molto poco riguardo al reale peso accordato dai giuristi al consenso, in particolare a quello femminile. Esiste in primo luogo la questione della solennità e della formalità di quel consenso: la ricostruzione giuridica si stempera in un ordine che tende ad appiattire scelte e strategie individuali, il 'libero consenso' si intravede attraverso un velo solenne che copre in modo uniforme complicate trame affettive e patrimoniali, rendendo difficile l'analisi della libera adesione dei singoli. Le ricostruzioni dei giuristi valorizza il libero consenso prestato dai nubendi al matrimonio, ma non riesce mai a metterlo completamente a fuoco: il consenso è elemento psicologico essenziale ma è anche frammento non isolabile di una costruzione più ampia che lo esige e che impone alla volontà delle parti un contenuto obbligato. Centro di gravità dell'istituzione matrimoniale, il consenso resta comunque elemento non anatomizzabile con sottili bisturi psicologici: la centralità della formula fissata poi con enfasi nell'articolo 146 del Codice Napoleone (« Il n'y a pas de mariage lorsqu' il n'y a point de consentement ») è attenuata dalla rappresentazione della particolarità di quel consenso che, non essendo espressione di « *volonté froide et raisonnable* » ma « *par vocation, duo de sentiments e de passions* »⁽³⁴⁾, non si presta al regime ordinario dei vizi del consenso dei contratti 'puri' e obbedisce a logiche particolari di cui si accentuano le connotazioni istituzionali pubblicistiche⁽³⁵⁾.

post-tridentine, in *Archivio di diritto ecclesiastico*, I, 1939; G. COZZI, *Padri e figli e matrimoni clandestini (Metà secolo XVI — Metà secolo XVIII)*, in « *La Cultura* », 1976, ora (parzialmente) in A. Manoukian (a cura di), *I vincoli familiari in Italia, Dal secolo XI al secolo XX*, Bologna, 1983, pp. 195 e ss.; J. GAUDEMET, *Il matrimonio in Occidente*, cit. 220 e ss.

⁽³⁴⁾ J. CARBONNIER, *Droit civil*, 2 *La Famille, les Incapacités*, Paris, 1977, p. 55.

⁽³⁵⁾ « Dans un pur contrat, la volonté étant toute-puissante, il importe de fouiller la psychologie des contractants pour s'assurer que la volonté n'est pas viciée: la théorie des vices du consentement a un caractère subjectif très marqué. Il était impossible d'appliquer intégralement cette théorie au mariage, dans lequel la volonté des parties n'est pas tout et ne peut pas tout; il est inadmissible qu'on annule à la suite de recherches subtiles de psychologie, ce qui est l'œuvre de l'autorité publique en même temps que celle des époux ». M. PLANIOL - G. RIPERT - (A. ROUAST), *Traité pratique de*

3.2. *La vocazione a consentire al matrimonio e l'inconfigurabilità della seduzione*

Non si tratta, però, solo della solennità e della formalità del consenso al matrimonio, né solo della tensione verso una valorizzazione degli aspetti istituzionali e pubblicistici del matrimonio a scapito di una ricostruzione puramente contrattualistica; occorre infatti insistere su un altro punto: il consenso femminile al matrimonio è dato puramente 'esteriore' perché ritenuto ovvio nella sua intima natura; la volontà della donna appare ai giuristi predeterminata, necessaria manifestazione d'adesione, e desiderio di sottoposizione, ad un ordine. Non è la donna che sceglie il suo matrimonio, ma è il matrimonio che si impone alla donna che non può non volerlo. Traspare dalle pagine dei giuristi una naturale vocazione della donna a prestare sempre il suo consenso al matrimonio, una propensione a consentire non a quel matrimonio, ma all'ordine istituzionale di cui il matrimonio è simbolo. La donna disegnata dai giuristi vuole il matrimonio, desidera l'orizzonte matrimoniale che rappresenta di per sé una sicurezza e una protezione giuridica ampia, quasi onnivale (36). L'analisi del consenso è prigioniera di tale impostazione: il profilo soggettivo della scelta è assorbito da un modello che si impone per il bene comune e per il bene della stessa donna.

Il requisito della libertà del consenso ai fini della validità del

droit civil français, II *La famille*, Paris, 1926, n. 99, p. 85. Antonio Cicu che, com'è noto, si contrappone con forza alla visione contrattuale del matrimonio (« È la legge che in questo campo domina sovrana: l'esclusione della libertà privata implica esclusione del riconoscimento d'interessi individuali per sovrapposizione ad essi di interessi superiori »), è ancora più deciso: la tutela, nel caso dei vizi del consenso al matrimonio, non è predisposta in relazione all'altro contraente, ma come tutela dell'interesse del matrimonio; per giudicare dell'esistenza del consenso occorre dunque avere riguardo soltanto alla sua prestazione formale (A. CICU, *Il concetto giuridico di matrimonio ed alcune sue applicazioni*, Appendice II a G. BAUDRY-LACANTINERIE - P.D. LOYNES, *Trattato teorico pratico di diritto civile*, vol. III, *Delle persone*, trad. it. della 3. ed., Milano, 1924, pp. 933 e 936).

(36) Specularmente si ritiene che la donna non scelga mai volontariamente la solitudine: cfr. M. BORDEAUX, *Droit et femmes seules. Les pièges de la discrimination*, in A. FARGE et Ch. KLAPISCH-ZUBER (ed.), *Madame ou Mademoiselle? Itinéraires de la solitude féminine, XVIII^e - XX^e siècle*, Paris, 1984, pp. 19 e ss. (in particolare, pp. 29 e ss.).

matrimonio resta certo essenziale, ma finisce col rappresentare solo il guscio esteticamente perfetto che ricopre volizioni insondabili perché predeterminate. Esaltazione della libertà del consenso al matrimonio e sostanziale negazione di un'analisi del consenso si sovrappongono così senza particolari stridori ⁽³⁷⁾. I « desideri » femminili sono così noti ai giuristi da indurre a un sostanziale disinteresse per la reale tenuta del consenso, si può giungere perfino a coniugare con disinvoltura violenza e matrimonio. Oltre 'le apparenze', ogni passo, ogni gesto della donna, lascia trasparire il suo consenso, naturale desiderio del matrimonio.

Anche la questione dell'irrelevanza del dolo tra i vizi del consenso al matrimonio è giocata facendo perno sulla stessa rappresentazione. Il rinvio tralattizio ad un'affermazione di Loysel, « en mariage il trompe qui peut » ⁽³⁸⁾, sostiene a lungo la ricostruzione

⁽³⁷⁾ Come scrive De Luca, la libertà del consenso « non nasce solo dalla legge positiva de Canonici, ò de Concilia, ma nasce dalla legge divina ò di natura, tra tutti li contraenti »; come tutti i principi generali, aggiunge, anche tale principio è di difficile applicazione ed esige regole flessibili (« tutto dipende dalle circostanze particolari di ciascun caso », dalla diversa qualità delle persone, dei paesi, del sesso, dell'età, dello spirito...). È libero — si chiede, proponendo un caso di scuola — il consenso al matrimonio di un uomo « ritrovato in flagrante da parenti della donna, i quali per lo stimolo dell'onore li minacciano la morte... »? De Luca liquida come ridicole le tesi volte ad escludere in questo caso la violenza; avanza dubbi su possibili ricostruzioni generali e assolutistiche e rinvia ancora alla diversità delle circostanze. Non esistono dubbi però sul fatto che « quasi mai si dà questa specie di forza nelle donne ». La donna del giurista ha desideri codificati, la sua volontà in relazione al matrimonio non merita analisi sofisticate: « in questa istessa contingenza di essere trovati in flagrante, non è cosa che dalle donne più si desidera, che di divenire moglie dell'amante, al quale habbia fatto copia di se stessa illecitamente ». G.B. DE LUCA, *Il dottor volgare*, Roma, 1673, XIV, 2 (del matrimonio, de sponsali e del divorzio), pp. 36 e 38. Naturalmente tale discorso ha delle ricadute sull'esigenza dei parenti di contenere, di ordinare tale vocazione matrimoniale in bilico tra libertà di consenso al matrimonio e sconveniente licenza, 'abuso' della prerogativa della libertà: occorre « restringere al possibile la licenza dei figlioli, e in particolare delle femmine à contrarre il matrimonio di sua posta » (*ibidem*, p. 57). Più in generale si può confrontare la minuta precettistica verso la donna onesta presente in G.B. DE LUCA, *Il Cavaliere e la Dama ovvero discorsi familiari nell'ozio Tuscolano autunnale del 1674*, Roma, 1675, capp. 27 e ss. (pp. 481 e ss.).

⁽³⁸⁾ « On dit communément qu' en mariage il trompe qui peut; ce qui procède de ce que nos maîtres nous apprennent que *dolus dans causam contractui matrimonii, non reddit illum ipso jure nullum* ». A. LOYSEL, *Institutes coutumières* (Paris, 1846), ed. Genève, 1971, Lib. I, tit. II, 3, p. 145.

tendente a sottrarre inganni e manovre fraudolente dalla lente del giurista ⁽³⁹⁾. Il dolo, causa d'invalidità dei contratti, è di per sé senza influenza sulla validità del matrimonio: l'ufficialità della scelta formale, non può essere inficiata dal richiamo alle strategie degli amanti; il momento più alto di libertà di consenso può essere tale solo se non sottoposto al controllo, tanto opprimente quanto ondivago, dei percorsi che hanno fatto scaturire quel consenso; sono da negare dunque eventuali presunzioni di dissenso, ricostruzioni su volizioni diminuite da eventuali inganni. Nelle strategie private che conducono al matrimonio 'inganna chi può': non c'è spazio per affermare che la volontà è stata falsata da sottili artifizii, non può avere pertanto rilevanza giuridica la seduzione che rimane spazio privato riservatissimo, zona d'ombra di cui il diritto si disinteressa.

La seduzione è pertanto figura particolarmente sfortunata in ambito matrimoniale. L'argomento di Pothier per cui la seduzione non è meno contraria della violenza alla libertà del matrimonio (il consenso sorretto per dolo o per seduzione — scrive — è imperfetto come quello estorto per violenza) ⁽⁴⁰⁾ trova una qualche eco nei lavori preparatori del Codice civile francese ⁽⁴¹⁾, ma nessuna visibilità nel testo definitivo e nessun successo nelle interpretazioni della dottrina successiva ⁽⁴²⁾. Le argomentazioni tecniche insistono so-

⁽³⁹⁾ In termini più pacati, spiegazioni sono state fornite insistendo sulla irrilevanza dei motivi e facendo presente come alcune ipotesi di dolo possano comunque essere assorbite nel vizio dell'errore; l'aggiustamento della configurazione tecnica, non elimina in ogni caso la fortuna di lungo periodo della formula di Loysel.

⁽⁴⁰⁾ R.J. POTHIER, *Traité du Contrat de Mariage*, Parte IV, cap. 1, art. II (Della violenza e della seduzione), n. 320, in *Oeuvres*, III, Bruxelles, 1830, p. 404. Cfr. anche Parte III, cap. 3, art. 7 § 2, n. 228 e ss., ove si definisce la seduzione come l'insieme dei mezzi riprovevoli e degli astuti artifizii che, senza uso della violenza, inducono una donna ad acconsentire ad un matrimonio.

⁽⁴¹⁾ In una prima formulazioni dell'articolo 146 se ne fa a un certo punto, su proposta di Bigot-Prémeneu, esplicito riferimento: « Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a pas de consentement; il n'y a pas de consentement lorsqu'il y a violence, séduction, ou erreur sur la personne » (cfr. in J.G. LOCRE, *Législation civile, commerciale et criminelle ou commentaire et compléments des Codes français*, II, Bruxelles, 1836, p. 317).

⁽⁴²⁾ La voce di Marcadé che propone la seduzione come vizio del consenso è sostanzialmente isolata (cfr. V.N. MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, Paris, 1885⁵, I, art. 180, n. 627 e ss., pp. 462 e ss); molto frequenti sono, invece, le critiche congiunte alle argomentazioni di Pothier e dello stesso Marcadé: cfr.,

prattutto sul dato dell'irreparabilità del danno: il parallelo con il vizio del dolo nel contratto non può essere fatto, in quanto l'annullamento del contratto motivato da artifizii fraudolenti non fa altro che indennizzare la vittima che ha subito il raggio; la legge dunque interviene nei contratti non perché interessata al vizio in sé ma al danno, accordando un rimedio tendente a ripristinare la situazione antecedente. Nel caso del matrimonio invece «l'époux trompé a souffert un dommage irréparable: la nullité du mariage pour dol n'aurait donc pas de raison d'être»⁽⁴³⁾. Il rischio che non si intende correre naturalmente è quello — ed è questione sempre richiamata anche a proposito dell'errore sulla qualità della persona — che il capriccio individuale sostituisca il diritto. A ben vedere però a sostenere il rifiuto non è tanto l'irreparabilità del danno, quanto una sua provvidenziale insussistenza: il matrimonio rappresenta di per sé un bene che svisciva la forza del dolo e nega l'ipotizzabilità di un danno; la seduzione non può essere invocata contro il matrimonio perché il matrimonio è di per sé pensato come 'riparazione', generale rimedio al danno e mai sua fonte.

In pieno contrasto con quanto si afferma in riferimento al consenso femminile fuori dal matrimonio (ove, come sappiamo, la seduzione ha un ampio spazio), si sostiene che nelle strategie che conducono al matrimonio la donna 'deve sapere affrontare gli inganni' ed è giuridicamente responsabile della sua condotta. A determinare l'analisi è solo il raggiungimento del matrimonio (la stessa strategia è diversamente valutata nell'ipotesi in cui il matrimonio non sia stato raggiunto): la negazione del vizio del consenso scaturisce dalla semplice consapevolezza che il diritto ha già accordato la protezione massima che la donna possa desiderare e che, pertanto, non ha alcuna plausibilità una richiesta proveniente da un soggetto già protetto. Se la donna è così 'sprovvoluta' e così 'sfrontata' da invocare la seduzione non per l'ottenimento, ma per la distruzione del matrimonio, non

ad esempio, C. DEMOLOBE, *Traité de Mariage et de la séparation de corps. Cours de Code civil*, Bruxelles, 1847, t. II, n. 250, p. 144. Sulla questione si può cfr. E. GLASSON, *Du consentement des époux au mariage d'après le droit canonique, l'ancien droit français, le Code Napoléon et les législations étrangères*, Paris, 1866, pp. 230 e ss.

⁽⁴³⁾ M. PLANIOL - G. RIPERT - (A. ROUAST), *Traité pratique de droit civil français*, II *La famille*, cit., n. 99, p. 86.

merita protezione giuridica, viene con forza richiamata ad una comune responsabilità con l'uomo. La configurazione del vizio del consenso 'da seduzione' è fatta del resto capovolgendo il tradizionale canovaccio della seduzione e ipotizzando dunque seduzioni femminili. È solo l'uomo, in sostanza, che è richiamato alle sue responsabilità; la volontà della donna non può essere inquinata nel momento in cui ha comunque ottenuto 'quello che desidera' (44).

La scelta matrimoniale dunque esalta e semplifica al tempo stesso l'analisi del consenso: la negazione della visibilità di eventuali mezzi fraudolenti utilizzati per raggiungere l'obiettivo scaturisce da tale contrasto. L'argomento ha radici solide nella canonistica che è più attenta agli aspetti psicologici del consenso al matrimonio: il matrimonio è un bene spirituale; l'ingresso nel matrimonio è comunque scelta d'adesione ad un ordine istituzionale che si impone sui singoli; l'induzione verso tale bene spirituale non è, in fondo, veramente assimilabile al dolo e si sottrae alle regole comuni dei contratti. « Sed excipe casum — scrive il Panormitano — quando dolus intervenit in spiritualibus. Nam talis dolus non annullat actum, neque potest excipi quando fuit inductus ad bonum: quia non potest proprie dici dolus » (45). Enfatizzata anche contro la volontà dei padri, sia riguardo alla vocazione religiosa sia riguardo al matrimonio (46), la libertà di scelta è posta in questi casi così in alto e così al riparo da influenze esterne da apparire

(44) Seguendo Charles Demolombe, un commentatore del Codice civile italiano del 1865 lega sinteticamente assieme tutti gli aspetti: « Sta alla persona di difendere pure se stessa contro le seduzioni, ed il matrimonio è sovente una riparazione al disonore prodotto dalla seduzione, quindi non si potrà ritenere come vera violenza né fisica, né morale » (G. DELVITTO, *Commentario teorico-pratico del codice civile del Regno d'Italia per singoli articoli*, Torino, s. d., I, Art. 105, § 2, p. 505).

(45) PANORMITANO, *Commentaria in tertium Decretalium librum*, cit., c. 3 (Cum dilecti), X, III, 17 (De emptione et venditione), n. 7. L'attenzione è rivolta, oltre che al matrimonio, anche al sacerdozio: « Exemplum, dolo te induxi ad intrandum religionem, tenet ingressus ».

(46) Cfr. D. TOSCHI, *Practicae conclusiones juris*, cit., V, concl. CXX (*Matrimonio carnale, et spirituale in quibus differant*). La questione della salvaguardia della libertà di scelta rispetto al matrimonio e al sacerdozio è centrale anche nella predicazione cattolica: « Lo stato coniugale e lo stato ecclesiastico sono così diametralmente opposti ed esclusivi, l'uno rispetto all'altro, che l'attenzione alla libertà di scelta si focalizza su queste due polarità, senza curarsi delle ulteriori articolazioni... » (R. AGO, *Giovani nobili nell'età dell'assolutismo: Autoritarismo paterno e libertà*, cit., p. 383).

di per sé sempre pura: dietro la veste formale dell'essenzialità del consenso, anche qui ciò che più rileva è la partecipazione di quel consenso ad un ordine di cui è parte integrante; un ordine che ravviva, valorizza e rende vero (mai apparente) quel consenso.

La seduzione, la figura più utilizzata dai giuristi per dar rilevanza a sfumature del consenso e per adeguare l'analisi delle variegate volizioni soggettive con le tutele fissate dall'ordinamento, non riesce ad avere pertanto un suo spazio di visibilità in ambito matrimoniale: qui il tema della libertà del consenso è immediatamente coniugato con l'ordine istituzionale che protegge le scelte dei singoli e le colora di responsabilità, negando cittadinanza alle ricostruzioni poste a sostegno dello schema della *persuasio*. In questo quadro il binomio libertà di scelta/responsabilità è enfatizzato dal modello stereotipato delle volizioni femminili: la seduzione non può essere invocata perché il consenso al matrimonio scaturisce comunque da una « inclinazione naturale » della donna ⁽⁴⁷⁾.

Assorbite nel quadro d'insieme, le ricostruzioni sulla libertà del consenso al matrimonio, pur valorizzando costantemente il consenso della donna, finiscono col proporre un modello determinato da chiavi di volta tutte esterne al suo punto essenziale. D'altronde, quella centralità del consenso resta nelle analisi dei giuristi settoriale, incapace di rivendicare più ampie coerenze dogmatiche a fronte delle molteplici incapacità riferite dal diritto alla donna. Esaltato nel mosaico del matrimonio, fuori da quella costruzione il tassello del consenso torna a richiedere con forza un suo raccordo con il tema dell'onestà, torna ad interrogarsi sulla veridicità del consenso femminile in relazione all'obiettiva esigenza di una protezione. Ed è di questi aspetti — della composite relazioni tra ricostruzioni della volontà ed esigenza obiettiva delle protezioni — che dovremo ora occuparci.

(47) L'analogia di Pothier tra violenza e seduzione rappresenta — si dice — una « analogia apparente » perché, « lungi dall'essere costretta, come nel caso della violenza, e incamminata per una via donde non mancherebbe di allontanarsi se abbandonata alle sole sue ispirazioni, la volontà della persona sedotta è piuttosto sovraeccitata e trascinata verso un fine, al quale la spingeva già la sua inclinazione naturale ». G. BAUDRY-LACANTINERIE (P.D. LOYNES), *Trattato teorico pratico di diritto civile. Delle persone*, vol. III, cit., n. 1717, p. 335.

4. *Ducere vel dotare*

«...hodie — scrive Claro — contra stuprantes virgines sine vi, non est in usu alia poena, quam ut illas ducant in uxores, vel condecenter dotent»; la pena è da intendersi « alternative ad eam ducendam in uxorem, vel condecenter dotandam » (48). Harprecht può essere ancora più preciso: «...hodie poenam juris civilis a iure canonico correctam esse plerique censent: ita ut etiam in terris Imperii stuprator non alia plectatur poena, nisi ut stupratam vel ducat, vel dotet » (49). Il mondo protestante contesta la correttezza di tale interpretazione (« parum verum religiosa est et veritati inimica interpretatio »), riconosce però che la tesi favorevole all'alternativa (*ducere vel dotare*) è recepita nella prassi, nella legislazione ed è prevalente nella dottrina (50).

La configurazione giuridica della 'pena della dote' trascina inevitabilmente con sé le contrastanti letture dell'onestà utilizzate per rifiutare l'immagine di una vittima 'colpevole': è difficile per i giuristi negare la protezione oggettiva della verginità, come resta difficile accettarla a pieno, se svincolata da una *voluntas honesta* della donna. Anche chi rifiuta un uso ampio della seduzione ai fini dell'applicazione delle pene dello *ius civile* è costretto pertanto a riproporre la questione per giustificare la protezione del dotare o sposare. Chi si oppone alla figura della *persuasio*, chi nega la sua parificazione alla violenza, sposta semplicemente la questione un gradino più in basso perché la protezione giuridica accordata ad una donna che 'vuole e consente' mina il complessivo equilibrio del

(48) Così G. CLARO, *Liber quintus sive practica criminalis*, cit., § Stuprum, n. 3. Cfr. anche A. GÓMEZ, *Ad Leges Tauri commentarium absolutissimum*, cit., Lex 80, nn. 6 e ss.; P. FARINACCIO, *Praxis*, cit., q. 147, § Dos, nn. 113 e ss.

(49) J. HARPRECHT, *Commentarius ad Instituta*, cit, IV; § *Item lex Iulia de adulteriis*, n. 91 e ss.

(50) Cfr., per una sintesi delle diverse posizioni, J.H. BÖHMER, *Jus ecclesiasticum Protestantium...*, Halae Magderburgicae, 1744, Lib. V, tit. 16 (pp. 96 e ss.); J.P. LUDEWIG, *Differentiae juris Romani et Germanici in stupro sub matrimonii spe* (respondit J. Nitzsche, 21/6/1730), Halae Salicae, 1735, pp. 13 e ss. (da cui è tratta la citazione riportata nel testo); A. LEYSER, *Meditationes ad Pandectas*, cit., ad lib. XLVIII, tit. V, Specimen 583 (*De stupri iudicio civili*, publice defensum a J.G. Puscher, 19/4/1736), VII, (pp. 159 e ss.); B. BARDILI, *Tractatio juridica de satisfactione stupratae*, Tubingae, 1741, caput 2, nn. 9 e ss.

sistema e torna ad esigere il rifiuto della veridicità di quel consenso disonesto ⁽⁵¹⁾.

« Dotatio est poena stupri » sintetizza Carpzov ⁽⁵²⁾. La dote (in caso di mancata scelta 'da parte dello stupratore' del matrimonio) è « la pena » applicata per lo stupro semplice (*stuprum voluntarium*), in linea di continuità con la pena comminata per lo stupro *sine vi* ⁽⁵³⁾. La protezione — aggiunge, riproponendo una presunzione assoluta di seduzione — deve essere intesa in senso oggettivo: « absque dubio enim poena stupri (...) obtinet in stupro commissio sine violentia, et volente atque consentiente puella » ⁽⁵⁴⁾.

I dubbi riguardo alla meritevolezza della protezione tornano a percorrere sentieri che conosciamo: la presunzione assoluta di seduzione e il riferimento alla naturale 'fragilitas' e 'verecundia' della donna ⁽⁵⁵⁾ si scontrano con la rappresentazione di chi oppone l'ingiustizia di una tutela giuridica accordata anche quando « vir leviter persuasit virginis » (« puella verbis blandis leviter rogata libere

⁽⁵¹⁾ La questione si propone costante in tutti i testi dei giuristi: si cfr., comunque, a mo' d'esempio, J. HARPRECHT, *Commentarius ad Instituta*, cit., IV, § *Item lex Iulia de adulteriis*, nn. 90 e ss. Nel testo si minimizza con Bartolo la lettura del § *qui puero*, richiedendo come necessaria la violenza e negando qualsiasi uso ampio della seduzione, ma si torna poi ad accettare la presunzione di seduzione per sostenere la pena per lo stupro semplice. Nello stesso senso si muove B. CARPZOV, *Practicae novae imperialis saxonicae rerum criminalium (partes)*, Wittembergae, 1695, pars II, q. 68, nn. 27 e ss.

⁽⁵²⁾ Cfr. B. CARPZOV, *Practica*, cit., pars II, q. 68, n. 33 e ss.

⁽⁵³⁾ « Quamvis enim de iure communi stupri poena in honestis est publicatio dimidiae partis bonorum, in vilibus vero et humilibus corporis coercitio, puta fustigatio cum relegatione...[I. 4, 18, 4] illam tamen in desuetudinem abiisse, in eiusque locum poenam juris Canonici surrogatam fuisse... » (B. CARPZOV, *Practica*, cit., pars II, q. 68, n. 19). Ed inevitabilmente collegati alle sanzioni prescritte per il reato dello stupro semplice sono gli interrogativi che si affrontano: se, ad esempio, la dote come pena dello stupro possa, dopo la « mitigatio poenae » fissata dal diritto canonico, eccedere « dimidiam partem bonorum » (cfr. M. BERLICH, *Conclusiones practicabiles*, cit., V, conclusio 38, n. 25) e se permane o meno la possibilità di applicare ancora pene corporali nei confronti dello stupratore (P. FARINACCIO, *Praxis*, cit., q. 147, § Dos, nn. 99 e ss.).

⁽⁵⁴⁾ B. CARPZOV, *Practica*, cit., pars II, q. 68, n. 42. Ma non mancano i dubbi riguardo alla configurazione assoluta della presunzione, cfr. B. CARPZOV, *Jurisprudentiae forensis romano-saxonicae (partes)*, IV, constit. 27, def. IX.

⁽⁵⁵⁾ Insiste molto sul punto F. SALERNO, *Consiliorum sive responsorum... liber primus*, cit., Consilium 20, nn. 38 e ss.

consensit »), e soprattutto anche nel caso in cui risulti evidente che la donna « sua sponte et libere consensit », quando « dedit anam stupro », quando (secondo un ricorrente stereotipo) « nudam ad lectum venit »⁽⁵⁶⁾.

I contrastanti percorsi indotti dalla difficoltà di legare la protezione giuridica ad una ‘palese’ disonestà della donna ci sono però già noti; qui giova considerare la questione da un altro angolo visuale, analizzando direttamente i mutamenti che intervengono nella configurazione giuridica del rimedio⁽⁵⁷⁾.

⁽⁵⁶⁾ Distinzioni accompagnate dalla solita difficoltà di tracciare una linea precisa tra le classificazioni poste ‘in foro interiori’ e quelle poste ‘in foro exteriori’. Cfr. P. FARINACCIO, *Praxis*, cit., cit., q. 147, § Dos, nn. 121 e ss.; B. GÓMEZ DE AMESCUA, *Tractatus de potestate in se ipsum*, cit., lib. II, cap. 15. Per una ricognizione delle diverse posizioni cfr. G.D. RINALDI, *Observationes criminales, civiles et mixtae*, cit., II, Cap. XXIII, § IV e ss., nn. 111 e ss.; e additio ad cap. XXIII, sup. II, nn. 71 e ss.

⁽⁵⁷⁾ È chiaro che la questione non può essere scissa dagli scontri riguardo alla valutazione giuridica del consenso della donna. Nelle risposte fornite per affermare o negare ‘la pena della dote’ (quando si è in presenza di un consenso della donna) sono determinanti le diverse letture delle apparenze, i dubbi riguardo al vero consenso femminile e al peso giuridico da attribuire alle strategie di seduzione. La configurazione giuridica della protezione evidenzia però anche un altro dato, quello della vischiosità dei legami tra rappresentazione giuridica della volontà della donna e tutela. La protezione oggettiva dell’onestà ingloba, come abbiamo visto, una determinata rappresentazione della volontà femminile: la protezione scaturisce da un fatto che lascia presumere una situazione soggettiva degna di tutela (*semper praesumitur seducta*). La progressiva messa in discussione delle presunzioni assolute d’onestà, il riferimento alla volontà libera (ma sarebbe meglio dire ‘deviante’), l’espansione del riferimento all’onestà interiore impongono un progressivo restringimento dei confini della protezione (si pensi alla configurazione del ratto solo in riferimento alla violenza ‘vera’, all’uso sempre più ristretto dello stupro di seduzione, all’applicazione per lo stupro semplice solo della ‘pena’ di sposare o dotare) ma nessuno dubita dell’intrinseca giustizia di una tutela giuridica per l’onestà della donna. La valorizzazione delle volizioni della donna non può essere iscritta nella struttura della protezione: il permanere della protezione configura in modo automatico il rinvio ad una figura femminile degna, onesta. Il riferimento crescente alla volontà del soggetto implica, in altre parole, la rappresentazione sempre più frequente di una ‘disonestà femminile’ che rende sempre più difficile la configurazione giuridica della protezione; questo contrasto spingerà poi nel corso del XVIII secolo verso un netto abbattimento delle protezioni antiche che appariranno tutte immeritate. Il presente paragrafo e i due seguenti danno conto proprio delle difficoltà ricostruttive che si hanno nel momento in cui l’immagine femminile posta a sostegno della protezione non appare più monolitica.

4.1. *L'ambigua configurazione giuridica della dote 'alternativa' al matrimonio: la dote come pena; la dote come risarcimento*

Cos'è e come si configura giuridicamente la sanzione della dote posta in alternativa al matrimonio? Si tratta di una pena oppure di un risarcimento?

La convergenza che si realizza nell'affermare che la dote come sanzione dello stupro semplice 'non è vera dote' è immediatamente infranta dalla difficoltà di configurarla come pena o come obbligazione. Le incertezze contenutistiche, come sempre accade, si riflettono nelle definizioni (è difficile dare precisi confini, delimitare concettualmente quanto è incerto); e le definizioni si moltiplicano: « *satisfactio in detrimento virginitatis, precium virginitatis* »; « *satisfactio ad detrimenta nuptiarum sarcienda* »; « *pecuniaria largitio damni illati* »; « *satisfactio in compensationem denegati matrimonii* »; « *satisfactio pro iniuria stupratae illata* »; « *surrogationem in locum matrimonii* » (58).

Se la dote è la 'pena' per lo stupratore, il matrimonio è la strumento che accorda protezione alla donna. Non c'è simmetria tra le posizioni: i giuristi presuppongono una volontà della donna sempre indirizzata verso il matrimonio. La libertà di scelta nell'alternativa tra dotare o sposare è nelle mani dell'uomo (« ...non in potestate iudicis, sed in arbitrio stupratoris positum est, utrum eligere, an ducere, an vero dotare malit » (59)); ampie discussioni riguardano l'opposizione del padre, ma la questione di un rifiuto del matrimonio da parte della stuprata non appare rilevante e spesso non è neppure ipotizzata (60).

(58) Cfr. B. BARDILI, *Tractatio juridica de satisfactione stupratae*, cit., caput III, 1, nn. 3 e ss. La lunga definizione proposta dallo stesso autore non risolve la questione: « *vinculum juris, quo adstringitur, qui foeminam honestam sine promissione matrimonii vitavit, si ducere eam vel non vult, vel non potest, ut loco eius, qui ad id tenebatur, ei, certam quantitatem dotis nomine praestet, quo facilius et nubendi conditionem inveniat, et habeat pudicitiae amissae velamen* » (n. 6).

(59) M. BERLICH, *Conclusiones practicabiles*, cit., V, conclusio 38, n. 15; J. DAMHOU-
DER, *Practica rerum criminalium*, cit., cap. 92 (De stupro), n. 6.

(60) Cfr. G.B. BAIARDI, *Additiones ad Clarum*, cit., ad § Stuprum, n. 19 e ss.; P. FARINACCIO, *Praxis*, cit., § Dos, n. 105 e ss.; CARPZOV, *Practica*, cit., pars II, q. 68, n. 84; I. MENOCCHIO, *De arbitrariis iudicum questionibus et causis*, cit., II, cent. III, Casus 288, n. 16 e ss.; B. BARDILI, *Tractatio juridica de satisfactione stupratae*, cit., n. 21 (p. 58); A.

Una complicazione del quadro si ha con l'analisi degli autori della Seconda Scolastica e la loro decisa valorizzazione della libertà della donna di rifiutare il matrimonio. La libertà di scelta del matrimonio è il valore privilegiato (una libertà difficile da conciliare con la 'pena alternativa' della dote che appare comunque come uno strumento di coazione al matrimonio) ed essa spinge ad abbattere i riferimenti penalistici e ad esaltare invece l'idea della *restitutio* ⁽⁶¹⁾.

A che cosa è tenuto il « corruptor virginis » quando non abbia promesso il matrimonio? La risposta di Lessio è netta: « Si puella libere consensit, ipse ad nihil ei tenetur. Sequitur ex dictis, quia volenti non fit iniuria: neque tunc est proprie stuprum » ⁽⁶²⁾. Solo nell'ipotesi in cui « vi aut fraude usuram corporis extorsit », lo stupratore sarà tenuto al matrimonio oppure alla riparazione del danno. Il riferimento alla dote — aggiunge — fornisce solo un parametro per la riparazione del danno ed è da intendersi non come pena « ad integram dotem », « sed solum quanti pluris valebat spes nuptiarum » ⁽⁶³⁾. La titolarità del diritto al risarcimento spetta solo alla donna. Se il risarcimento mira a riparare il pregiudizio subito dalla donna ad una giusta collocazione matrimoniale, solo la donna ne avrà la titolarità e potrà disporne liberamente (« potest enim cedere iure suo »), così come è libera di scegliere o non scegliere il matrimonio ⁽⁶⁴⁾. La restituzione pertanto non è dovuta « pro ipsa defloratione pudicitiae », un valore la cui lesione è comunque irreparabile e non valutabile pecuniariamente, e neppure per il semplice pericolo « non inveniendi commodas nuptias » (« periculum damni

MATTHAEUS, *De criminibus*, cit. lib. 48, III, caput VI, n. 18, che risolve la questione con « argumentum a patre a filia »: « Accedit quod dos quasi poena iniuriae sit: sequeretur ergo ipsa puella a nuptiis stupratoris abhorrente, nullam futuram stupri poenam: quod absurdum est ».

⁽⁶¹⁾ Il concetto di *restitutio* come principio della giustizia commutativa rappresenta un centro teorico essenziale della riflessione della Seconda Scolastica; il tema, solo tratteggiato da Tommaso, riceve un'inedita attenzione nei 'moderni': « ...Sanctus Thomas... solum facit unam quaestiunculam quae continet quatuor articulos, quasi incidenter loquens de restitutione... Et sic omnes antiqui parum tractabant... Sed moderni incoeperunt dilatare materiam super ista verba Magistri... » (così F. VITORIA, *De justitia*, cit., q. 42, art. I, n. 3).

⁽⁶²⁾ L. LESSIO, *De justitia et jure*, cit., Lib. 2, cap. 10, n. 9.

⁽⁶³⁾ *Ibidem*, Lib. 2, cap. 10, nn. 10 e 11.

⁽⁶⁴⁾ *Ibidem*, Lib. 2, cap. 10, nn. 9 e 19.

non est damnum »). Ne segue che la donna, « vi aut fraude violata », che abbia comunque ottenuto una decente sistemazione matrimoniale, non potrà più esigere la restituzione del danno, essendo il danno inconfigurabile ⁽⁶⁵⁾.

La *ratio* ispiratrice della costruzione è quella della libertà del matrimonio ⁽⁶⁶⁾. La restituzione spetta alla donna e non ai parenti; la configurazione dell'*iniuria* deve fare riferimento alle sole volizioni della donna e (*quia scienti et volenti nulla fit iniuria*) il suo consenso esclude la risarcibilità del danno: « filia potest absque patris injuria non nubere, et male nubere: ergo potest absque eius injuria apponere impedimentum ad meliores, et faciliores nuptias: ergo deflorator, qui ex consensu filiae hoc impedimentum ponit, non magis peccat contra justitiam, quam ipsa filia » ⁽⁶⁷⁾. Prestando il suo consenso la donna può dunque accettare di subire il danno, allo stesso modo può anche cedere il suo diritto al risarcimento senza arrecare alcuna *iniuria* al padre: lo stretto collegamento con il matrimonio, con la libertà del matrimonio, rende quel risarcimento un debito pecuniario 'improprio' e lo sottrae ai normali vincoli cui sono assoggettate le obbligazioni delle donne « sub potestate Patris » (« debitum non est per se debitum pecuniarium, sed procurandi tali feminae matrimonium aequae et bonum... »; « Totum autem illud onus procurandi ei talem statum, vel matrimonium potest ipsa filia condonare, quia per hoc non disponit de pecuniis sed remittit stupratori obligationem procurandi talem statum... » ⁽⁶⁸⁾).

La 'pena della dote' diviene dunque un risarcimento volto a

⁽⁶⁵⁾ *Ibidem*, Lib. 2, cap. 10, nn. 15 e ss.

⁽⁶⁶⁾ L'aspetto di un passaggio della verginità femminile dalla « sfera dei beni non valutabili, non risarcibili » a quella dello « spazio 'mercantile' delle transazioni e dei patti tra privati » (su cui insiste G. ALESSI, *Il gioco degli scambi: seduzione e risarcimento*, cit., p. 819) non mi pare rappresenti un elemento essenziale delle nuove ricostruzioni.

⁽⁶⁷⁾ J. DE LUGO, *Disputationes de justitia et de jure*, cit., I, Disp. XII, n. 8.

⁽⁶⁸⁾ « ...licet filia non possit sine Patris consensu alia debita pecuniaria condonare; posse tamen condonare istud, quia hoc per se, et immediate non est debitum pecuniarium, sed in primis est debitum ducendi eam in uxorem, et huic debito potest sine patre renuntiare, sicut sine illo posset contrahere sponsalia de futuro et illa etiam dissolvere renuntiando juri acquisito ex sponsalibus » (J. DE LUGO, *Disputationes de justitia et de jure*, cit., I, Disp. XII, n. 9).

ristabilire a fronte di una *iniuria* la situazione antecedente ⁽⁶⁹⁾, la libertà antecedente (« antea puella libertatem habebat nubendi, cui vellet, qua libertate non debet privari » ⁽⁷⁰⁾). La configurazione nega ogni possibile uso dell'alternativa tra dotare e sposare come coazione al matrimonio: la donna ingiustamente stuprata non è tenuta al matrimonio nel caso in cui lo stupratore lo 'offra', può sempre « petere augmentum dotis, ut possit alteri aequae bene nubere ». È ancora l'esigenza di rendere coerente la libertà del matrimonio che impone questa diversa configurazione: « ...si abstricta esset ad contrahendum matrimonium cum stupratore, nec compensaretur aequaliter ei damnum injuste illatum, quia antea habebat foemina libertatem nubendi, cui vellet, qua privatur, si nunc debet contrahere matrimonium... » ⁽⁷¹⁾.

La sistemazione penalistica è indubbiamente influenzata da queste ricostruzioni, ma non riesce ad aderirvi appieno. Considerando le pagine dei teologi, i giuristi prestano attenzione solo all'emersione di un colpevole consenso della donna (essenziale per affermare o negare lo stesso fondamento delle protezioni verso l'onestà), trascurano o ignorano l'argomento della libertà matrimoniale. Il tema della libertà del matrimonio non è mai in primo piano nell'analisi dei giuristi: in primo luogo, perché la riparazione matrimoniale è avvertita come la più ovvia (riguarda una volizione costante della donna non suscettibile di analisi sofisticate); e, in secondo luogo, perché la tendenza ad una configurazione oggettiva delle protezioni stenta ad essere abbandonata a favore di una centralità del consenso ⁽⁷²⁾.

⁽⁶⁹⁾ « ... non esse obligationem dandi totam dotem, sed supra dotem, quam alias a patre, vel aliunde haberet, addere quantum sufficit, ut possit aequae bene nubere, sicut antea: hoc enim modo reducitur ad aequalitatem damnum illatum » (J. DE LUGO, *Disputationes de justitia et de jure*, cit., I, Disp. XII, n. 13). Cfr. anche E. PIRHING, *Jus canonicum nova methodo explicatum*, cit., IV, nn. 44 e ss.

⁽⁷⁰⁾ J. DE LUGO, *Disputationes de justitia et de jure*, cit., I, Disp. XII, n. 14.

⁽⁷¹⁾ E. PIRHING, *Jus canonicum*, cit., IV, n. 46.

⁽⁷²⁾ Basti pensare al ricorrente riferimento alla presunzione assoluta di seduzione (il riferimento va soprattutto al Panormitano) per giustificare la 'sanzione della dote' da applicare anche in presenza di un consenso della donna. Il confronto con la questione rimane costante non solo in chi aderisce allo schema per cui l'obbligazione (o la pena) di dotare non cessa anche quando la donna « sponte acquievit » (« ...procedunt, si quis

La nettezza della ricostruzione risarcitoria è però difficile da respingere opponendo semplicemente la rilevanza di interessi 'superiori' alle volizioni della donna, così come restava difficile accettare la configurazione puramente oggettiva del 'sive volentibus, sive nolentibus' nel caso del ratto. Lo scontro sull'onestà delle volizioni della donna protetta torna pertanto a riproporsi inevitabilmente. Le oscillazioni della dottrina nel configurare l'alternativa dotale ora come pena, ora come obbligazione risarcitoria risentono di questi contrasti: non mostrano un'improvvisa sensibilità per il tema della libertà del matrimonio, ma rendono palesi i conflitti tra le diverse rappresentazioni dell'onestà femminile e della vittima degna di tutela.

La configurazione giuridica della tutela, anche quando più evidente diviene il conflitto tra interessi parentali e volontà della donna, è costretta a legarsi a configurazioni presuntive del consenso, deve comunque invocare una legittimazione della protezione che si radichi nella stessa volontà onesta della donna: le presunzioni racchiuse nella protezione si scontrano apertamente con la rivendicazione di una più ampia applicazione del principio *volenti et consentienti non fit iniuria* imposto dal richiamo alla libertà del matrimonio. Se la struttura protettiva dell'onestà non può essere difesa invocando solo la preminenza degli interessi statali e parentali, occorre affidarsi ancora all'immagine dell'onestà femminile protetta, alla 'costante e perpetua' onestà femminile racchiusa nelle presunzioni; tale immagine femminile però appare sempre più fragile, sempre meno capace di fornire un sostegno alla costruzione del giurista.

La risposta ai singoli quesiti tecnici utilizza di volta in volta il riferimento alla dote come pena oppure come risarcimento tentando di mantenere in piedi un equilibrio che appare sempre meno stabile. Su molti punti si può ottenere un'intesa tra le diverse configurazioni, come accade, ad esempio, per la fissazione del momento in cui è dovuta la dote. Se la dote è la 'pena' dello stupro, essa è dovuta

volenti et consentienti puellae stuprum se intulisse dicit, ut, quia sponte ad eius lectum nuda venisse dicitur; nam et tunc stuprator nihilominus eam ducere, vel dotare teneatur... »); ma anche in chi cerca di distaccarsene tentando di relativizzare la presunzione. Cfr., ad esempio, B. BARDILI, *Tractatio juridica de satisfactione stupratae*, cit., caput III, 2, nn. 27 e ss.; M. BERLICH, *Conclusiones practicabiles*, cit., V, conclusio 38, nn. 30 e ss. (da cui è tratta la citazione che precede, n. 30).

subito e non al momento in cui la donna contrae il matrimonio (il differimento lascerebbe lo stupratore impunito in caso di mancato matrimonio della donna). La dote — si ripete — non è vera dote, « dicta dos data est in poenam » (73). Conclusioni simili però possono essere raggiunte insistendo anche sull'aspetto risarcitorio, sulla necessità d'offrire subito un riequilibrio alla lesa collocabilità matrimoniale della donna.

Più difficile è invece risolvere altre questioni. Come regolarsi a fronte dell'ipotesi in cui la donna abbia contratto dopo lo stupro un matrimonio adeguato? Chi configura la dote come 'integrazione' volta a consentire un matrimonio 'uguale', nega — come abbiamo visto — che si possa intervenire in una situazione che ha già raggiunto un giusto equilibrio, in cui non è possibile rilevare alcuna attuale presenza del danno. Chi accede ad un'ottica puramente penale non può che dissentire: la pena è dovuta in ogni caso, l'aspetto rilevante è la lesione dell'ordine dell'onestà realizzatosi in passato, e dunque 'la dote' è sempre dovuta alla vittima: « Quia haec poena non propter alterutrum eligendi facultatem stupratori imponitur, sed *potius propter stuprum ipsum*, quod stuprum et eius macula conduret, etiamsi stuprata, vel maxime dotata fuerit, et alteri nupserit, merito etiam jus poenae semper infligi debet » (74). Nel risolvere la questione dell'applicabilità o meno della sanzione allo stupratore (« quando mulier post commissum stuprum nupsit viro aequalis conditionis ») i giuristi sono dunque costretti a schierarsi: « dicta dos — scrive Savelli — constituatur *potius ratione damni, quam poena* » (75).

La dottrina oscilla tra le diverse soluzioni e accede caso per caso ad una configurazione piuttosto che all'altra: presunzioni negate in un punto sono riaffermate in un altro, ricostruzioni oggettive si affiancano ad analisi sofisticate del consenso, a ricerche attente ad individuare

(73) Cfr. G.D. RINALDI, *Observationes criminales, civiles et mixtae*, cit., II, cap. XXIII, nn. 134 e ss. La dote che si deve per lo stupro non è fissata dalla legge come dote « sed ut quantitas ad dotem constituendam... dicta quantitas ad dotem est subrogata in locum poenae severioris a iure civili determinatae » (*ibidem*, n. 156). In tal senso anche B. CARPZOV, *Practica*, cit., pars II, q. 68.

(74) M. BERLICH, *Conclusiones practicabiles*, cit., V, conclusio 38, n. 36.

(75) M.A. SAVELLI, *Summa*, cit., § Stuprum, n. 10.

colpe anche da parte della donna. Nette scelte per la configurazione penale si fondono con assetti risarcitori e viceversa ⁽⁷⁶⁾.

Il punto su cui con maggior forza emergono i contrasti è quello della remissione della dote operata dalla donna. La piena validità della rinuncia scaturisce netta, come abbiamo visto, dalle analisi sulla *restitutio* ⁽⁷⁷⁾; nelle configurazioni della dote come pena si esclude invece tale possibilità. Riconoscere che la donna possa rinunciare alla 'pena della dote' significa infatti mutare profondamente la struttura protettiva, riconoscendo la preminenza della volontà individuale, una piena disponibilità dell'onestà (della sua onestà) da parte della donna. Gli argomenti utilizzati per negare la remissione rendono evidenti i contrapposti interessi in campo: « ...Puella non potest renuntiare juri ducendi, vel dotandi in praejudicium Parentum »; « ...puella non potest renuntiare dicto juri in praejudicium publicae, et fiscalis vindictae, cui non potest praejudicare assensus, et mulieris spontanea voluntas in stuprum »; « ...ratio boni publici exigit, quod Puella non possit renuntiare » ⁽⁷⁸⁾. La protezione dell'onestà deve essere accordata di

⁽⁷⁶⁾ Cfr. per una sintesi delle diverse questioni, cfr. B. BARDILI, *Tractatio juridica de satisfactione stupratae*, cit.; J.H. BÖHMER, *Jus ecclesiasticum protestantium*, cit., Lib. V, tit. 16 (pp. 96 e ss.); M. BERLICH, *Conclusiones practicabiles*, cit., V, conclusio 38; M.A. SAVELLI, *Summa*, cit., § Stuprum.

⁽⁷⁷⁾ La questione è stata già affrontata sopra, si cfr., comunque, B. BARDILI, *Tractatio juridica de satisfactione stupratae*, cit., Caput III, 7, n. 12 e ss.: che accede alla posizione di Lessio: « Maius videtur dubium: an stuprata, Padre non consentiente, actionem de dote remittere possit? Negat Berlich... Affirmat Lessius... cuius sententia verior videtur. Dos enim, quae ex hac causa debetur, non Patri debetur, sed puellae, in cuius arbitrio est, a nuptiis plane abstinere ».

⁽⁷⁸⁾ G.D. RINALDI, *Observationes criminales, civiles et mixtae*, cit., II, cap. XXIII, nn. 114 e ss. La questione emerge anche in riferimento alle transazioni compiute riguardo all'avvenuto stupro (« ...Doctores disputant, an transactiones fieri de iure possint... Nihilominus hodie huismodi spinositates, quae in schola ingenter torquent, cessant prorsus in Tribunalibus, quia de consuetudine indistincte fiunt transactiones in criminalibus ») al fine di affermare l'inopponibilità dell'avvenuta transazione ai membri della famiglia: « et ratio est evidens, quia per stuprum Pater, Mater et Fratres aequae, et forsant plusquam ipsa stuprata remanent offensi, et damnificantur, non solum quia cum difficultate nuptui tradent stupratam, sed etiam quia maiorem dotem assignare, et tradere coguntur in recompensam deperditae virginitatis, et ideo transactio et remissio facta a stuprata non praeiudicat ipsis, nec impedire potest institutionem et prosecutionem accusationis... » (*ibidem*, *Observ. ad Cap. XXIII, suppl. II, nn. 9 e ss.*).

per sé, deve essere accordata in ogni caso, anche contro la volontà della donna.

4.2. *Un equilibrio in crisi: protezioni oggettive e volontà disonesta*

Tali argomentazioni volte a difendere in ogni caso la presenza 'oggettiva' della pena della dote indeboliscono il fondamento della tutela invece che rafforzarlo perché gli interessi parentali e l'interesse pubblico si presentano come valori indisponibili completamente contrapposti alle scelte della donna. Il dato innovativo non sta certo in tale contrasto, quanto nell'incapacità dei giuristi di cucire assieme interessi oggettivi e 'vera' volontà della donna ricorrendo (ma si potrebbe dire 'credendo') alle presunzioni. Una volta che nella dimensione giuridica ci si confronta con le tesi degli autori della Seconda Scolastica (e continuo è il riferimento dei giuristi soprattutto alle pagine di Sanchez, di Lessio e di Lugo), la protezione accordata 'oggettivamente' alla vittima contrasta sempre più con il rifiuto della donna alla sua onestà: se non si può più credere alla presunzione assoluta di seduzione, affermare che 'la pena' deve essere accordata 'sempre' significa solo riconoscere che anche una volontà palesemente disonesta riceve una protezione; una protezione ingiusta, immeritata.

Anche chi, unendo assieme diversi fondamenti della tutela, non assume posizioni così nette stenta a trovare un nuovo punto d'equilibrio.

Proviamo a seguire, ad esempio, il discorso di Augustin Leyser, un giurista ben inserito nel solco dell'*usus modernus pandectarum*, testimone di « una giurisprudenza di equità » che si afferma per la confluenza di « antica tradizione casistica » e « nuova etica razionale »⁽⁷⁹⁾. La *ratio* dell'obbligazione di dotare o sposare sta — a dire di Leyser — « in corruptela, quae ex parte viri intercessisse ». La dote dunque « non est vera dos, sed restitutio damni, quod stuprata

⁽⁷⁹⁾ Si ha in Leyser una « progressiva compenetrazione della coscienza specificamente giuridica con l'etica propria del Giusnaturalismo » (particolarmente significativa è l'influenza di Pufendorf). Cfr. F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno con particolare riguardo alla Germania* (ed. orig. 1967), Milano, 1980, I, pp. 332 e ss.

patitur » (un danno la cui ingiustizia si radica « in corruptelis ac illecebris, a viro adhibitis »⁽⁸⁰⁾). Tale configurazione risarcitoria si intreccia con il sedimentato bagaglio di ricostruzioni forgiate dai penalisti sul punto, si confronta con le presunzioni assolute di seduzione⁽⁸¹⁾, si rifà in tema di prove alle congetture e agli indizi utilizzati per gettar luce su un delitto commesso « clam et noctu maxime »⁽⁸²⁾, e finisce coll'insistere sulla necessità di porre un « discrimen inter indicia »⁽⁸³⁾, con un invito ai giudici a mantenere una posizione di equilibrio nell'accordare la protezione: « In actionibus ex stupro media tenenda est via, ut nec stupratori nimis nec stupratae faveas. Peccant hic saepe iudices, potissimum tamen ex nimia erga stupratam misericordia, nec cogitant, illam, si etiam illecebris stupratoris corrupta est, non tamen extra culpa esse »⁽⁸⁴⁾.

L'ultima affermazione è di particolare rilievo perché spezza bruscamente la linearità della ricostruzione antecedente: anche quando la protezione viene accordata, essa è data ad una vittima che non è senza colpa. Il fondamento della protezione appare sempre più contraddittorio, si basa sulla corruzione 'subita' dalla donna ma non riesce più a sostenerla come vera, non riesce più a scogerla. Il giurista evoca la seduzione, ma non crede alla sua stessa rappresentazione; la struttura consolidata della protezione incrocia le nuove

(80) A. LEYSER, *De stupri iudicio civili*, cit., XI (pp. 162 e ss.). Sul fondamento dell'obbligazione *ad dotandum*, cfr. anche J.S.F. BÖHMER, *Observationes selectae ad Benedicti Carpzovii Praticam Novam Rerum Criminalium*, Florentiae, 1833, *Observatio I ad quaestionem 68*, n. 10; *Observatio VII ad quaestionem 68*, n. 67.

(81) A. LEYSER, *De stupri iudicio civili*, cit., XII (p. 163).

(82) *Ibidem*, cit., XX (p. 167). Un'importanza cruciale continua ad essere attribuita, stante la difficoltà della prova, alla 'nominatio' fatta dalla donna « etsi inter tormenta partus facta, etsi iurejurando firmata, ne tantum quidem proficiunt, ut reus ad jusjurandum purgationis adigatur » (*ivi*). Il tema 'an puellae credendum, si iuvenem accuset, de stupro sic illato' è ampiamente discusso utilizzando ancora contrapposte rappresentazioni dell'onestà della donna e richiami alla seduzione: cfr. J.J. SCHÖPFER, *De juvenum virginum privilegii* (respondens J.H. Schutz, 13/12/1689), *Francofurti ad Viadrum*, 1725, caput, IV, nn. 25 e ss.; P. MÜLLER, *Tractatio juridica de jure praegnantium*, Jenae, 1732, Cap. VII, n. 7 e ss.

(83) A. LEYSER, *De stupri iudicio civili*, cit., XXIV (p. 170).

(84) *Ibidem*, Corollaria n. 4 (p. 174). Significativamente ci si richiama agli abusi e alle ingiustizie così come emergono dalla *Déclaration concernant le rapt de séduction* del 1730.

sensibilità ed è incapace di trovare un punto d'equilibrio. Al *semper praesumitur seducta* si sostituisce sempre più il dubbio di un colpevole consenso femminile; un dubbio che si insinua dappertutto sino a toccare lo stesso fondamento della protezione che, anche quando è accordata, appare contrastare un'ingiustizia immaginaria⁽⁸⁵⁾. E quanto più fragile diviene il fondamento giuridico della protezione, tanto più forte è l'invito ad abbandonare l'uniformità della sanzione per affidare la valutazione della particolarità d'ogni caso all'arbitrio del giudice: « ...personae difformiter peccarunt, sed tamen in locis, in quibus certa stupri poena est, uniformiter puniuntur. Verum ubi determinatio poenae iudicis arbitrio permittitur, poenae gradus secundum doli et culpae gradum statuitur »⁽⁸⁶⁾.

L'ampia utilizzazione delle pagine dei teologi, la sensibilità per il tema dell'onestà interiore, dell'onestà dell'animo⁽⁸⁷⁾ affiorano

⁽⁸⁵⁾ L'incertezza può essere notata anche in Pufendorf che delimita la presunzione in riferimento al caso meno problematico della seduzione con promessa di matrimonio: « Qui virginem imminuit vi aut fraude, tenetur ei rependere, quanti minoris iam ipsi defloratae valet spes nuptiarum. Est quippe non mediocris instar dotis flos virginitatis... Igitur aequum est, ut, qui istum florem invitae abstulit, saltem id ipsi refundat, ut amplitudine dotis maritum invenire queat. Quanquam commodissimum sit, ut nisi conditionis disparitas, aut aliud quid obstet, iste stuprator defloratam ducat.... Sed quae ultro in meram libidinem consensit, habet quod sibi imputet. Etsi regulariter maior heic culpa maris, quam puellae praesumitur. Quod si quis virginem pactione matrimonii ad concubitum pellexerit, ducere eam utique tenebitur » (S. PUFENDORF, *De Jure Naturae et Gentium*, Francofurti et Lipsiae, 1759, Lib. III, cap. I, § 10).

⁽⁸⁶⁾ A. LEYSER, *De poena stupri arbitrio iudicis relinquenda* (publice disputabit M. G. Schломachius, febbraio 1736), Vitembergae, 1736, III (p. 6). Cfr. anche A. LEYSER, *De infamia stupri abolenda* (publice disputabit Ch.G. Junghannsius 23/12/1735), Vitembergae, s.d.

⁽⁸⁷⁾ Temi questi cui è sensibilissimo anche il giusnaturalismo le cui influenze non sono però immediatamente visibili nelle pagine dei giuristi come quelle degli autori della Seconda Scolastica. Interessante è, ad esempio, vedere come il tema della rilevanza interiore dell'onestà femminile venga analizzato nelle contrastanti tesi riguardo all'estensione della *moderamen inculpatae tutelae*, riguardo alla 'defensio naturalis' accordabile contro gli attacchi al pudore e alla verginità. Nel dibattito gli argomenti di Agostino e del Decretum (C. 32, q. 5, cc. 1-9) sono ripresi per minimizzare il danno subito e per negare qualsiasi proporzione tra una 'difesa dell'onore' e della 'pudicizia' spinta sino a cagionare la morte dello stupratore: se la verginità è interiore, sta nell'animo, nella volontà, la difesa di un tale bene, che rimane comunque intatto anche di fronte ad attacchi violenti, non potrà essere realizzata spingendo la difesa sino alla morte dell'offensore (cfr. C. ZIEGLER, *In Hugonis Grotii de jure belli ac pacis libros*, Vitembergae, 1666, in Lib. II, cap. 1, § 7;

nelle pagine dei giuristi dilatando il sospetto di una colpevole responsabilità della donna e imponendo letture sempre più restrittive della protezione. L'interpretazione della volontà diviene sempre più rigorosa dal punto di vista soggettivo, e rafforza sempre più una certezza che appare un punto fermo nel mutamento: la protezione deve essere accordata considerando a pieno l'onestà, ricercando una piena coincidenza tra volizioni dei singoli e onestà protetta dall'ordinamento, ricercando e dosando 'pena' e 'restitutio' (*secundum doli et culpae gradum*)⁽⁸⁸⁾. La struttura della protezione non è posta in discussione, quello che muta è soltanto la lettura dell'onestà femminile posta a sostegno della sua configurazione ampia.

La considerazione 'coerente' dell'aspetto soggettivo ribalta le presunzioni e rende sempre più difficile mantenere l'architettura giuridica antecedente. La protezione dell'onestà appare affidata alla rude preminenza della *publicae vindictae* (svincolata dalla *voluntas* della donna) oppure al fragile compromesso che mitiga con la *miserordia* l'emersione giuridica della disonesta volontà femminile. In entrambi i casi il permanere della protezione contrasta con l'immagine dell'onestà che i giuristi si sentono chiamati a difendere. Gli inviti alla 'via media' tentano di mantenere ancora in piedi un sistema in crisi, ma a ben vedere si palesa oramai una sola scelta come opportuna e coerente, la completa negazione di qualsiasi protezione. È quanto impone la mutata lettura delle 'apparenze': si può tornare a difendere appieno l'onestà solo negando senza indul-

e C. THOMASII, *Institutiones jurisprudentiae divinae libri tres*, Halle, 1730 [ed. Aalen 1963], lib. II, cap. II, nn. 95 e ss.; 112 e ss.); per contro, coloro che contestano tale delimitazione insistono sulla rilevanza della pudicizia ('Existimatio et pudor virginitatis aequiparatur vitae') e sulla pericolosità d'ogni attacco anche nei confronti dell'animo, con richiami espliciti alla pericolosità della *persuasio* (in quest'ultimo senso si cfr. S. PUFENDORF, *De Jure Naturae et Gentium*, cit., Lib. II, cap. V, § 9). Ampi riferimenti alla questione in D.T. THOMASII, *Problema Juris criminalis an contra stuprum violentum locum habeat moderamen inculpatae tutelae?* (Respondens G.L. Manick, 22/6/1737), Lipsiae 1737.

⁽⁸⁸⁾ Cfr. J.S.F. BÖHMER, *Observationes selectae ad Benedicti Carpzovii Praticam Novam Rerum Criminalium*, cit., Observatio IV ad quaestionem n. 43, in tema di concorso di colpa tra il seduttore e la sedotta: «...damnum, quod propria culpa sentit sentire non videtur, libidinis auctor, nec seducta, sed seductrix est, quae favore haud meretur, et proxima est puellae meretricio more viventi... dum modo facta eiusdem ita comparata, ut maior culpa in illam, minor in juvenem, vel in utrumque aequalis cadat ».

genze ogni protezione giuridica a donne che ‘peccano’, non più *semper seductae*, mai del tutto prive di colpa.

5. Stuprata sub conditione consensit: *seduzione e promessa di matrimonio*

La figura giuridica che fa cessare quasi del tutto i contrasti dottrinali resta quella che è capace di fondarsi ancora sull’immagine di un’onestà femminile deviata dall’uomo, sull’idea di un consenso ‘estorto’: lo stupro qualificato dalla promessa di matrimonio. La costruzione di un consenso femminile ‘onesto’ perché accordato in vista del matrimonio e la retorica della seduzione possono qui fondersi soprattutto per accordare la protezione preminente, quella matrimoniale.

Nella ricostruzione dei penalisti il matrimonio elimina l’esigenza della pena, cancella il reato: «sequuto matrimonio cessat poena stupri»; «...confessio matrimonii excludit accusationem stupri»⁽⁸⁹⁾. La disonestà dello stupro si dissolve appena si confronta con il matrimonio, il richiamo al matrimonio induce a ritenere sempre onesta la volontà dei singoli⁽⁹⁰⁾. L’uso della promessa di matrimonio per indurre la donna ‘alla corruzione’ è considerato lo strumento più pericoloso di seduzione: la promessa, se *vera*, impegna l’uomo al mantenimento della parola data, se *ficta*, colora di particolare riprovevolezza il fraudolento comportamento maschile; la presenza della promessa esalta in ogni caso l’immagine dell’onestà della donna, confermando che la sua volontà era indirizzata verso il matrimonio. Anche quando la retorica della pericolosità della *seductio simplex* si attenua, essa si esplica ancora a pieno riguardo alla seduzione qualificata da promessa di matrimonio⁽⁹¹⁾.

⁽⁸⁹⁾ P. FARINACCIO, *Praxis*, cit., cit., q. 144, § Stuprum, nn. 92 e ss.

⁽⁹⁰⁾ «Creditor stupratorum, et stupratae asserentibus, sic ante stuprum inter eos praecessisse matrimonium, vel promissionem matrimonij». P. FARINACCIO, *Praxis*, cit., q. 144, § Stuprum, nn. 92 e ss. e rinvii *ivi* contenuti.

⁽⁹¹⁾ «Ad fraudem, quae stuprum qualificat, matrimonii promissio potius pertinet, quae aut *vera* posteaque non servata, aut *ficta* stuprum semper praecedat oportet» (G. CARMIGNANI, *Juris criminalis elementa*, cit., §§ 1154 e 1155, p. 176); «...cum vero dolum ponimus, de eo praecipue loquimur, quo quis sub spe futuri matrimonii virginem ad

Il riferimento alla promessa e il richiamo al suo 'perfezionamento' realizzatosi con la copula si fondono con la consolidata retorica delle volizioni dei soggetti fissate nella tutela penale ⁽⁹²⁾. L'alternativa a sposare o dotare (lo stupratore « non può precisamente essere forzato a sposare ») viene meno quando sia provato che lo stupro abbia fatto seguito a promessa di matrimonio: « lo stupratore [può] essere forzato... con comminazione di pene, ed in questo modo essere necessitato all'osservanza della promessa fatta » ⁽⁹³⁾. La coazione al matrimonio non è avvertita come menomazione di libertà; la ricostruzione dei giuristi riesce ad appianare i contrasti tra consenso libero e 'pena' matrimoniale.

Attraverso il richiamo a un'incontaminata onestà femminile deviata *sub conditione*, la promessa di matrimonio si configura come lo spazio privilegiato d'applicazione della presunzione di seduzione. Il tema degli sponsali ⁽⁹⁴⁾ si presenta come strettamente collegato all'illiceità dello stupro semplice: l'obbligo imposto al defloratore si avvale degli schemi di legittimazione della tutela penalistica; il riferimento alla promessa permette d'accordare 'coattivamente' la protezione matrimoniale senza alternative, nega ogni conflitto con la

corruptionem inducit » (G.M. PAOLETTI, *Institutiones theorico-practicae criminales*, lib. VI, tit. II, p. 169).

⁽⁹²⁾ Sulle dispute tra libertà del matrimonio e *matrimonium coactum* è sufficiente rinviare a A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Ad matrimonium contrahere compellitur*, in *Revue de droit canonique*, XXVIII, 1 (mars 1978), pp. 210 e ss.; e a S. BUCHHOLZ, *Recht, Religion und Ehe. Orientierungswandel und gelehrte Kontroversen im Übergang vom 17. zum 18. Jahrhundert*, Frankfurt am Main, 1988, pp. 361 e ss.

⁽⁹³⁾ M.A. SAVELLI, *Pratica universale*, cit., VII, § Stupro, nn. 26 e ss.; ove si cfr. anche la lettura ambigua delle disposizioni del Concilio tridentino riguardo agli sponsali contratti per *verba de futuro*: « ancorché ci fosse promessa giurata per verba de futuro, non deve il promittente esser precisamente forzato... Nondimeno... li sponsali, benché semplici, e non giurati si devono far mantenere ed osservare... ».

⁽⁹⁴⁾ Ai nostri fini è sufficiente rinviare a F. CICCAGLIONE, *Promessa di matrimonio-Sponsali*, in *Enciclopedia giuridica italiana*, XIII, IV, Milano, 1901, in particolare pp. 39 e ss.; F. COPPOLA, *Promessa di matrimonio e sponsali*, in *Il Digesto italiano*, XIX, 2, 1913 (la voce è datata 1909). Sui nessi tra sponsali e stupro cfr. D. LOMBARDI, *Fidanzamenti e matrimoni dal Concilio di Trento alle riforme settecentesche*, in *Storia del matrimonio*, cit., pp. 216 e ss., in particolare pp. 225 e ss.; M. PELAJA, *La promessa*, in *ibidem*, pp. 391 e ss. Riguardo alla scelta dei Parlamenti francesi (di cui si dirà tra poco) volta a negare, già a partire dal XVII secolo, la coattività degli sponsali cfr. A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Ad matrimonium contrahere compellitur*, cit., pp. 214 e ss.

libertà di consentire al matrimonio, elimina ogni possibile applicazione del principio *volenti non fit iniuria*.

5.1. *Un equilibrio in crisi: stupro qualificato da promessa di matrimonio e 'vere' volizioni della donna*

Anche in questo caso è soprattutto l'analisi dei teologi che ci consente di cogliere i mutamenti che si insinuano nella struttura della protezione. Nel caso di 'stupro qualificato da promessa di matrimonio' essi non si oppongono, in nome della libertà del consenso, alla protezione matrimoniale; la loro analisi introduce comunque degli elementi innovativi che non mancheranno d'influenzare la ricostruzione dei giuristi.

La *ratio* dell'imposizione del matrimonio allo stupratore che lo abbia promesso « vero et sincero animo » sta nel necessario adempimento dello stipulato contratto oneroso condizionato ⁽⁹⁵⁾; nel caso in cui la promessa sia stata invece *facta* (« sine animo interno se obligandi vel promittendi, qui appellari solet promissio facta ») ⁽⁹⁶⁾, l'obbligazione non si fonda « in voluntate se obligandi, sed in delicto fraudis » ⁽⁹⁷⁾. Il richiamo alla giustizia commutativa e al contratto oneroso impongono che lo stupratore che si sia avvalso della promessa ⁽⁹⁸⁾ « debeat feminae non solum damnum virginittatis, sed consensum verum in obligationem » ⁽⁹⁹⁾. La presenza della promessa impone dunque il matrimonio senza possibilità d'invocare libertà di scelta (tale libertà è stata, diciamo così, già consumata tutta

⁽⁹⁵⁾ « ex contractu oneroso obligavit se ad rem, quam licite exequi potuit, videlicet se ducturum illam in uxorem, etsi non absolute, sed conditionate: ergo postquam foemina implevit conditionem (quamvis illicite) et ex parte sua complevit contractum, etiam ipse tenetur illum complere... » (E. PIRHING, *Jus canonicum nova methodo explicatum*, cit., IV, n. 54).

⁽⁹⁶⁾ J. DE LUGO, *Disputationes de justitia et de jure*, cit, disp. XII, n. 19.

⁽⁹⁷⁾ « ...ex justitia tenetur vir fraudem hanc tollere, et vere in matrimonio consentire, cum per iniuriam fecte consenserit » (*Ibidem*, n. 56).

⁽⁹⁸⁾ « Si promisit coniugium, et ea spe seu conditione usuram corporis impetravit tenetur eam ducere, etiamsi fecte promississet...ipsa, consentiendo bona fide in copulam pro matrimonio futuro, Ius Iustitiae acquisivit ad ipsius matrimonium, cui iuri non potest ipse satisfacere, nisi consentiendo in matrimonium » (L. LESSIO, *De justitia et jure*, cit., Lib. 2, cap. 10, n. 20).

⁽⁹⁹⁾ J. DE LUGO, *Disputationes de justitia et de jure*, cit, disp. XII, n. 20.

nelle strategie poste in essere dagli amanti per la stipulazione del 'patto').

Il riferimento alla promessa non è però di per sé idoneo a garantire l'onestà della donna e la meritevolezza della protezione; nelle pagine dei teologi infatti la mera presenza della promessa non rinvia ad una presunzione assoluta di seduzione e non impedisce che si ponga comunque al centro dell'attenzione l'onestà delle volizioni dei singoli ponderate caso per caso. La sola presenza della promessa non assicura la protezione; infatti, dando rilievo all'introspezione, si fa cadere il vincolo obbligatorio ogni volta che si possa individuare un colpevole comportamento della donna, una disonestà immeritevole di tutela. La disparità di condizione (quando il seduttore « *longe sit nobilior vel opulentior* ») non è, ad esempio, di per sé valutabile per negare l'imposizione della protezione matrimoniale; tale disparità diviene però rilevante quando permette d'accertare una responsabilità della donna, una sua colpa: « *facile potuit suspicari, ipsum simulate nuptias promittere, ut ea frueretur* ». Allo stesso modo la donna non potrà ritenersi sedotta quando da un'insieme di congetture (« *ut verbis ambiguis uti, inconstanter loqui, nimis uti exaggerationibus* ») avrebbe potuto scorgere la falsità della promessa: « *puella facile potest advertere vel suspicari...* ». In queste ipotesi, si afferma, la donna è in colpa e non le deve essere attribuito alcunché: « *si enim fraudem facile potuit advertere, non praesumitur decepta, sed fingere deceptionem* » ⁽¹⁰⁰⁾. La donna volle essere ingannata e non può che imputare a se stessa il danno ⁽¹⁰¹⁾.

⁽¹⁰⁰⁾ L. LESSIO, *De justitia et jure*, cit., Lib. 2, cap. 10, nn. 22 e ss. Cfr. anche J. DE LUGO, *Disputationes de justitia et de jure*, cit, disp. XII, n. 21: « ...non ille deceptit, sed ipsa sese decipere voluit ».

⁽¹⁰¹⁾ E ancora: la colpa della donna compensa la subita *iniuria* allorché proclama una verginità inesistente (il seduttore non sarà tenuto a nulla « *quia sicut eam deceptit, ita vicissim ab ea deceptus est: itaque est compensatio iniuriae* » (L. LESSIO, *De justitia et jure*, cit., Lib. 2, cap. 10, n. 29). Ma come regolarsi quando l'uomo sapeva che la donna non era vergine e comunque promise il matrimonio? La soluzione di Lessio per cui la donna già corrotta non può esigere la riparazione matrimoniale e deve essere solo risarcita pecuniariamente (« *solum tenetur iudicio prudentis compensare copulam* ») lascia trasparire una valutazione patrimoniale e oggettiva dell'onestà, poco in linea con il primato delle volizioni interiori del soggetto. La soluzione è fornita in contrasto con l'opinione data da Silvestro da Priero nella sua *Summa Summarum* (un testo continua-

I giuristi sono inizialmente meno attenti alle sfumature soggettive; lo stupro qualificato da promessa di matrimonio appare loro perfettamente in linea con le presunzioni poste a difesa dell'onestà: « Virginitas enim praesumitur... et praesumitur etiam seductio..., et seductam sub spe matrimonij virginem praesumendum... »⁽¹⁰²⁾. La seduzione sostiene il fondamento della punibilità dello stupro semplice, ed essa appare più che mai evidente quando è 'qualificata' dalla promessa che ripropone senza incertezze l'immagine dell'onestà femminile. Il semplice richiamo al matrimonio ordina le presunzioni (« semper enim magis pro matrimonio, quam contra praesumi debet »⁽¹⁰³⁾) e la lettura delle volizioni della donna: « ...quod nemo praesumitur jactare vel projicere bona sua (...) Ita multo minus virgo censeatur stupratori concessisse florem virginitatis decerpere, nisi fidem ipsi de matrimonio dedisset; adeoque stuprator spe matrimonii ad hoc facinus committendum ipsam videtur induxisse, et sic virgo in dubio semper decepta et seducta praesumitur »⁽¹⁰⁴⁾. La presunzione di seduzione (« Virgo spe matrimonii fuerit seducta ») sostiene l'intera rappresentazione dei giuristi, fa sì che non si affaccino dubbi sulla meritevolezza della protezione da parte della vittima e impone che la sola prova della promessa imponga l'applicazione della 'pena'⁽¹⁰⁵⁾.

mente richiamato dagli Autori della Seconda Scolastica): « ...si sciebat eam non esse virginem; et promisit ei matrimonium fecte, ad obtinendam copulam, ea secuta, tenebitur illam ducere, si ipsa velit; quia ipse deceptus non fuit, et illa ex parte sua, praestitit conditionem contractus, ita docet Sylvest. (...) Contrarium tamen esse verius (...) quare sufficet compensare pecunia. Ratio est quia corrupta, exigendo tali matrimonio pro corporis sui usura, nimius exigit. Non enim tanti aestimatur copula cum corrupta, ut matrimonio eius debeat compensari » (L. LESSIO, *De justitia et jure*, cit., Lib. 2, cap. 10, n. 31). Cfr. anche J. DE LUGO, *Disputationes de justitia et de jure*, cit, disp. XII, n. 24.

⁽¹⁰²⁾ « ...quae enim puella, tam fatua existimanda est, quae virginitatem suam, sine hac spe amasio tribuere velit, cum puellarum omnium votum sit se in matrimonium collocare, ac coniungere ». G. BASILICO, *Decisiones criminales*, cit., Decisio 15, n. 20.

⁽¹⁰³⁾ « Et in dubio coniectura capienda est, quod cognoscens aliquam, cognoverit eam tanquam futuram uxorem, non causa libidinis, ad tollendam fornicationis praesumptionem... » (B. CARPZOV, *Practica*, cit., pars II, q. 68, n. 97).

⁽¹⁰⁴⁾ B. CARPZOV, *Practica*, cit., pars II, q. 68, n. 98.

⁽¹⁰⁵⁾ « stuprator... praecise stupratam ducere cogatur, quando ei matrimonium promisit, et puella sub spe matrimonii promissi in concubitum consensit » (B. CARPZOV, *Practica*, cit., pars II, q. 68, n. 91); « ...si stuprator induxit mulierem spe futuri

Anche nelle analisi dedicate dai giuristi allo stupro qualificato dalla promessa di matrimonio comincia però ad affiorare il dubbio di una possibile colpa della donna: con lo sguardo rivolto alle pagine di Lessio e di Lugo, si tende a incrinare la presunzione di seduzione, a verificare caso per caso la volontà onesta della donna. Il fondamento penale torna a intrecciarsi con quello obbligatorio: il termine *poena* si alterna con *obligatio*; reliquie di una meritevolezza 'assoluta' della protezione (collegata cioè alla presunzione assoluta di seduzione) si incrociano con la più sofisticata indagine soggettiva tratta dai testi dei teologi. Si parla « de satisfactione stupratae in casu promissi matrimonii » avendo contemporaneamente nella mente la prassi penalistica e la configurazione obbligatoria: « Stuprata sub conditione consensit... ius acquisitum habet stuprata ad ipsius matrimonium » (106). Il matrimonio si presenta come pena e come necessario adempimento dell'obbligazione in forma specifica: la sola presenza della promessa (*vera* o *ficta* che sia) è la base di un'ingiustizia su cui si fonda il diritto della donna onesta alla protezione (*stuprator ducere stupratam cogitur*) (107); al tempo stesso però la riparazione matrimoniale non appare più collegata in modo oggettivo alla sola promessa, l'onestà della donna non traspare dalla presunzione di seduzione ma deve essere valutata continuamente, escludendo di volta in volta una sua colpa che la renda indegna della protezione (108).

matrimonii ad peccatum non condemnatur cum alternativa, sed praecise cogitur ad puellam stupratam ducendum... » (G.D. RINALDI, *Observationes criminales, civiles et mixtae*, cit., II, cap. XXIII, n. 66; e n. 78). Si cfr. anche J.P. LUDEWIG, *Differentiae juris Romani et Germanici in stupro sub matrimonii spe*, cit., pp. 14 e ss.

(106) « Quando sub promissione matrimonii in stuprum consensit vitiata, tunc ex promissione jus quaesitum, et promissorem obligatum habet, ad matrimonium consummandum » (B. BARDILI, *Tractatio juridica de satisfactione stupratae*, cit, pars II, n. 1, p. 65).

(107) « nihil interest, sive bona fide promiserit matrimonium, sive animo eam decipiendi. Nam foemina sub tali conditione consensit in stuprum... »; « Promissione itaque matrimonii probata, stuprator... ducere stupratam cogitur... » (B. BARDILI, *Tractatio juridica de satisfactione stupratae*, cit, pars II, n. 18 e n. 38).

(108) E in ciò ci si affida ampiamente alle analisi di Lessio. Lo si veda, ad esempio, in B. BARDILI, *Tractatio juridica de satisfactione stupratae*, cit., riguardo alle ipotesi in cui non si è tenuti alla *satisfactio stuprate in casu promissi matrimonii*: per « inaequalitatem personae » (« facile potuisse suspicari stupratam, ipsum simulate nuptias promittere », n. 41, p. 74); « si ex conjecturis potuit deprehendere vitiata, eum non sincere agere »

La meritevolezza della protezione resta affidata alla tenuta dell'immagine dell'onestà iscritta nella presunzione di seduzione; ma anche la promessa di matrimonio, pur evocando immediatamente pericolose strategie seduttive, non riesce più a configurare in termini assoluti l'onestà della donna. L'indagine soggettiva diviene più puntuale e si sottrae alle presunzioni; resta ferma la richiesta dell'onestà femminile, ma diviene sempre più severa la lettura delle apparenze.

Le stesse incertezze sono percepibili in modo ancora più netto nel contesto francese. Abbiamo visto come la legislazione sul *rapt de séduction* tendesse a negare qualsiasi alternativa matrimoniale e ad imporre con decisione la sola pena capitale a difesa dell'onore delle famiglie; inoltre la solennità del contratto di matrimonio era stata invocata con nettezza dai Parlamenti per negare una tutela matrimoniale coattiva riferita agli sponsali ⁽¹⁰⁹⁾. La configurazione della protezione per l'onestà femminile violata stenta in questo quadro ad essere fissata con nettezza attorno al principio 'nubere aut dotare'; la struttura della protezione giuridica per l'onestà della donna, anche se in un ambito più circoscritto, si ripropone però immutata, la sua sopravvivenza resta comunque affidata alla tenuta della rappresentazione racchiusa nella presunzione di seduzione.

Nel *rapt de séduction*, come abbiamo visto, la presunzione di seduzione è tutta giocata, con molte ambiguità, sul fronte della

(« ...sibi imputet, quod tam leviter consenserit: debebat enim suspicari talem seducere et ficte verba proferre », nn. 20 e ss., p. 70); come sanzione per aver finto di essere vergine (« Cessat obligatio ducendi si se virginem dixerit, et talem non deprehenderit »; « ...foeminam honeste viventem stuprator ducere tenetur, non eam, quae jam ante est ab alio vitata », n. 48 e ss., p. 76). L'autore si distacca da Lessio solo nel ritenere vincolante la promessa fatta nei confronti della donna « si sciverit eam non esse virginem »: « teneri eam ducere, quia deceptus non fuit » (nn. 52 e ss., p. 77).

⁽¹⁰⁹⁾ In Francia i Parlamenti, affidandosi agli stessi principi della libertà del matrimonio affermati dal diritto canonico e alla solennità del contratto di matrimonio data nella *ordonnance* di Blois, negano con decisione a partire dal XVII secolo la possibilità di costringere al matrimonio in riferimento ai soli sponsali e si limitano a condannare, sia pure con molti contrasti, solo *aux dommages et intérêts*. In tale processo « les fiançailles perdent leur caractère de *matrimonium initiatum* que leur conservait leur effect obligatoire et prennent leur visage moderne » (A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Ad matrimonium contrahere compellitur*, cit., p. 216). Riguardo all'*Ordonnance* di Blois cfr. sopra nota 14.

sanzione penale 'pura'; da questa ipotesi si distinguevano le pene comminate per il *commerce illicite*. Come si giustifica però « la peine pecuniaire », « les dommages et interêts relatifs à la mère », attribuita nel caso di « commerce illicite »?

La protezione riesce ad essere attribuita solo evocando la riprovevolezza della seduzione ⁽¹¹⁰⁾, riproponendo 'l'antica' rappresentazione della vittima onesta degna di tutela, soprattutto quando si è in presenza di una promessa di matrimonio, di un *crime de stupre avec promesse de mariage* ⁽¹¹¹⁾.

L'assunto da cui parte Jean François Fournel nel suo 'trattato' della seconda metà del Settecento sulla seduzione è a prima vista sconcertante: « La commune opinion regarde la séduction comme un délit qui donne à la fille abusée le droit d'en poursuivre la réparation contre le coupable: mais c'est visiblement une erreur; la séduction n'est un délit ni public ni privé » ⁽¹¹²⁾. Il fondamento unitario della protezione giuridica è scomparso: nel *Traité de la séduction* non si utilizza l'argomento della presunta onestà femminile, non ci si affida all'immagine di un costante dissenso, di un consenso apparente, non vero. Lo stupro semplice — si afferma — non può essere considerato 'délict public' perché, essendo « l'ouvrage de deux personnes », presentando « deux coupables », non può ottenere un trattamento giuridico differenziato per l'uomo e la donna ⁽¹¹³⁾; né può essere 'délict privé' per la semplice ragione per cui '*volenti non fit iniuria*': « ...lorsque le succès du séducteur n'est dû qu'à l'abandon volontaire de la fille, qu'il est l'effet de son plein consentement, elle ne doit se plaindre que d'elle même et de

⁽¹¹⁰⁾ Con la conseguente difficoltà di distinguere questa ipotesi di seduzione connessa con il *commerce illicite* da quella del ratto di seduzione. Cfr. quanto si è detto sopra (in II. 2) e B. DURAND, *Aut nubere aut dotare*, cit., pp. 281 e ss.

⁽¹¹¹⁾ Sulla fortuna retorica della figura anche nelle strategie argomentative delle « séduite et abandonnée », cfr. A. FARGE, *La vie fragile*, cit., cap. III, pp. 37 e ss.

⁽¹¹²⁾ J.F. FOURNEL, *Traité de la séduction*, cit., p. 5. Qui il termine *séduction* è utilizzato dall'Autore come sinonimo di stupro semplice.

⁽¹¹³⁾ « si la séduction étoit considérée comme un délict public, il y a auroit deux coupables, puisqu'il est nécessairement l'ouvrage de deux personnes; et cette hypothèse, loin d'assurer à l'un des complices une action lucrative contre l'autre, les envelopperoit tous deux dans la même condamnation » (*ibidem*).

l'insuffisance de sa vertu » (114). Il consenso della donna è reale, non è intravisto attraverso il velo delle presunzioni; la donna non è vittima, ma è responsabile della sua onestà e dell'insufficienza della sua virtù (« les tribunaux n'accordent point à la débauche les réparations qui ne sont ordonnées que pour secourir la vertu séduite ») (115).

Come giustificare allora « les dommages et intérêts » attribuiti nel caso di 'commerce illicite'? In base a quale 'titolo' è possibile proteggere « la fille abusée »? « Quel est — si chiede Fournel — le principe et la nature de son action? » La risposta implica un confronto con le presunzioni di onestà della donna, impone collegamenti tra protezione e 'virtù sedotta'.

Il fondamento giuridico della riparazione è rintracciato presumendo un patto che è disegnato utilizzando ancora la consolidata retorica della seduzione: lo stupro semplice, il *commerce illicite*, si realizza solo perché è stato preceduto da una promessa di matrimonio; tale patto è lecito ed è da presumere perché conforme alle 'vere' volizioni della donna, « la stipulation est si naturelle, si vraisemblable » (116).

È dalla promessa (presunta) che scaturisce l'azione civile riconosciuta alla donna; tale protezione appare un rimedio sussidiario rispetto all'inesigibilità del matrimonio: « elle n'a point d'action pour le contraindre au mariage, parce que l'essence de ce Sacrement est ennemie de toute contrainte: mais au moins elle a une action en dommages et intérêt pour l'exécution de sa promesse » (117). La ricostruzione rievoca tutte le argomentazioni dello schema della

(114) J.F. FOURNEL, *Traité de la séduction*, cit., pp. 6 e 7.

(115) Così alla voce *Fornication* (a firma Desessarts) in MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Bruxelles, 1826⁵, p. 305.

(116) « quand une fille a la malheur de sentir sa vertu chanceler, il n'est point contraire aux bonnes mœurs d'exiger de son séducteur qu'il se hâtera de lui donner le titre d'épouse légitime, et de réparer, par le Sacrement, les fuites affligeantes attachées à sa faiblesse. C'est sous cette condition qu'une fille est toujours présumée avoir succombé; la stipulation est si naturelle, si vraisemblable, que de tout temps elle a été supposée de droit, sans que la fille ait besoins d'en représenter de titré par écrit: *Virgo non est existimanda adeo fatua, ut virginitatem suam, sine promissione matrimonii, amasio velit tribuere, cum puellarum omnium votum sit se in matrimonio collocare* » (e qui si richiama confusamente l'autorità di Claro, Farinaccio, Rinaldi, Damhouder...). J.F. FOURNEL, *Traité de la séduction*, cit., pp. 8 e 9.

(117) *Ibidem*, p. 9.

persuasio, ripropone le stesse immagini, utilizza le stesse congetture per sostenere la presunzione e per relativizzarla quando emerge un volontario « sacrifice de sa vertu » ⁽¹¹⁸⁾.

Se si vuole conservare la protezione, la rappresentazione dello « abandon volontaire de la fille », del suo pieno consenso e della sua responsabilità per « l'insuffisance de sa vertu » deve cedere nuovamente il posto alle presunzioni: si presume che il seduttore abbia fatto la promessa, la gravidanza fa di per sé presumere un consenso femminile condizionato e virtuoso (*stuprata sub conditione consentit...*). E le presunzioni diventano ancora più numerose quando ci si confronta con il tema della ricerca della paternità, degli alimenti, dell'attribuzione provvisoria di *frais de gesine*. Presumere la piena onestà della donna, negare la veridicità del suo 'colpevole consenso' resta essenziale per l'attribuzione della protezione.

Evocare la promessa di matrimonio è dunque lo strumento più sicuro per riattivare la presunzione di seduzione e per giustificare la protezione accordata; ma la ricomposizione di un'immagine femminile onesta da porre a fondamento della tutela è nel XVIII secolo sempre più difficile da realizzare. Rappresentazioni opposte della donna si sovrappongono oramai negli stessi testi e incrinano il fondamento giuridico della protezione: la donna che volontariamente ha rinunciato al suo pudore si scontra nell'immaginario dei giuristi con quella che strenuamente difende la sua virtù, l'analisi soggettiva dell'onestà si oppone alle sedimentate rappresentazioni delle volizioni femminili racchiuse nella stessa presenza della tutela. L'immagine femminile disegnata in una pagina, nega la presunzione richiamata nella pagina seguente; e sempre più la ricostruzione soggettiva dell'onestà della donna posta a sostegno della struttura

⁽¹¹⁸⁾ « l'action accordée à la fille abusée ne dérive que de la présomption d'une promesse de mariage, il résulte qu'elle cesse d'avoir lieu, ci cette présomption est détruite par quelque circonstance » (*ibidem*, p. 11). E così la presunzione non potrà essere utilizzata dalla prostituta (« Elle ne peut pas demander des dommages et intérêts, puisqu'elle ne peut pas alléguer une promesse de mariage »; *ibidem*, p. 31); né dalla concubina, *la femme entretenue* (« elle n'en a point à prétendre, parce qu'elle ne peut point alléguer qu'elle n'a fait le sacrifice de sa vertu que sous la promesse de mariage »; *ibidem*, p. 35).

protettiva non appare scaturire da un principio giuridico, ma solo da esigenze di ‘misericordia’, di ‘carità’ ⁽¹¹⁹⁾.

6. *Rimedi sussidiari al matrimonio e presunzioni di onestà*

Anche quando la donna stuprata si presenta come madre, e ciò accade nella maggioranza dei casi, per richiedere una protezione che tocca direttamente l’interesse del figlio, resta essenziale nel discorso dei giuristi presumere la sua onestà. Al fatto stesso dello stupro (ai consolidati riferimenti alle volizioni soggettive iscritte *in re ipsa* nello stupro) si collegano conseguenze rilevanti in tema di alimenti e di paternità. Nel momento in cui accorda quelle tutele il giurista presuppone parole, gesti, volizioni così come emergono dallo stupro; la meritevolezza delle diverse protezioni è fondata nella stessa illiceità dello stupro che continua ad essere osservato attraverso il filtro di presunzioni che rendono la donna degna della tutela: negano la veridicità di un colpevole consenso della vittima, esaltano le responsabilità e l’esigenza di una sanzione nei confronti dell’uomo.

Le tutele possono essere giustificate appieno solo in quanto appaiono comunque riferibile al *praesumitur seducta* che sostiene l’intero quadro costruttivo. Gli alimenti si presentano così senza problemi come una pena accessoria alla pena principale comminata per lo stupro ⁽¹²⁰⁾: « etiam stuprator tenetur capere, et alere prolem nascituram ex stuprata... » ⁽¹²¹⁾; « puniuntur etiam stupratores in hoc, ut teneantur alere prolem ab ipsis genitam... » ⁽¹²²⁾; « ...stuprator praeter dotationem tenetur etiam partum seu infantem

⁽¹¹⁹⁾ Un tema questo che — come vedremo — rimarrà sullo sfondo delle ricostruzioni giuridiche penalistiche e civilistiche di tutto il XIX secolo.

⁽¹²⁰⁾ Pur collegandosi come pena accessoria alla pena principale, l’*onus alendi* è configurato in modo particolarmente ampio soprattutto per l’attribuzione provvisoria degli alimenti (utilizzando D. 25, 3, 5): cfr., per tutti, B. BARDILI, *Tractatio juridica de satisfactioe stupratae*, cit., pp. 59 e ss.

⁽¹²¹⁾ G.B. BAIARDI, *Additiones ad Clarum*, cit., ad § Stuprum, n. 10.

⁽¹²²⁾ M.A. SAVELLI, *Summa*, cit., § Stuprum, n. 7. Cfr. anche A. TESAURO, *Novae decisiones Sacri Senatus Pedemontani*, cit. Decisio 3, n. 7.

alere » (123); « ...obstringitur etiam stuprator ad alimentationem infantis ex stupro procreati » (124). È l'ingiustizia del reato che impone l'obbligo agli alimenti: la 'pena' degli alimenti si affianca al dotare o sposare ed evidenzia 'l'interesse privato' della donna e del figlio alla sanzione nei confronti del colpevole (« interesse privatum stupratae et infantis ex stupro procreati concernunt » (125)). Essendo gli alimenti l'unico diritto accordato senza problemi ai figli *naturali*, il tema interseca quello dell'accertamento della paternità che si presenta a sua volta come 'sanzione' collegata allo stupro (126).

La rappresentazione consolidata dello stupro (con il consueto riferimento alla seduzione) sostiene così le varie 'sanzioni' e si interseca con le caratteristiche giuridiche dei diversi istituti in questione: il *favor alimentorum* (127) fa sì che la presunzione di seduzione si riproponga come assoluta in tema di alimenti (soprattutto quando sono attribuiti a titolo provvisorio); l'accertamento della paternità, che pur esige strumenti probatori più specifici (128), non

(123) « Immo pater stuprator non solum infantem alere, sed etiam matri, si inops est, et infantem lactare non possit, alimenta praestare tenetur, ne infans ex inopia matris lacte destituatur ». M. BERLICH, *Conclusiones practicabiles*, cit., V, conclusio 38, nn. 41 e 44.

(124) B. CARPZOV, *Jurisprudentia*, cit., IV, constit. 27, def. V; nonché B. CARPZOV, *Practica*, cit., pars II, q. 68, nn. 104 e ss.

(125) Cfr. B. CARPZOV, *Practica*, cit., pars II, q. 68, n. 10. La rilevanza della tema emerge dallo stesso titolo della *Quaestio* 68: « De stupro, dotatione puellae stupratae, et alimentacione infantis ex stupro procreati ». La distinzione tra 'interesse pubblico' (rintracciabile nella pena del carcere) e quello 'privato' della donna e del figlio (matrimonio o dote; alimenti) è prospettata solo come ripartizione pratica ed espositiva; in realtà il fondamento 'privato' e quello 'pubblico' si confondono inevitabilmente nel 'crimine di stupro'.

(126) Cfr. E. KOCH, *Pater semper incertus*, in *Rechtshistorisches Journal*, 9 (1990), pp. 107 e ss.; A. LEVEBVRE-TEILLARD, *L'enfant naturel dans l'ancien droit français*, in *Recueils de la Société Jean Bodin*, XXXVI (L'enfant), 2, Bruxelles, 1976, pp. 251 e ss.

(127) Cfr. G.S. PENE VIDARI, *Ricerche sul diritto agli alimenti. I. L'obbligo 'ex lege' dei familiari nei giuristi dei secc. XII. XIV*, Torino, 1972, pp. 177 e ss.

(128) Un'ampia analisi della questione è presente in Cuturi che presta particolare attenzione alla giurisprudenza della Rota Romana (l'Autore si sforza di mostrare le differenze rispetto alla prassi francese per sottrarre tutta la prassi di antico regime dalla generalizzata critica riguardo agli abusi). T. CUTURI, *Studi sulla dichiarazione giudiziale della paternità dei figli naturali con particolare riferimento al diritto civile francese e al diritto civile italiano*, in *Annali dell'Università di Perugia*, Nuova serie, I, Perugia, 1891, pp. 365 e ss.

riesce a svincolarsi dal fondamento penalistico della tutela, né può fare a meno di richiamare le presunzioni di seduzione: « Praesumitur amore vel spe matrimonii allecta ad sui copiam faciendam amasio »⁽¹²⁹⁾.

Sia che si tratti di alimenti che di ricerca della paternità la struttura dell'impianto protettivo si presenta dunque come fondata sull'idea della sanzione e, riguardo al suo complessivo fondamento, si lega agli equilibri dell'architettura penalistica: la donna meritevole di tutela è (deve essere) onesta; è meritevole di protezione in quanto 'non consenziente', vittima innocente di colpevoli strategie seduttive. Ogni protezione giuridica collegata alla sfera delle relazioni sessuali fuori dal matrimonio ripropone la retorica del modello dell'onestà, evoca (o richiama esplicitamente) le presunzioni poste a suo fondamento. Il giurista legittima di volta in volta ogni singola protezione riaffermando la tenuta di quel modello: ripropone le presunzioni ed evoca il canovaccio della meritevolezza della tutela iscritto oramai da secoli nello strumentario che utilizza.

Nel momento in cui si incrina il fondamento unitario della tutela, nel momento in cui le finzioni dei giuristi non sono più in grado di contenere le contraddizioni insite nel modello dell'onestà, di saldare assieme protezioni oggettiva e lettura delle volizioni dei singoli, l'intero sistema delle protezioni appare in crisi. I giuristi di antico regime si sforzano di conservare ancora un equilibrio tra i diversi aspetti, tentano di mantenere intatte alcune protezioni (in particolare quelle relative agli alimenti), ma sono incapaci di svincolarsi dall'impianto complessivo dell'onestà. Il discorso diviene inevitabilmente contraddittorio: presunzioni negate al fine di accordare la sanzione 'propria' del dotare o sposare, sono ampiamente utilizzate in tema di alimenti e riaffiorano per l'accertamento della paternità. I giuristi hanno familiarità con le distinzioni (ciò che 'vero' in un contesto può rappresentare una mera apparenza in un'altra situazione); è difficile però riproporre in singoli frammenti un modello generale di cui si dubita, in cui non si crede: il comune fondamento delle diverse protezioni rende difficile una loro piena

⁽¹²⁹⁾ V. la citazione in T. CUTURI, *Studi sulla dichiarazione giudiziale della paternità dei figli naturali*, p. 375.

autonomia e genera inevitabili confusioni sia nella prassi che nella dottrina. In altre parole: lo scardinamento dell'impianto 'oggettivo' della protezione dell'onestà tende progressivamente a porre in discussione tutte le tutele (anche quelle sussidiarie). Il progressivo capovolgimento delle presunzioni di onestà della donna, la più esigente verifica della 'onestà interiore' e della 'volontà libera' tendono a coinvolgere l'intero quadro delle protezioni sino a toccare anche la ricerca della paternità e gli alimenti ⁽¹³⁰⁾.

6.1. Creditur virgini...

Creditur virgini dicenti se ab aliquo cognitam et ex eo praegnantem esse: la massima di Favre, utilizzata dalla giurisprudenza al fine di accordare a titolo provvisorio gli alimenti ⁽¹³¹⁾, sarà assunta senza tante distinzioni a simbolo degli 'abusi delle donne' e delle disfunzioni di antico regime; segno di un decadimento dei costumi, della fine dell'onestà ⁽¹³²⁾. Individuare con precisione l'ambito di opera-

⁽¹³⁰⁾ Il divieto della ricerca della paternità sarà affermato negli anni della Rivoluzione e poi mantenuto nel Codice Napoleone: la ricerca della paternità si presentava come il simbolo degli abusi della società di antico regime, espressione di una costruzione coattiva degli assetti familiari in netta antitesi con la visione rivoluzionaria della paternità, pericoloso privilegio giuridico accordato a donne 'non oneste'. Cfr. *infra* III.3. Il percorso dell'area tedesca si presenta diverso soprattutto perché non sarà caratterizzato dal netto divieto di ricerca di paternità; cfr. M. BORS, *Bescholtene Frauen vor Gericht. Zur Rechtsprechung des Preussischen Obertribunals und des Zürcher Obergerichts auf dem Gebiet des Nichtehelichesrechts*, Frankfurt am Main, 1998, pp. 29 e ss.; B. HARMS-ZIEGLER, *Illegitimität und Ehe. Illegitimität als Reflex des Ehediskurses in Preussen im 18. und 19. Jahrhundert*, Berlin, 1991.

⁽¹³¹⁾ J.F. FURNEL, *Traité de la séduction*, cit., pp. 99 e ss. Sul punto si cfr. N. ARNAUD-DUC, *L'entretien des enfants abandonnés en Provence sous l'ancien régime*, in *Revue historique de droit français et étranger*, 47 (1969), p. 45. Riguardo alle confusioni interpretative generate dall'uso di tale presunzione cfr. A. LEFEBVRE-TEILLARD, *L'enfant naturel*, cit., pp. 261 e ss.; sempre della stessa Autrice, si cfr. *Introduction historique au droit des personnes*, cit., pp. 314 e ss.; e *Mulieri asserenti se ex operibus alicuius praegnantem an credi debeat, etiamsi hoc medio affirmet iuramento? Les origines d'une célèbre 'decisio' de N. Boerius*, in *Proceedings of the IXth International Congress of Medieval Canon Law*, Città del Vaticano, 1996 (è partendo dalla *decisio* 299 di Nicolas Bohier che Favre forgerà la massima *creditur virgini...*).

⁽¹³²⁾ Le pagine più fortunate sul punto saranno quelle di Joseph Michel Antoine Servan (saranno analizzate nell'ultimo paragrafo del presente capitolo).

tività della presunzione, mostrare come essa non fosse generale e non coinvolgesse la paternità ma aspetti più circoscritti, serve ad individuare errori e imprecisioni ⁽¹³³⁾, ma non aiuta a spiegare la loro origine profonda, il perché della riproposizione costante dell'argomento. Non si tratta solo della fortuna di « une erreur de Denizard » o di una colpevole svista di Demolombe ⁽¹³⁴⁾, la protesta contro l'applicazione di una protezione giuridica accordata in base ad una *simple déclaration* della madre che costringe un cittadino (spesso — si aggiunge — ignaro del fatto, innocente) a farsi carico di una « femme en couches et d'un enfant au berceau » ⁽¹³⁵⁾, si presta ad essere generalizzata perché mostra appieno la fragilità del nesso tra protezioni oggettive ed onestà delle volizioni della donna. Le erronee generalizzazioni ottocentesche della critica sono significative di quanto arbitrario fosse considerato un collegamento tra protezione ed onestà della donna affidato a presunzioni; ribadiscono l'esigenza di porre in primo piano il tema della responsabilità, della volontà, della 'colpa' e degli 'abusi' delle donne senza ricorrere a particolari filtri giuridici. Le fortune della massima '*Creditur virgini...*' si legano alla sua capacità di mostrare la crisi dell'equilibrio del modello dell'onestà di antico regime, l'inadeguatezza dei nessi giuridici tra 'vera' onestà e tutele. La generalizzazione del riferimento a quella massima per caratterizzare l'intero sistema d'antico regime come fondata sugli 'abusi', più che per l'erronea lettura della prassi giurisprudenziale, è significativa per la richiesta in tutti i settori del giuridico di nuove e più coerenti corrispondenze tra responsabilità e sanzione, tra vera onestà femminile e sua protezione ⁽¹³⁶⁾.

Si tornerà in seguito sul tema degli 'abusi' e dei loro nessi con la valorizzazione giuridica del consenso della donna; invece qui giova soffermarsi ancora sulla struttura delle protezioni sussidiarie accordate in antico regime.

In tema di alimenti e di paternità l'aspetto dominante è l'esi-

⁽¹³³⁾ Cfr. P. BARET, *Histoire et critique des règles sur la preuve de la filiation naturelle en droit français et étranger*, Paris, 1872, pp. 34 e ss.

⁽¹³⁴⁾ *Ibidem*, pp. 39 e 45.

⁽¹³⁵⁾ *Ibidem*, p. 43.

⁽¹³⁶⁾ È quanto sarà più volte ribadito nei dibattiti volti a fissare nel *Code Civil* il divieto di ricerca della paternità. Si cfr. sulla questione *infra*, III. 3. 2.

genza di una protezione oggettiva per il figlio. Occorre comunque assicurare un padre al fanciullo (« il faut pour l'intérêt public et celui de l'enfant assigner à celui ci un père qui prenne soin de son éducation ») ⁽¹³⁷⁾, provvedere al sostentamento del fanciullo: la lettura delle responsabilità individuali è modulata in relazione a questo obiettivo; e, così come accadeva di fronte al contrasto proposto dalla protezione accordata a donne *sive volentibus sive nolentibus*, il richiamo ad un assetto ordinato delle volizioni della donna giustifica tale struttura oggettiva della protezione.

Le massima *creditur virgini* si lega a questo impianto presuntivo dell'onestà. Esigenze di 'ordine pubblico' impongono che si presti fede alle dichiarazioni della madre, che si operi una lettura delle apparenze indirizzata ad accordare la protezione individuando comunque 'un colpevole' (sanzionando dunque l'illiceità del comportamento maschile ed assumendo lo schema della donna come vittima). La preminenza dell'esigenza oggettiva della protezione colloca

⁽¹³⁷⁾ *Il faut un père à l'enfant* afferma Fournel, e sulla scia di questa affermazione traccia un sistema protettivo caratterizzato dalla primaria esigenza di assicurare la sopravvivenza del figlio, imponendo una sanzione all'uomo (qui non emerge, si badi bene, nessun riferimento alla necessità di sanzionare il colpevole consenso della donna che pur caratterizza altre pagine dello stesso autore; l'esigenza di fissare una protezione è prevalente): « Bien que le commerce entretenu par la fille avec plusieurs hommes rende naturellement la paternité équivoque, c'est néanmoins une chose certaine que la paternité appartient à quelqu'un; ... Or, puisqu'il faut pour l'intérêt public et celui de l'enfant assigner à celui ci un père qui prenne soin de son éducation, on ne peut le chercher que parmi ceux qui ont fréquenté la mère. Inutilement dira-t-on que dans une recherche aussi obscure, on risque de condamner l'innocent et de sauver le coupable. D'abord il faut avouer que la déclaration faite par la mère est un grand préjugé... En second lieu,... les Magistrats ne craignent point de faire une injustice, en chargeant de l'éducation de l'enfant celui qui peut au moins en être le père et qui n'offre aucun moyen plausible pour la négative. De deux possibilités, il faut choisir celle qui étant plus vraisemblable, est aussi la plus utile à l'enfant. Il lui faut un père... Après tout, l'objet des Magistrats n'est pas de rencontrer nécessairement l'auteur de la paternité naturelle; il suffit qu'il y ait dans les présomptions de quoi asseoir une paternité vraisemblable. Celui sur qui elle tombe, ne doit imputer qu'à son imprudence et à son inconduite, de s'être exposé à ce soupçon » (J.F. FOURNEL, *Traité de la séduction*, cit., pp. 120 e 121). La motivazione di Fournel che sottolinea tutte le esigenze oggettive sottostanti alla protezione è guardata con scettico distacco nell'Ottocento, allorché si tenta di spiegare in maniera assolutamente lineare il modello di antico regime (cfr. P. BARET, *Histoire et critique des règles sur la preuve de la filiation naturelle*, cit, pp. 23 e ss.).

solo sullo sfondo la figura femminile: il discorso sulle responsabilità, sulla ‘colpa’ della donna è assorbito dal solito riferimento alla retorica della seduzione cui resta affidato il compito di ricordare protezione e difesa dell’onestà, di giustificare la presunzione di veridicità delle dichiarazioni femminili. È l’impianto stesso delle struttura protettiva ad imporre che si creda alle parole della donna, che si presti fede al suo racconto ai fini della configurazione della protezione.

La vicenda delle *déclarations de grossesse* diffuse in Francia dal XVI agli inizi del XIX secolo ripropone di continuo questo schema giuridico, riconferma cioè uno schema ‘oggettivo’ di protezione per la donna affermato dalla prassi in relazione ad un richiamo all’onestà della donna ‘sedotta’⁽¹³⁸⁾. Imposta da un editto di Enrico II del febbraio del 1556 la *déclaration* era stata pensata come misura preventiva dell’infanticidio; con provvedimento (tanto severo quanto giuridicamente rozzo) si poneva a carico della donna una vera e propria presunzione d’infanticidio (« soit telle femme tenue et réputée d’avoir homicidé son enfant ») allorché la gravidanza fosse stata occultata⁽¹³⁹⁾. Più che come strumento di prevenzione contro l’infanticidio, la *déclaration* si affermò in continuità con prassi antecedenti soprattutto come richiesta rivolta contro un colpevole, il seduttore (l’indicazione è sufficiente perché egli sia tenuto a provvedere ai primi immediati bisogni del fanciullo e della stessa donna⁽¹⁴⁰⁾). La protezione giuridica si legittima in riferimento ad

⁽¹³⁸⁾ N. ARNAUD-DUC, *L’entretien des enfants abandonnés en Provence sous l’ancien régime*, cit., pp. 31 e ss.; M.C. PHAN, *Les déclarations de grossesse en France (XVI^e-XVIII^e siècles)*. *Essai institutionnel*, in *Revue d’histoire moderne et contemporaine*, XXII, 1975, pp. 61-88; J.L. FLANDRIN, *Les amours paysannes. Amour et sexualité dans les campagnes de l’ancienne France (XVI^e-XIX^e siècles)*, Paris, 1975, pp. 225 e ss.; M.C. PHAN, *Les amours illégitimes. Histoires de séduction en Languedoc*, cit.

⁽¹³⁹⁾ Si richiedeva anche l’assenza del battesimo e di sepoltura pubblica del neonato. Cfr. J.F. FOURNEL, *Traité de la séduction*, cit. pp. 363 e ss.; M.C. PHAN, *Les déclarations de grossesse en France*, cit., p. 76.

⁽¹⁴⁰⁾ « En érigent la déclaration de grossesse en moyen de se prémunir contre la présomption d’infanticide, il ne fait que conférer une valeur supplémentaire à la déclaration-requête contre le séducteur; et effectivement la quasi-totalité des déclarations censées faites pour satisfaire à l’édit sont en même temps des requêtes contre le père présumé » (M.C. PHAN, *Les déclarations de grossesse en France*, cit., p. 87). Riguardo ai nessi con prassi antecedenti cfr. i cenni contenuti in R. AUBENAS, *Note sur quelques*

una 'recita' sempre uguale dei ruoli su cui è inutile insistere: è la stessa fissata nelle presunzioni dei giuristi volte a sostenere il perdurare di una tutela oggettiva ⁽¹⁴¹⁾. Pur toccando direttamente aspetti 'di ordine pubblico' come la repressione dell'infanticidio (che si staglia però sempre più sullo sfondo) e la cura (la sopravvivenza) del figlio, le protezioni giuridiche collegate all'illiceità della relazioni sessuali fuori dal matrimonio non riescono ad essere svincolate dalla retorica del modello dell'onestà: la riparazione affiora come 'prezzo dell'onore' ⁽¹⁴²⁾ e, anche quando non si pone direttamente in primo piano l'onestà della donna, si è comunque costretti a riproporre l'equilibrio tra esigenze oggettive e presunzioni di consenso, a far affiorare le letture delle apparenze, a invocare la forza della seduzione come strumento idoneo a rendere giuridicamente invisibile il consenso prestato dalla donna.

Pressata dall'esigenza di eliminare gli 'abusi' la giurisprudenza diviene sempre più esigente nei confronti della donna incinta ⁽¹⁴³⁾: a partire dalla metà del Settecento, un 'mutamento della mentalità' introduce una diversa retorica che nega la giustizia di una costante operatività della 'sanzione' nei confronti del seduttore ⁽¹⁴⁴⁾. L'intera vicenda si collega all'incrinarsi dell'equilibrio dell'assetto dell'onestà, all'incapacità del giuridico d'opporre le sue presunzioni all'individualizzazione delle responsabilità, alla necessità di una valoriz-

aspects de la recherche de la paternité naturelle en pays de droit écrit à la fin du moyen-âge, in Recueil de memoires et travaux publiés par la société d'histoire du droit et des institutions des anciens pays du droit écrit, f. II, 1955, pp. 1 e ss.

⁽¹⁴¹⁾ Non stupisce certo che dall'unitario racconto delle *déclarations* emerga una « vision feminine » che esalta le distinzioni che abbiamo visto insite nelle presunzioni dei giuristi: « Cette définition très stricte du rôle assigné à chacun en fonction de son sexe et des attributs qu'on y attache, trouve sa confirmation dans le droit. Elle est à l'origine de la règle *creditor virgini* comme de la présomption selon laquelle la séduction vient toujours de l'homme. Car, comme l'explique un procureur, l'honneur est si chère et si précieuse aux personnes du sexe que si leur faiblesse les porte à consentir à le perdre ce consentement est moins un acte de volonté que le fait des artifices et des persécutions de son ravisseur » (M.C. PHAN, *Les amours illégitimes. Histoires de séduction en Languedoc*, cit., p. 145).

⁽¹⁴²⁾ M.C. PHAN, *Les amours illégitimes. Histoires de séduction en Languedoc*, cit., p. 168.

⁽¹⁴³⁾ *Ibidem*, p. 126.

⁽¹⁴⁴⁾ *Ibidem*, pp. 88 e 125.

zazione dell'onestà delle volizioni della donna non più eludibile con il richiamo alle presunzioni. La mutata rappresentazione dell'onestà della donna (il crescente riferimento ad una 'colpa uguale') rende fragile il fondamento della tutela in tutti i settori del giuridico collegati all'illiceità di relazioni sessuali fuori dal matrimonio, impedisce le mediazioni che garantivano l'equilibrio del sistema ⁽¹⁴⁵⁾.

Nelle pagine dei giuristi la donna collocata sullo sfondo è lentamente posta in primo piano, si accentuano le sue responsabilità, si negano le presunzioni e si torna ad indagare sulle sue 'vere' volizioni. Quel dubbio costantemente affacciato 'an vere fuerit volens' non induce più a svelare profonde armonie celate dietro le apparenze: le volizioni della donna sono rese visibili dai suoi 'abusi', dai 'disordini' che impongono una coerente ristrutturazione delle protezioni.

La valutazione del 'vero' consenso della donna non può essere occultata: anche in tema di paternità, anche in tema di alimenti il *semper praesumitur seducta* deve essere negato. Con la Rivoluzione la paternità diverrà gioiosa manifestazione di una volontà libera e spontanea; si negherà, evocando genericamente la rappresentazione degli 'abusi', la ricerca di paternità; si tenterà di negare ogni strumento volto ad equilibrare esigenze oggettive della protezione giuridica e lettura delle volizioni del singolo. Il giurista è chiamato a valutare le scelte, le responsabilità, le colpe degli individui: nessun artificio può più collegare la donna *volens* con la donna *nolens*. Della continua ricerca dell'equilibrio complessivo dell'onestà, di quella mediazione continua tra oggettivo e soggettivo che caratterizzava il modello di antico regime, può restare oramai solo la rappresentazione caricaturale degli abusi.

E il richiamo agli 'abusi' è il tratto costante che attraversa, dalla fine del Settecento e per tutto l'Ottocento, la lettura dei giuristi della

⁽¹⁴⁵⁾ La rappresentazione dell'ingiustizia di una protezione accordata alla madre colpevole si sovrappone all'esigenza dell'indifferibilità di una protezione per il fanciullo: « Une fille ou femme majeure, qui est devenue grosse, obtient difficilement des dommages et intérêts, parce que la faute est égale... Mais l'homme est toujours condamné de se charger de l'enfant, et de payer les frais des couches. C'est une justice qui ne peut être refusée ». Così Poullain-Du Parc cit. in P. BARET, *Histoire et critique des règles sur la preuve de la filiation naturelle*, p. 180.

prassi di antico regime; un riferimento assordante che accomuna tanto le ricostruzioni penalistiche in tema di stupro semplice e di ratto della consenziente, quanto le protezioni 'sussidiarie' in tema di ricerca della paternità e di alimenti. A generare tale diffusa immagine è, certo, l'ambiguità della rappresentazione giuridica di antico regime che, incapace di fondare la tutela su elementi diversi dal richiamo all'onestà, appare sempre più contraddittoria; ma è soprattutto l'assolutizzazione del tema delle volizioni disoneste della donna che esigono, senza più schermi, una sanzione. Il vero abuso rimproverato ai giuristi di antico regime è, in fondo, quello di non essere stati coerenti con la loro impostazione di fondo, di aver accordato protezioni per l'onestà che ne ferivano il concetto, ignorando la volontà libera della donna, tutelando una *socia criminis*. I tentativi ottocenteschi di presentare in modo meno stereotipato le vicende d'antico regime, si infrangono contro tale vulgata degli abusi che riescono a cogliere il punto di contraddizione dato dalla 'disonestà protetta', dalla difficoltà di mantenere in piedi un impianto protettivo dell'onestà oramai privo di una rappresentazione unitaria, incapace di una coerente interpretazione delle apparenze, di affermare una 'vera' volontà non contrastante con le finalità della tutela.

La rappresentazione stereotipata della donna vittima riproposta anche al solo fine d'attribuire a titolo provvisorio gli alimenti non può che presentarsi come contraddittoria: propone implicitamente una presunzione che non può essere più conciliata con l'esasperata ricerca di una volontà onesta, di una vera assenza di colpevolezza da parte della donna. Ad unire le diverse vicende resta, dunque, l'abuso denunciato da Carrara, quello evocato di continuo dalla dottrina e dalla giurisprudenza dell'Ottocento: aver accordato protezioni giuridiche a donne colpevoli del proprio disonore, aver affermato attraverso le presunzioni di seduzione solo un sogno d'onestà privo di fondamento giuridico ⁽¹⁴⁶⁾.

⁽¹⁴⁶⁾ La struttura giuridica della protezione resta comunque caratterizzata da una continuità di fondo: il discorso dei giuristi propone una semplice esaltazione delle venature individualistiche che attraversavano il modello di antico regime, le tutele sono negate in quanto contraddittorie con la loro essenza, con le loro finalità. Non sarà un caso, d'altronde, che nel momento in cui i giuristi dell'Ottocento cercheranno di supplire ai silenzi e ai divieti del Codice in tema di alimenti e di ricerca di paternità sapranno

7. Constans et perpetua voluntas...: *lo stupro violento*

Prima di giungere a considerare il diffondersi delle critiche al modello dell'onestà di antico regime (le tesi per la depenalizzazione dello stupro semplice e la crisi dell'intero sistema delle protezioni), è utile dedicare ancora un po' d'attenzione allo stupro violento, quello che con la depenalizzazione si affermerà come la sola figura di stupro, la sola degna di tutela penale, la sola figura in cui i giuristi del XIX secolo riusciranno a rintracciare a pieno la lesione del diritto della donna. Il tema non può, come spesso accade, essere isolato dall'universo delle protezioni accordate alla donna onesta in antico regime per essere incastonato semplicemente in quello della violenza⁽¹⁴⁷⁾: l'equilibrio del sistema dell'onestà ridisegna continuamente (come abbiamo visto) i confini delle diverse protezioni; la ricostruzione della tutela penale per la violenza si intreccia e rinvia di continuo alle 'sanzioni minori'.

Circoscrivere la violenza 'vera', la violenza 'effettiva' è tentativo sempre presente e mai realizzato con linearità dalla penalistica di antico regime. La violenza è mera qualificazione dello stupro e segue le scansioni del *genus* cui si riferisce, non riesce ad essere mai

proporre — come vedremo — semplicemente una rievocazione dell'immagine femminile 'sempre presunta' nel modello di antico regime.

⁽¹⁴⁷⁾ In una recente ricostruzione (G. VIGARELLO, *Histoire du viol. XVI^e-XX^e siècle*, Paris, 1998) — che presenta la storia della violenza sessuale come rottura del legame immediato tra la persona e i suoi atti, lento riconoscimento di un soggetto che può essere assente dai gesti che è costretto a subire o a effettuare — si parte dalla convinzione che la valorizzazione del 'mondo interiore' sia propria solo del periodo contemporaneo (cfr. *ibidem*, pp. 246 e ss.) e il complesso quadro dell'*ancien régime* è semplificato in un modello in cui « le viol (...) est en cohérence avec l'ensemble d'un univers de violence » (*ibidem*, p. 15). Tale lettura spinge l'Autore ad accentuare il carattere innovativo delle riflessioni ottocentesche, anche quelle sulla 'violenza morale' (*ibidem*, pp. 158 e ss.; pp. 191 e ss.) e sulla 'seduzione' che sono caratterizzate, al contrario, da fortissimi nessi con le analisi di antico regime. Qualche cenno riguardo al venir meno di un'assoluta centralità della violenza tra XIV e XV secolo in Francia in C. GAUVARD, « *De grace especial* ». *Crime, État et société en France à la fin du Moyen Age*, Paris, 1991, I, pp. 299 e ss.; II, pp. 703 e ss. Rispetto alle ricerche che insistono genericamente sulla violenza diffusa in antico regime, maggior fondamento hanno quelle che considerano la specificità 'maschile' della violenza (cfr., ad esempio, A. CLARK, *Women's Silence, Men's Violence. Sexual Assault in England 1770-1845*, London and New York, 1987).

analizzata in modo compiutamente autonomo. Lo abbiamo visto in riferimento alla seduzione che, per quanto fosse rifiutata nelle sue 'ascese' verso la sanzione da comminare per la violenza 'vera', restava comunque indispensabile per fondare la illiceità dello stupro semplice, indispensabile per legittimare la difesa dell'onestà della vittima, e pertanto sempre sottesa al sistema, sempre pronta a poter essere riutilizzata anche nel versante in cui era stata negata.

Ancora profondamente permeata dalle ricostruzioni civilistiche e canonistiche del diritto comune, la cifra che caratterizza l'interpretazione del penalista di antico regime è quella della complessità; e complesso e articolatissimo è il sistema delle protezioni dell'onestà maneggiato dagli interpreti. Mettere a fuoco la 'vera' volontà della donna significa in quel modello poter articolare su più fronti, in riferimento a più protezioni, la rappresentazione dell'onestà: presunzioni negate per accordare una sanzione possono essere recuperate per riproporre, in modo oggettivo, un'altra protezione; volizioni ritenute 'vere' in un ambito, sono valutate come 'apparenti' in un altro; presunzioni assolute di seduzione convivono con certezze opposte: « assertio stupratae dicentis se fuisse stupratam, et carnaliter cognitam non probat... quia stuprata est socia criminis »⁽¹⁴⁸⁾. L'analisi delle volizioni della donna è sempre presente, ma può essere annientata, elusa dal riferimento alla preminenza d'altri valori indisponibili. Le congetture dei giuristi mirano in ogni caso a mostrare un dato essenziale per mantenere in piedi l'intera ricostruzione: l'onestà della donna vittima (e, come sappiamo, in tale quadro complesso, l'onestà è ora ottenuta prestando cieca fiducia alle presunzioni, ora dubitandone). Il comune e costante riferimento all'onestà per l'attribuzione delle protezioni genera (e non può che generare) confusioni, distinzioni sempre reclamate e sempre impossibili, nette linee di confine che si moltiplicano e si sovrappongono⁽¹⁴⁹⁾.

⁽¹⁴⁸⁾ G.D. RINALDI, *Observationes criminales, civiles et mixtae*, cit., II, cap. XXIII, n. 177.

⁽¹⁴⁹⁾ « ...Doctores confundunt conjecturas stupri violentis, et stupri voluntarii: vociferationes enim, acclamationes, clamores mulieris stupratae... denotant stuprum esse violentum... ». G.D. RINALDI, *Observationes criminales, civiles et mixtae*, cit., II, cap. XXIII, n. 172 e ss.

Si può, certo, come abbiamo visto fare, invocare in modo grossolano una piena scissione tra ‘anima e corpo’ per negare ogni confusione, per fissare le gerarchie rilevanti nel giuridico: «...in iudicio criminali stupri non de animo, sed de corpore puellae corrupto tractatur, et sic requiritur vis illata corpori ut violentum dicatur»⁽¹⁵⁰⁾. Avanzata solo per impedire una generalizzazione della seduzione come violenza, la distinzione è impossibile per giuristi che continuano a leggere la volontà attraverso il filtro delle presunzioni d’onestà. L’accrescersi delle sensibilità individualistiche rende invece sempre più contraddittoria e sempre più fortunata quella richiesta: fortunata perché l’accentuato interesse verso le volizioni della donna spinge a scardinare le presunzioni d’onestà, negando che una lesione vera delle volizioni oneste della donna possa essere scissa dall’evidenza della violenza sul corpo; contraddittoria perché l’indagine sulla ‘vis illata corpori’ ripropone in modo esasperato la ricerca ‘in animo’ dell’onestà delle volizioni della donna. La minore fiducia nelle presunzioni fa sì che la tutela penale dello stupro violento si presenti sempre più come la sola coerente con il sistema dell’onestà: tanto più ci si allontana da un modello esteriore ed oggettivo di onestà (più si nega con decisione il modello del *semper praesumitur seducta*), tanto più diventa esigente e rigorosa, coerente (‘in animo et in corpore’) la ricostruzione giuridica della violenza.

A fronte della permanente illiceità dello stupro semplice, nell’accusa di stupro violento il giurista deve isolare con attenzione la veridicità della violenza: le accuse di stupro violento sono frequentissime, ma spesso calunniose e sta al giudice — spiega Leyser — distinguere il vero dalle apparenze⁽¹⁵¹⁾. Il giudice deve essere certo « quod vis vere illata fuerit »: « Multa enim stupra, etiam maxime

⁽¹⁵⁰⁾ L. MATTHEU y SANZ, *Tractatus de re criminali*, cit., Controversia 57, nn. 13 e 19.

⁽¹⁵¹⁾ « Stupra violenta, si mulierculis credimus, tam sunt frequentia hodie, ut supra voluntaria numero vincant »; « Verum, si modo iudex in indaganda veritate diligentiam adhibet, ex centum huiusmodi accusationibus aliquando unam, raro binas, verisimiles reperiet; ceterae tam aperte falsae sunt, ut calumnia manu tangi possit ». A. LEYSER, *De stupro violento* (publice disputabit J.L. Kastenius, 4/5/1736), Vitemberbae, 1736, III, pp. 3 e 4. ‘Constans et perpetua voluntas’ si congiunge normalmente a *justitia*: cfr., per tutti, F. VITORIA, *De Justitia*, cit., III, q. 58, art. I (Utrum convenienter definiatur quod *justitia est constans et perpetua voluntas jus suum unicuique tribuens*), pp. 20 e ss.

voluntaria, aliquam violentiae speciem ex parte viri habent... »; la vera volontà della donna va colta negando le ingannevoli apparenze, eludendo le abili strategie delle donne, indagando la serietà e la costanza della resistenza: « unde ergo, ais, de vi constabit? Ex defensione, qua mulier, quae se vim passam dicit, usa est. Ad hanc inprimis respici oportet, et considerari, utrum primo serio, deinde constanter, resisterit. Utrumque necessarium est. Primum seria fuerit defensio... [e qui regna incontrastata l'autorità dei falsi dinieghi delle donne narrati da Ovidio]. Deinde constantia defensionis desideratur. Uti enim iustitiae, ita et pudicitiae, constans et perpetua voluntas esse debet » (152).

L'offesa subita dalla donna non può essere minimizzata sostenendo l'impossibilità della *vis* di contaminare l'animo e di ledere veramente la pudicizia della donna (153); la difesa non può essere negata proprio per l'impossibilità del giurista di separare la pudicizia dell'animo da quella del corpo: la difesa del corpo è difesa dell'animo, è prova provata dell'illiceità della violenza e della purezza del dissenso della donna, negazione di correttezza ed esaltazione della volontà onesta (154). *Constans et perpetua voluntas*: la prova del-

(152) « Itaque mulier, quae in principio quidem fortiter resistit, sed tamen tandem adsensit se vi stupratam dicere nequit ». A. LEYSER, *De stupro violento*, cit., XII, p. 13.

(153) E in tal senso si può far riferimento soprattutto ad Agostino: « virtutem pudicitia amitti non posse, sine proprio consensu eius, qui oppressionem patitur, in potestate vero eius esse non consentire » (si cfr. cc. 1 e ss., C. XXXII, q. 5); ma si veda anche Pufendorf: « quicquid vero in solo consistit animo, id nobis in corpore vi auferri non potest » (*De Jure Naturae et Gentium*, lib. I, 5, § 9).

(154) Cfr. D.T. THOMASIIUS, *Problema juris criminalis an contra stuprum violentum locum habeat moderamen inculpatae tutelae?*, cit., pp. 16 e ss., 38 e ss. Ed in questo contesto di strenua resistenza si possono poi utilizzare le certezze della medicina: quella per cui è impossibile a un solo uomo violentare una donna (« Non videre credibile, aut possibile — scrivono in un responso i medici della Facoltà di Lipsia —, quod unus masculus nubilem virginem (...) absque ipsius consensu, permissione atque voluntate, violento stuprare possit... » (cit. in *ibidem*, p. 23); quella per cui la gravidanza implica il consenso della donna all'atto sessuale e dunque l'assenza della violenza (sul punto si cfr. E. BERRIOT-SALVADORE, *Il discorso della medicina e della scienza*, in *Storia delle donne in Occidente. Dal Rinascimento all'età moderna*, a cura di N. Zemon Davis e A. Farge, Roma-Bari, 1991, pp. 378 e ss.). Quest'ultima convinzione è così radicata e così diffusa nelle pagine dei giuristi che ancora a fine Ottocento ci si affanna a negarla con decisione: « la fisiologia sperimentale ha dimostrato — scrive il medico legale Ziino — che nell'atto della fecondazione la volontà resta estranea », occorre pertanto respingere la teoria

L'onestà non può accontentarsi di un diniego qualsiasi, esige una resistenza che è lotta strenua (« ...ipsa bellum defensivum in offensivum vertit »⁽¹⁵⁵⁾), una resistenza che, a essere rigorosi, appare vera solo quando protratta sino alla morte, perché la donna è chiamata ad anteporre l'onore alla vita (« in foro tamen humano, si id non faciat, non puniatur »)⁽¹⁵⁶⁾. Ed è ancora la centralità dell'onestà, l'esigenza di negare qualsiasi possibile partecipazione volontaria della vittima che spinge ad isolare con nettezza la situazione della donna « furiosam aut dementem » che se non poté consentire non poté nemmeno dissentire, « nec nolle nec volle »; la situazione della 'dormiente': « stuprum, dormienti puellae illatum, violentum non est »⁽¹⁵⁷⁾. C'è un eccesso di zelo nell'individuare in queste ipotesi la mancanza di un dissenso vero della donna, quasi a rintracciare nell'assenza della vera 'lotta' l'impossibile accertamento dell'onestà.

L'orizzonte entro cui si muove l'intera ricostruzione dello stupro violento è quella dell'onestà: la presenza di qualificazioni 'minori' dello stupro, da quello semplice a quello qualificato da promessa di matrimonio, fa sì che isolare la violenza (cui si collega la tutela penale più intensa) significhi anche accertare con estremo rigore la vera volontà della donna. Spogliata dalle presunzioni (che continuano ad essere giocate rispetto alle altre protezioni), la coerente applicazione del modello dell'onestà non può che essere severissima nei confronti dello stupro violento: si esige una violenza vera, reale, effettiva, e un dissenso della donna vero, reale, effettivo,

giuridica secondo cui « la susseguente gravidanza implichi costantemente l'annuenza della femmina all'atto del concubito, cioè questo debba ritenersi sempre volontario... anziché violento » (G. ZIINO, *Stupro e attentati contro il pudore e il buon costume, medicina legale*, in *Il Digesto italiano*, XXII, 2, 1895, pp. 910 e 949).

⁽¹⁵⁵⁾ A. LEYSER, *De stupro violento*, cit., XXIII (p. 26).

⁽¹⁵⁶⁾ *Ibidem*, XXI (p. 24). Tutte le letture della *vis* esaltano la resistenza: la resistenza deve essere viva, seria, tenace, costante, deve cedere solo alla forza che si manifesti prima, durante e dopo la perpetrazione del reato. È inutile affastellare citazioni sul punto caratterizzato da grandi continuità ricostruttiva: si cfr. solo, a mo' d'esempio, la sintesi di L. CREMANI, *De iure criminali libri tres*, cit. lib II, cap. VI, art. II, nn. 10 e ss. (« Vis magna, praesens, et constans esse debet ») e G. CRIVELLARI, *Il Codice penale per il Regno d'Italia interpretato...*, Torino, 1896, VII, pp. 479 e 529 e ss.

⁽¹⁵⁷⁾ A. LEYSER, *De stupro violento*, cit. (pp. 24 e ss.). Cfr. anche J.S.F. BÖHMER, *Observationes selectae ad Benedicti Carpzovii Praticam Novam Rerum Criminalium*, cit., Observatio II ad quaestionem 69 n. 36.

segno tangibile di una *constans et perpetua voluntas* indirizzata verso la pudicizia, verso l'onestà.

Abbattendo il modello delle protezioni d'antico regime, i giuristi potranno isolare (e salvare) quest'unico frammento, l'unico che appariva ai loro occhi veramente 'moderno', coerente con un impianto compiutamente individualistico. Quel frammento — è appena il caso di dirlo — recherà molto a lungo inciso a fondo nella sua struttura il marchio delle sue origini.

8. *Socia criminis: la crisi del modello d'antico regime*

Molte voci si sovrappongono nel corso del XVIII secolo a segnalare il definitivo incrinarsi del composito equilibrio del sistema dell'onestà; presto le voci formeranno un coro e pochissimi dubiteranno dell'opportunità di abbattere il sistema. Il fenomeno può essere compreso nella sua coralità solo se inquadrato entro le polarità che già da secoli attraversavano le controversie giuridiche in tema d'onestà, di volontà onesta della donna e di meritevolezza della protezione. Il dibattito settecentesco spezza la mediazione equitativa tra le diverse protezioni accordate dai giuristi, esaspera la distanza tra le diverse polarità colorandole con tratti più netti e inconciliabili: da un lato, laicismo e statalismo rinsaldano le gerarchie familiari, consolidando l'autorità del gruppo sui suoi membri ⁽¹⁵⁸⁾; dall'altro,

⁽¹⁵⁸⁾ La pagina più nota è quella del sovrapporsi in tema matrimoniale dei provvedimenti civili contro i matrimoni clandestini a quelli canonistici, in nome di 'laicismo' (nelle sue varie versioni di ascendenza giurisdizionalista, giansenista, giuseppina) e 'statalismo'. Efficace la sintesi di Paolo Ungari: l'obiettivo è quello di « infrenare certa permissività addebitata all'autorità ecclesiastica, a beneficio della saldezza ed anche della struttura gerarchia della famiglia »; « L'affermazione dei diritti dello Stato si coordinava in realtà ad un programma di irrigidimento delle strutture di classe della società e di difesa dell'autorità del gruppo familiare sui suoi membri ». Si realizza in questo contesto una decisa chiusura contro le aspirazioni verso scelte nuziali libere e si mira al rafforzamento della patria potestà: « il padre — scrive Antonio Genovesi — per natura è re nato dei figli, la madre regina » (e nelle *Lezioni di Commercio*: « Ogni corpo civile è composto di famiglie: e le famiglie di persone singolari »). Cfr. P. UNGARI, *Storia del diritto di famiglia in Italia (1796-1942)*, Bologna, 1974, pp. 42 e ss. (da cui sono tratte le citazioni, p. 42 e 46); G. COZZI, *Padri e figli e matrimoni clandestini*, cit., pp. 205 e ss.; A.C. JEMOLO, *Stato e Chiesa negli scrittori politici italiani del Seicento e del Settecento*,

l'Illuminismo insiste sulle ingiustizie generate dall'aver « considerato la società piuttosto come un'unione di famiglie che come una unione di uomini » (159) e rivendica — non senza incongruenze soprattutto in tema di condizione giuridica della donna — una lineare applicazione dei principi individualistici e egualitari (160).

È appena il caso di seguire questi contrasti; essi non aggiungono molto al nostro tema delle ricostruzioni giuridiche del consenso della donna: l'attenzione si sposta verso una rinnovata attenzione per il tema dell'ordine delle famiglie e dell'onestà come valore oggettivo, indisponibile; ma è costretta comunque a interrogarsi sulla volontà (vera) della donna, a leggerla al di là delle apparenze, a valutarla fissandola entro presunzioni. Le sensibilità individualistiche rendono più che mai fragile un simile schema e tornano a esigere attenzione verso l'aspetto soggettivo dell'onestà, verso le responsabilità anche delle donne, verso le loro colpe. L'andamento del dibattito non può che avviarsi lungo i sentieri percorsi in Francia dal *rapt de séduction*.

Più rilevante è invece seguire un filo conduttore più interno al pensiero giuridico, più interno alle costruzioni giuridiche dell'onestà che — come abbiamo visto — appaiono sempre più fragili, sempre meno unitarie. L'intero secolo, pur esprimendo ancora ricostruzioni giuridiche ben radicate nel consolidato sistema di protezioni dell'onestà, presenta un graduale sgretolamento dei punti di stabilità del sistema: significative sono le critiche sempre più radicali alla

Torino, 1914, pp. 261 e ss.; L. GUERCI, *La sposa obbediente. Donna e matrimonio nella discussione dell'Italia del Settecento*, Torino, 1988, pp. 184 e ss. (da cui è tratto, pp. 188, 189, il riferimento a Genovesi); D. LOMBARDI, *Fidanzamenti e matrimoni dal Concilio di Trento alle riforme settecentesche*, cit., pp. 224 e ss.

(159) L'affermazione sta in un noto passo di Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, § 26 (nell'edizione a cura di F. Venturi, Torino, 1965, p. 56).

(160) Cfr. J. PORTEMER, *Le statut de la femme en France depuis la réformation des coutumes jusqu'à la rédaction du Code civil*, in *Recueils de la Société Jean Bodin*, XII, 2 (*la femme*), pp. 447 e ss.; M. CRAMPE-CASNABET, *La donna nelle opere filosofiche del Settecento*, in *Storia delle donne in Occidente. Dal Rinascimento all'età moderna*, cit., pp. 314 e ss. Riguardo alla 'scarsa radicalità' dell'Illuminismo italiano in tema di diritto di famiglia e di condizione giuridica della donna cfr. P. UNGARI, *Storia del diritto di famiglia*, cit., pp. 62 e ss.

presunzione di seduzione, di cui si giunge a reclamare un'ufficiale dichiarazione di morte.

La crisi della presunzione di seduzione si adagia sul fondo di un lento mutamento intervenuto nella mentalità dei giuristi e ci segnala con la crisi del modello dell'onestà di antico regime anche la crisi della capacità della scienza giuridica di dosare con le proprie interpretazioni l'equilibrio delle protezioni. Il mutamento si realizza attraverso l'accentuazione retorica di un tema da sempre ben presente nelle pagine dei giuristi — e sempre diversamente 'bilanciato' nelle stratificazioni delle protezioni dai fini obiettivi della ricostruzione —, quello della donna come *socia criminis*. Il tema è progressivamente assolutizzato, considerato nella sua 'purezza', sottratto a inquinanti relazioni 'equitative' con altri valori. È l'assolutizzazione di tale tema che impone una conseguente caduta delle presunzioni e la riduzione della complessità del sistema dell'onestà: una sola chiave di lettura diviene obbligatoria e fa saltare le cautele interpretative di quel sistema stratificato di protezioni sedimentatesi sul fondamento dell'illiceità delle relazioni sessuali fuori dal matrimonio e sul *praesumitur seducta* che rendeva la donna giuridicamente degna di tutela.

8.1. *Gli 'abusi' delle donne*

La parola d'ordine che attraversa i provvedimenti settecenteschi volti a riconsolidare l'ordine delle famiglie — ma è la stessa che affiora dalle tensioni giuridiche tra onestà 'oggettiva' ed onestà 'soggettiva' della donna — pare essere oramai una sola: eliminare il disordine, abbattere gli abusi. Disordine sociale, disordine giuridico legato agli abusi delle donne; abusi delle donne permessi dal disordine del giuridico, dalla continue mediazioni, dalle 'benevolenze' delle presunzioni utilizzate nei tribunali. Le presunzioni mostrano una *ordinata voluntas* della donna a cui nessuno è più disposto a credere. L'intera struttura delle protezioni verso l'onestà produce disordine: la struttura ampia dello stupro aggregata partendo dalla figura dello stupro della consenziente; il *favor matrimonii* collegato all'alternativa tra dotare e sposare; 'i favori' accordati alle donne in tema di paternità, la carità in tema di alimenti. L'intera architettura elaborata dai giuristi a protezione dell'onestà mostra il suo contrario

e si ritorce pericolosamente contro l'ordine delle famiglie, contro la stabilità dello Stato.

Il centro dell'attenzione è, nel corso dell'intero secolo, diretto verso il controllo del matrimonio; si mira a 'porre un ostacolo ai matrimoni' giocati contro il volere delle famiglie. È impossibile però 'controllare' il matrimonio senza 'liberarlo' dai nessi con la sanzione penale per lo stupro, senza rifiutare la sua configurazione come riparazione nei confronti della donna, senza svincolarlo dalla rete ricostruttiva che lo pone comunque come continuo riferimento delle volizioni della donna (presunta onesta) protetta dal diritto. Si interviene dunque « per impedire la violenza di una sregolata passione (la quale talvolta annebbia l'intelletto anche dei più savj), per dare un freno alla incauta gioventù, per avvertirla con la minaccia della pena a riconoscere i proprj doveri verso de' Genitori, e per farle conoscere i danni che si arrecano alle proprie famiglie... » (161); si è consapevoli però che non basta sovrapporre nuove sanzioni a quelle esistenti, ma che occorre modificare l'intero quadro delle protezioni verso l'onestà delle donne, rintracciare nuovi strumenti « per far argine contro questo disordine, non raro nel Ceto Civile, assai frequente nel popolare, e sapendo, che col pretesto di vere, o simulate deflorazioni si procura dimandare ad effetto la contrazione de' Matrimonj sforniti del necessario legale requisito del consenso de' Genitori » (162).

Nel Regno di Napoli la linea che unisce i diversi aspetti è tracciata in maniera molto netta: già nel 1738 fragilità della protezione matrimoniale accordata dai tribunali, disordini sociali e pericolose strategie matrimoniali delle donne sono richiamati in un provvedimento (163) che rende esplicita una convinzione sottesa all'intero sistema, ma da cui si stenta ancora a trarre conseguenze

(161) Così nella *Prammatica del 10 Aprile 1771* (in D.A. VARIO, *Pragmaticae Edictae Decreta Interdicta Regiaeque Sanctiones Regni Neapoletani*, Napoli, 1772, II, Tit. CXLV, 1, p. 492). Per riferimenti di sintesi agli interventi dello Stato contro i matrimoni clandestini si cfr. ancora (oltre ai testi citati sopra) G. SALVIOLI, *Storia del diritto italiano*, cit., pp. 420 e ss.

(162) *Prammatica del 10 Aprile 1771*, cit., p. 492.

(163) « Sperimentandosi giornalmente essere infinite ed innumerevoli le querele, che si propongono dalle donne particolarmente di bassa condizione, per gli stupri che dicono accadere loro con promessa di matrimonio. E poi col progresso di tempo si

definitive. La donna è soprattutto *socia criminis* ed appare meritevole di protezione solo quando la sua onestà traspare dalla visibilità della violenza inferta al suo corpo e non dal velo delle presunzioni dei giuristi: « qualora la donna non soffra vera, reale, ed effettiva forza nella sua deflorazione, anch'essa viene ad essere *colpevole col consentire* al delitto di stupro, e può perciò considerarsi colpevole in qualche parte » (164).

Nessun filtro può essere frapposto dal giurista nella valutazione del consenso della donna *colpevole col consentire*; le conseguenze definitive sono tratte in una prammatica del 1779 che depenalizza la figura dello stupro e lascia la tutela penale solo per lo stupro violento: « niuna donna... possa più avere azione penale di stupro... eccetto l'unico e solo caso dello stupro commesso con vera, reale, ed effettiva violenza, esclusa qualunque interpretativa che si possa trarre dal pretesto delle blandizie, allettamenti, promesse verbali e somiglievoli cose..., perché le donne non possono, né debbono profittare della loro complicità nel delitto, ma badare a conservare l'onore delle famiglie in cui nascono... ».

La penalistica dell'Ottocento segnala in quel provvedimento la chiusura di un'epoca di barbarie e il dischiudersi dell'era illuminata da nuove sensibilità moderne, dalla valorizzazione piena del consenso della donna dovuta al 'progresso dei lumi'. La linea della 'modernità' — su cui insisterà Carrara e, con lui, quasi tutta la

scorge non essere totalmente vero il delitto, o manchevole nelle circostanze più essenziali; tanto tutto poi si riduce al pagamento di qualche somma, che debbe il reo fare alla querelante, e frattanto i Tribunali consumano il tempo nelle applicazioni delle cause » *Prammatica napoletana del 18 Marzo 1738*, in D.A. VARIO, *Pragmaticae*, cit., III, P. XVIII (*De ordine et forma iudiciorum*), § VI, 9 (p. 584).

(164) In questa logica, e con 'spirito egualitario', si stabiliva che « per porsi qualche freno alla frequenza di tali delitti, e querele di stupro, o di altri atti confidenziali turpi; Ordiniamo, che da oggi in avanti occorrendo querele di stupro non possa procedersi alla carcerazione del reo, senza essersi prima proceduto alla carcerazione della querelante essendo di bassa condizione; o che sia posta in un Monistero, o in una casa terza onesta ad arbitrio del Giudice, essendo la donna di una migliore condizione e di miglior riguardo; dove debba stare *usque ad exitum causae*, affinché non trovandosi sussistenza nella querela proposta, possa procedersi contro di lei a quel gastigo, che si conviene di giustizia » (*ibidem*).

letteratura giuridica successiva ⁽¹⁶⁵⁾ — è in realtà ancora molto legata a quel passato. L'esito moderno della depenalizzazione non è il frutto di alcuni provvedimenti 'illuminati', ma l'esito finale di un percorso del giuridico rispetto a cui l'exasperata affermazione della quiete delle famiglie e del predominio del consenso dei genitori al matrimonio dei figli aveva fatto da detonatore ⁽¹⁶⁶⁾. La depenalizzazione è, in realtà, nuovo strumento di controllo e di difesa dell'onore, valutazione spietata dell'onestà: la *socia criminis* non è degna di alcuna protezione, solo l'onestà 'vera' conta ed essa è oramai visibile nel solo frammento della violenza 'vera, reale, effettiva, esclusa qualunque interpretativa'.

Il tema dominante non è la depenalizzazione, né certo quello della distinzione tra diritto e morale, ma il disordine provocato dalle presunzioni dei giuristi, da protezioni oggettive dell'onestà, prima fra tutte quella di dotare o sposare; un sistema che protegge — così si afferma — scandali e vizi spesso alimentati dagli stessi genitori con la fondata speranza della sicura comprensione dei giureconsulti. La sequenza argomentativa passa dal tema del disordine e degli abusi alla richiesta di coerenti valutazioni giuridiche dell'onestà, dell'onestà 'vera' da imporre alla donna e alle famiglie.

⁽¹⁶⁵⁾ Carrara esulta per il venir meno della figura ampia dello stupro e delle qualificazioni diverse dalla violenza, la scelta legislativa gli appare ben allineata con le nuove distinzioni tra diritto e morale e con l'esigenza scientifica di un'individuazione costante di una specifica lesione del diritto. La stupro semplice ed il sistema protettivo ad esso collegato appare al giurista lucchese l'espressione di modelli penali oramai lontani e condannati dalla storia: « La punizione dello stupro semplice — sintetizza — doveva presto o tardi cadere, e cadde in faccia al progresso dei lumi » (F. CARRARA, *Programma*, cit., *Parte speciale*, II, § 1488, p. 238). Molti giuristi, sulla scia di Carrara, continueranno ad addurre la Prammatica del 1779 come esempio di modernità in contrapposizione alle ambiguità ancora presenti in altri assetti legislativi, primo fra tutti quello della Toscana: nella Leopoldina — come vedremo — dopo un contrastato dibattito non era stata scelta la via della completa depenalizzazione delle qualificazioni dello stupro diverse dalla violenza. « la Toscana — precisa lo stesso Carrara — fu la ultima ad erudirsi... » (*ivi*). Il tema continuerà poi ad essere costantemente inquadrato in questi termini, esaltando 'nobiltà e sensibilità' del Re di Napoli nel porre fine ad una generalizzata repressione. Sulla questione si cfr. *infra* III. 1 e III. 3.

⁽¹⁶⁶⁾ Sulle vicende che condussero alla Prammatica del 1779 si cfr. G. ALESSI, *Processo per seduzione. Piacer e castigo nella Toscana Leopoldina*, Catania, 1988, pp. 165 e ss.

La stessa sequenza può essere rintracciata in Toscana. Di disordini si occupa un bando sugli 'amori disonesti' della fine del XVII secolo: « considerando che l'ammettere i Giovani nelle case ad amoreggiare con le Fanciulle, e il lasciarli praticare assieme su gl'uscii, e alle finestre basse sia grande incentivo di commettere stupri, e aborti, e infanticidi, e dia occasione a risse, e altri scandali, volendo rimuovere così pernicioso abuso... » (167). Il controllo dell'onestà non passa attraverso la sola sanzione nei confronti del seduttore, ma attraverso un controllo esercitato dalle famiglie e sulle famiglie (168); ma occorre di più rispetto alla semplice 'produzione di leggi' (169), è necessario mutare la lettura delle apparenze fornite dai giuristi, si impone una trasformazione della valutazione giuridica dei comportamenti femminili, una diversa lettura giuridica della volontà della donna e dello stesso amore: « è stata opinione di non pochi Dottori che l'amore disonesto sia scusabile... »; ma la realtà è diversa e i giuristi si illudono riguardo a « questi amori che non sono veri amori » (170).

(167) Si proibisce « non solo a Giovani, alle Fanciulle, ma anche a Padri, e Madri delle medesime, o altri Parenti... l'entrare e l'ammettere i Giovani in dette Case, e il fare, o permettere che si faccia all'amore su gli uscii, o di notte alle finestre basse, sotto pena a ciascuno o ciascuna che contravverrà di scudi dieci, e della cattura... » (*Proibizione degl'Amori disonesti del dì 9 Ottobre 1691 ab Inc.*, in *Legislazione toscana raccolta ed illustrata da Lorenzo Cantini*, Firenze, 1807, p. 242).

(168) « s'incarica tutti i Rettori di Giustizia Criminale il ricercare sempre ne' casi delli stupri se vi sia stata complicità, connivenza, o negligenza nelle Madri, o Padri delle stuprate, per dover procedere contro di loro tanto per il dolo, che per la colpa... » (*ibidem*).

(169) I provvedimenti sono in linea di continuità con richieste più risalenti di una limitazione della discrezionalità dei giudici e con « tendenze al 'disciplinamento' sociale e morale », si cfr. E. FASANO GUARINI, *Produzione di leggi e disciplinamento nella Toscana granducale tra Cinque e Seicento. Spunti di ricerca*, in P. Prodi (a cura di), *Disciplina dell'anima, disciplina del corpo e disciplina della società tra medioevo ed età moderna*, Bologna, 1994, pp. 659 e ss., in particolare, pp. 660; e 671 e ss.; si cfr. anche della stessa Autrice, *The Prince, the Judges and the Law: Cosimo I and Sexual Violence, 1558*, in T. Dean-K. Lowe (ed.), *Crime, Society and the Law in Renaissance Italy*, Cambridge, 1994, pp. 121 e ss.

(170) Il 'sogno' dei giuristi li induce a ignorare le terribili conseguenze delle loro benevole presunzioni: « Gli Amori occulti, e disonesti distruggono la costumatezza, ledono il decoro delle oneste Fanciulle, offendono Iddio, e sono cagione d'infiniti disordini, perciò debbono impedirsi... ». Così Cantini commentando il provvedimento *Proibizione degl'Amori disonesti del dì 9 Ottobre 1691 ab Inc.*, cit., p. 243.

Dalle leggi settecentesche affiora ripetutamente l'exasperata rappresentazione dell'immagine di una donna colpevole. Fissando pene più severe per l'infanticidio e per il « parto esposto » — tema da sempre affrontato dai giuristi in stretta correlazione con lo stupro — in un ordine del 1744 si ritrova un inciso significativo: « E tanto nei delitti di parto esposto, quanto d'infanticidio, non vogliamo che per minorare la pena, si attenda la difesa, su cui alcuna volta è nato qualche dubbio ne' Tribunali, che il delitto sia stato commesso per salvare l'onore alla madre, o parenti; non meritando compatimento la madre che si è volontariamente esposta, ed illecitamente al pericolo di gravidanza » (171). Riemerge la necessità di una valutazione senza filtri giuridici del comportamento della donna 'colpevole col consentire', la necessità d'infrangere, inseguendo lineari responsabilità soggettive, il composito meccanismo di tutele presenti nel modello dell'onestà.

Il disordine prodotto dalla protezione del 'dotare o sposare' accordata per lo stupro semplice è direttamente posto al centro dell'attenzione nel 1754. L'indistinta protezione del dotare e sposare è da abbattere — si afferma — perché è consapevolmente utilizzata con scaltra disinvoltura dalle donne: « Poiché l'esperienza ci ha fatto conoscere, che il favorire indistintamente la condizione delle Stuprate coll'obbligare gli stupratori a sposarle, o dotarle, non ha ovviato a simili delitti, ma gli ha moltiplicati, e dato campo a maggiori inconvenienti: succedendo bene spesso, o che le Fanciulle poco si guardano dal tenere una vita licenziosa, sicure di poter scegliere a suo tempo tra molti uno per farlo condannare... » (172). La

(171) (*Ordini diversi da osservarsi nelle cause criminali del dì 15 Gennaio 1744 ab Inc.*, § VII, e VIII, in *Legislazione toscana*, cit., p. 160). Sul tema cfr. G. ALESSI, *Le gravidanze illegittime e il disagio dei giuristi*, (secc. XVII-XIX), in G. Fiume (a cura di), *Madri. Storia di un ruolo sociale*, Venezia, 1995, pp. 221 e ss.

(172) Lo sguardo è rivolto naturalmente anche alla 'complicità' dei genitori: « ...o quel che è peggio i Genitori istessi poco curanti delle Leggi Divine ed Umane non siano la debita premura di allevarle Cristianamente, le lasciano trascorrere in pratiche poco oneste, e di più gliene procurano le occasioni col fine di provvedere per mezzi così illeciti, ed abominevoli, o di Marito, o di Dote conveniente... ». Si stabilisce che « non si condanni più alla pena di lire 500 a favore del nostro Fisco, ed a sposare, o a dotare; ma sia solamente condannato alla pena di lire trecento da applicare intieramente in

sanzione della legge posta a protezione dell'onestà è incentivo alla disonestà: l'abolizione del dotare e sposare si lega anche qui all'esigenza d'introdurre una vera sanzione nei confronti della donna consenziente. L'aspetto innovativo naturalmente non è certo questo (la donna 'colpevole' non ha mai avuto titolo per una protezione nel sistema dell'onestà elaborato dai giuristi); la novità sta nella scomparsa del dubbio *an vere fuerit volens*, sta nell'esasperazione della rappresentazione della donna come *socia criminis* senza alcuna 'contromisura', senza nessuna mitigazione equitativa, senza nessun richiamo al *praesumitur seducta* ⁽¹⁷³⁾.

Il punto su cui si fa leva per scardinare la tutela degenerata è quello da sempre ben radicato nel sistema, il libero consenso della

benefizio... »; rimangono invece « nel loro pieno vigore tutte le Leggi e le Consuetudini veglianti contro gli Stupri qualificati con antecedente promessa di Matrimonio » (purché « provata in valida forma »); così come quelle relative agli « Stupri violenti ». *Legge per gli stupri del 24 gennaio 1754*, in *Legislazione toscana*, cit., XXVII, pp. 53 e ss.

⁽¹⁷³⁾ La retorica incentrata su disordini e colpevole consenso della donna è riscontrabile anche lì dove si è ancora ben lontani dall'ipotizzare una depenalizzazione dello stupro semplice, come dialettica interna al modello dell'onestà che induce esplicitamente all'inasprimento delle sanzioni. Si consideri, ad esempio, un editto del 1736 del cardinal Guadagni, vicario di Clemente XII: « ...per la corruttela de' nostri tempi s'è introdotta una troppa invereconda libertà di costume, d'onde specialmente deriva l'intacco dell'onore di tante famiglie per la frequenza de' stupri volontari, ch'alla giornata si commettono in Roma, per tutto lo Stato. Quindi è, che la medesima Santità di Nostro Signore, riflettendo essere la sorgente di tanto male non solo la malizia degli uomini nel tender insidie all'onestà delle giovani e la troppa facilità di queste nel lasciarsi sedurre nella speranza del conseguimento della Dote o del Matrimonio: ma specialmente la negligenza dei parenti nel custodirle, e forse talora, così a Dio non piaccia, la loro infame connivenza ». In considerazione di ciò si stabilisce: l'inasprimento delle pene per il defloratore (« oltre alle pene stabilite da Sacri Canoni » anche « la pena afflittiva del corpo da estendersi fino alla galera »); sanzioni anche per la donna (« la pena del corpo afflittiva, da estendersi fino alla Carcere... »): « siccome l'esperienza ha fatto conoscere che la sicurezza dell'Impunità goduta dalle Giovani Deflorate, e la speranza all'incontro, che da loro si ha, di poter a costo dell'onore conseguir la dote o l'effettuazione del matrimonio, non solo rende le medesime meno accorte nel custodir la propria pudicizia: ma forte talora serve d'incentivo alla loro prostituzione »; sanzioni per i parenti colpevoli di « connivenza » (« perdonano del tutto l'azione di poter demandare la dote a nome della Deflorata... ed altra qualunque azione che a loro favore potesse intentarsi in ordine à danni e interesse »). Sulla questione si cfr. in M. PELAJA, *La promessa*, cit., pp. 397 e ss.; nonché M. PELAJA, *Matrimonio e sessualità a Roma nell'Ottocento*, Roma-Bari, 1994, pp. 53 e ss. (da cui è tratta la citazione).

donna che rileva perché ‘deviante’: non si può rintracciare alcuna ingiuria, alcuna lesione del diritto nelle azioni commesse col consenso della donna che, correa-accusatrice, pretende di essere offesa, si tratta dunque di azioni « impunibili »⁽¹⁷⁴⁾. La depenalizzazione è coerente prolungamento del modello dell’onestà⁽¹⁷⁵⁾.

Non è il caso però di tentare di rintracciare una concomitante e coerente trasformazione delle diverse istituzioni settecentesche (e non è certo questo l’obiettivo di queste pagine), né di ricercare una spiegazione assoluta al tema dei disordini delle famiglie così ricorrente nel Settecento⁽¹⁷⁶⁾; quello che preme è semplicemente segna-

⁽¹⁷⁴⁾ Così Lorenzo Cantini nella sua ‘illustrazione’ della *Legge per gli stupri del 24 gennaio 1754*, cit., p. 54: « Nella commissione di uno Stupro semplice, io non trovo alcuna ingiuria, o lesione dell’altrui interesse (...). Quelle azioni, che sono commesse col consenso di quello che pretende dalla commissione delle medesime di essere offeso, non recano ingiuria e sono perciò rispetto a quello impunibili ».

⁽¹⁷⁵⁾ Ed il limite alla depenalizzazione è fissato utilizzando ancora argomenti ben radicati nelle rappresentazioni giuridiche dell’onestà: il richiamo alla ‘natura’ femminile, alla « debolezza naturale » della donna, consente ancora di vedere come apparente il consenso e pone un argine alla depenalizzazione. Il consenso — si torna a ripetere — deve essere ‘vero’, e per esser tale non può essere astratto: come dimenticare l’esistenza di mezzi capaci di falsarlo, come dimenticare ‘l’arte maschile’ volta ad ‘approfittare’ della natura femminile con ‘seducenti allettative’. « Se poi lo Stupro non è semplice, ma è accompagnato da una vera seduzione, in tal caso conviene che sia punito con una pena (...) vantaggiosa alla deflorata Fanciulla per indennizzarla del perduto decoro, e dell’offesa fattagli. Le donne sono composte di una tessitura più molle, e più delicata degl’Uomini, e perciò più facilmente sono soggette ad essere vinte da un tratto spiritoso, e seducente. Colui che profitta di questa loro debolezza naturale, è certamente più reo di quello, che semplicemente richiede i loro favori, e merita perciò di essere punito con una pena che sia capace a compensare la deteriorata condizione di quella che è stata vittima delle sue più seducenti allettative. (...) L’obbligo di sposare, o dotare la sedotta Fanciulla è la pena più giusta da imporsi al seduttore » (L. CANTINI, *Illustrazione della Legge per gli stupri del 24 gennaio 1754*, cit., p. 55).

⁽¹⁷⁶⁾ Il tema dei ‘disordini’ può essere senz’altro posto in relazione con l’aumento delle nascite illegittime realizzatosi alla fine del XVIII secolo; non è il caso però di affiancare una spiegazione giuridica alle numerose letture proposte per spiegare il fenomeno (« la causa dell’aumento delle nascite illegittime che si ebbe alla fine del secolo XVIII è stata per gli studiosi di demografia storica un’enigma nella stessa misura in cui lo fu un tempo per gli alchimisti la produzione dell’oro »). Sul tema è qui sufficiente rinviare a E. SHORTER, *Illegitimacy, Sexual Revolution and Social Change in Europe, 1750-1900*, in *Journal of Interdisciplinary History*, 2, 1971, pp. 237 e ss.; nonché, ID., *Emancipazione femminile, controllo delle nascite e fecondità nella storia europea*, in M.

lare che i provvedimenti volti a controllare il matrimonio e a depenalizzare lo stupro semplice, riproponevano in modo esasperato i conflitti tra i diversi volti dell'onestà, tra le diverse letture della volontà della donna che abbiamo visto nel dibattito dei giuristi. La depenalizzazione dello stupro semplice si inserisce da questo punto di vista senza traumi all'interno di quel dibattito, quasi fosse una sua naturale prosecuzione, una mera presa d'atto di un mutamento lentamente maturato all'interno dello stesso pensiero giuridico. Nella polemica illuministica il principale bersaglio della richiesta di depenalizzazione saranno i giuristi e le loro sciocche presunzioni (i disordini sono espressione dei 'difetti della giurisprudenza'); ma la scelta della depenalizzazione pare la prosecuzione di un percorso interno della scienza giuridica ⁽¹⁷⁷⁾.

Con moderazione Muratori propone d'aggirare gli inconvenienti del sistema del dotare o sposare ponendo la questione in « termini più convenevoli ed equitativi, onde non men l'uno che l'altro sesso andasse ritenuto dal cadere in sì fatti disordini » ⁽¹⁷⁸⁾. La sempre più marcata retorica relativa alla devianza delle donne impedirà, tra Sette e Ottocento, di poter far riferimento a soluzioni 'equitative' per contenere i contrasti del sistema; l'assolutizzazione del tema della donna come *socia criminis* sarà utilizzato come strumento per giustificare la complessiva caduta delle vecchie tutele, per introdurre sanzioni più efficaci. La questione rilevante, quella che segna la distanza con le rappresentazioni antecedenti, è a partire

Barbagli (a cura di), *Famiglia e mutamento sociale*, Bologna, 1977, pp. 317 e ss. (da cui è tratta la citazione riportata sopra).

⁽¹⁷⁷⁾ E, del resto, l'abolizione del sistema delle protezioni non riuscirà a distaccarsi nelle scelte di fondo (quelle relative alla meritevolezza della protezione) dalle configurazioni forgiate dal modello combattuto (e ciò — come vedremo — per tutto il corso dell'Ottocento e, in parte, del Novecento).

⁽¹⁷⁸⁾ *Della pubblica felicità, oggetto de' buoni principi*, cap. X: cfr. in *Opere di Ludovico Antonio Muratori*, a cura di G. Falco e F. Forti, Milano-Napoli, 1964, II, p. 1553: « Ho conosciuto paese dove un solo ministro zelante, per frenare qualche esorbitanza negli stupri, indusse il principe a publicar tal editto che facile riusciva l'accusare e costringere gli stupratori a sposare o a dotare le zitelle. Di lì a non molto si vide non calare, ma crescere questo delitto, perché le povere fanciulle si sentivano tratte a fallare per la facilità loro somministrata di veder premiati o ricompensati i lor falli. Convenne perciò moderar quella legge, e ridurla a termini più convenevoli ed equitativi, onde... ».

dalla seconda metà del Settecento l'incapacità dei giuristi di contrapporre ancora *socia criminis* e donna 'sedotta', 'persuasa', 'forzata', priva di 'volontà di delinquere'. Il conflitto cessa non perché si affermi, quasi per incanto, il nuovo tema della donna libera e responsabile, giocato in opposizione radicale alle ricostruzioni del passato, ma semplicemente perché si esaspera una sola polarità, si assolutizza un solo volto dell'onestà. Non si cessa infatti di esigere l'onestà, né si afferma un disinteresse del diritto per la volontà onesta della donna, ma si esige un'onestà « vera »; vera perché svincolata dalle mediazioni dei giuristi e dall'equilibrio imposto dal sistema delle protezioni. È la rappresentazione 'pura' del versante soggettivo dell'onestà ad esigere la fine del composito equilibrio delle protezioni garantito dai giuristi. Gli 'inconvenienti' della repressione dello stupro⁽¹⁷⁹⁾ esigono una continua messa a fuoco del 'consenso colpevole' della donna che non è più eludibile valutando la concretezza del bene da tutelare.

8.2. *Retorica del 'consenso colpevole' e critica alle 'supposizioni' di onestà*

La retorica relativa alla donna *socia criminis* coinvolge unitariamente l'intero quadro delle protezioni dell'onestà: i disordini collegati al permanere di protezioni oggettive per lo stupro semplice impongono lo smantellamento di un intero sistema di protezioni. La fortuna del discorso di Servan sta proprio — come si accennava sopra — nella capacità di cogliere il punto fragile dell'intero sistema ricostruttivo dei giuristi: pur essendo tutte volte a porre in discus-

⁽¹⁷⁹⁾ Cfr. D. PECCIANI, *Gli inconvenienti della repressione dello stupro nella giustizia criminale senese: il dilagare delle querele nel Settecento*, in *Criminalità, pena, controllo sociale e politico in età moderna* (La « Leopoldina ». Criminalità e giustizia criminale nelle riforme del '700 europeo, 12, a cura di L. Berlinguer), Milano, 1991, pp. 477-515. Cfr. anche F. COLAO, « *Post tenebrem spero lucem* ». *La giustizia criminale senese nell'età delle riforme leopoldine* (La « Leopoldina », 7), Milano, 1989, pp. 295 e ss.; G. ALESSI *L'onore riparato. Il riformismo del Settecento e le « ridicole leggi » contro lo stupro*, in G. Fiume (a cura di), *Onore e storia nelle società mediterranee*, Palermo, 1989, pp. 129 e ss.; in quest'ultimo volume si cfr. anche S. RAFFAELE, « *Essendo real volontà che le donne badino all'onore* ». *Onore e « status » nella legislazione meridionale (secc. XVI-XVIII)*, pp. 143 e ss.

sione la massima 'Creditur virgini se praegnantem asserenti...', le pagine di Servan ⁽¹⁸⁰⁾ possono essere così assunto a modello delle critiche rivolte contro gli abusi della prassi antecedente fondata sul 'sogno giuridico' dell'onestà della donna, a simbolo delle nuove letture dell'onestà.

La critica tecnica contro la presunzione invoca molti argomenti: si è condannati — scrive Servan — senza essere ascoltati ed in base alla deposizione di un testimone che depone su propri interessi e riguardo ad un delitto che è per sua natura segreto ⁽¹⁸¹⁾; la deposizione della donna non costituisce una prova e, come si sa, 'senza prova nessuna condanna', 'un solo testimone prova poco, un testimone interessato o sospetto non prova niente' ⁽¹⁸²⁾. A sorreggere le argomentazioni non ci sono nuove consapevolezze tecniche, ma soprattutto una convinzione ossessivamente ripetuta: la donna testimone è *socia criminis* e non è possibile, per nessuna ragione, abbandonare il riferimento alle sue volontà colpevole. Le affermazioni della donna sono sempre dubbie, non possono mai essere riassorbite nella 'benevolenza' delle presunzioni dei giuristi: « Je fais la supposition la plus honorable à son cœur; je suppose qu'elle aime, devons-nous la croire?... Pour les femmes, le premier inconvénient de l'amour est l'habitude de la fausseté... » ⁽¹⁸³⁾.

Questa certezza, l'assenza del dubbio *an vere fuerit volens*, mostra come la massima di Favre produca « les plus funestes désordres » ⁽¹⁸⁴⁾, non sia utile alla crescita dei costumi (« ... elle ne prévient pas les faiblesses du sexe, puisqu'elle lui donne la certitude d'être dédommagé ») e non rappresenti « une correction utile » (come si può richiamare « une règle de correction qui, dans un délit où il y a deux coupables, l'un certain, l'autre présumé, punit un homme seulement soupçonné, en faveur d'une fille absolument convaincue » ⁽¹⁸⁵⁾). È la semplice accentuazione di temi antecedenti,

⁽¹⁸⁰⁾ J.M.A. SERVAN, *Discours prononcé sur une déclaration de grossesse*, in *Oeuvres choisies* (nouvelle édition), Limoges, 1818, vol. I, pp. 155 e ss.

⁽¹⁸¹⁾ SERVAN, *Discours prononcé sur une déclaration de grossesse*, cit., p. 160.

⁽¹⁸²⁾ *Ibidem*, p. 167.

⁽¹⁸³⁾ *Ibidem*, p. 162.

⁽¹⁸⁴⁾ *Ibidem*, p. 168.

⁽¹⁸⁵⁾ *Ibidem*, p. 166. La massima — afferma — è pericolosa nei confronti dei celibi,

coloriture retoriche su principi sempre richiamati, ma costantemente aggirati per fornire protezioni giuridiche ritenute indispensabili. L'aspetto innovativo sta proprio in questa negazione d'ogni bilanciamento, nella negazione completa dell'impianto di mediazione proposto dai giuristi: si nega, per qualsiasi motivo, un possibile capovolgimento della rappresentazione della donna colpevole attraverso le presunzioni; si nega ogni validità giuridica al *praesumitur seducta*.

Servan ha piena consapevolezza delle stratificazioni del sistema dell'onestà e non si sottrae ad affrontare la giustificazione centrale posta a sostegno della presunzione: si deve prestare fede alle dichiarazioni della donna affinché la madre e il fanciullo non muoiano di fame. Per quanto enfatica l'affermazione colpisce il centro dei continui salti di piano nelle rappresentazioni giuridiche della donna fin lì utilizzate: le coerenze nella valutazione delle volontà erano assorbite dalle finalità della tutela; la valutazione presuntiva della volontà della donna rappresentava la garanzia di una protezione 'ne pereant fame' (186). L'argomento è liquidato in tutta fretta come « frivole »: l'ordinamento moderno, quello dei popoli 'non barbari', deve affidarsi a nuove valvole di sicurezza, non può includere la carità nel diritto, non può confondere responsabilità individuali e tutele giuridiche; esistono oramai altre certezze: « Un enfant est né dans l'état; son père n'est pas connu; eh bien! C'est son roi qui doit l'être, et la patrie sera sa mère » (187).

Il giurista non può mai abbandonare la costante messa a fuoco delle volontà confondendo equità e diritto, carità e responsabilità; il giurista — ripete con tono didattico Servan — sa che occorre assolvere nel dubbio e condannare solo quando esiste l'evidenza. E

assolutamente inverosimile nei confronti degli uomini sposati: come si può pensare che essi cerchino « dans la débauche » dei piaceri di cui possono godere in modo innocente! (« le soupçon de débauche est la punition inévitable du célibat, comme la présomption de chasteté est la première récompense du mariage »). *Ibidem*, pp. 168 e 175.

(186) E lo stesso Servan non manca di utilizzare strumenti forniti dall'impianto di mediazione di antico regime al fine di accordare protezioni 'giuste' immancabilmente sostenute dalla retorica della seduzione. Si cfr. *Discours prononcé dans la cause d'une femme protestant*, in *Oeuvres choisies*, cit., I, pp. 99 e ss. in particolare pp. 111 e ss., 141 e ss.

(187) SERVAN, *Discours prononcé sur une déclaration de grossesse*, cit., p. 182.

l'evidenza non può essere definita dalle dichiarazioni delle donne, non può essere più benevolmente presunta in un secolo che fa crescere la corruzione dei costumi e nega la virtù⁽¹⁸⁸⁾. Certo, si aggiunge, quando la moralità è conservata è possibile credere alle parole delle donne, è possibile tradurre il sogno di una continua onestà della donna (*constans perpetua voluntas*) in principi giuridici. Tutto questo però accadeva in tempi lontani, ai tempi di Favre: « Alors, nous le savons, les filles du peuple (car c'est pour elles que vostre maxime est établie), les filles du peuple étaient simples, grossières, mais vertueuses. Le luxe leur était inconnu; la laine faisait leur vêtement; elles filaient la soie sans la désirer... elles conservaient la docilité de l'enfance, elles n'en perdaient pas l'innocence et la naïveté; et la différence des âges se faisait sentir en elles, par l'accroissement des forces, plutôt que per celui des désirs »⁽¹⁸⁹⁾.

Il giurista che voglia rendere omaggio alla virtù non può che constatare la fine di quel mondo che si era sedimentato in presunzioni che non appaiono più giuridiche. La corrispondenza tra tutela giuridica e onestà della donna non è certo negata; quello che ora è 'evidente' però è la fine della virtù. La presunzione di seduzione è ora solo incongrua manifestazione di un sogno, contrasta ogni evidenza.

Gli stessi temi, la stessa retorica, sono presenti nelle *Osservazioni* di Giuseppe Maria Galanti riguardo alla legge napoletana del 1779 che 'depenalizzava' lo stupro non violento⁽¹⁹⁰⁾. Il discorso, al di là di riconoscimenti e benevolenze verso le donne⁽¹⁹¹⁾, aggrega,

⁽¹⁸⁸⁾ Cfr. *ibidem* pp. 188 e ss.

⁽¹⁸⁹⁾ *Ibidem*, p. 186.

⁽¹⁹⁰⁾ G.M. GALANTI, *Osservazioni sopra la nuova legge abolitiva de' delitti di stupro* (1786), in F. Venturi (a cura di), *Illuministi italiani, V. Riformatori napoletani*, Milano, 1962, pp. 1024 e ss.

⁽¹⁹¹⁾ La questione rilevante non mi pare quella di cogliere nel discorso, « fra ondeggiamenti e riconoscimenti », lo sguardo « sostanzialmente sfavorevole alle donne stesse, o almeno non benevolo nei loro confronti » (così R. BONINI, *Condizione femminile e matrimonio tra diffidenze e nuove sensibilità. Rappresentazioni e dibattiti nel Settecento illuminista*, I, Padova, 1995, p. 24). La situazione femminile (« Quale condizione più misera delle donne! ») è orpello dell'argomentazione, discussione dotta oscillante tra 'rispetto' (« Esse che altro non sono che un felice composto di sensibilità e di grazie, di dolcezza e di armonia, di spirito e di genio ») e commiserazione per una 'schiavitù'

disponendoli attorno alla legge ‘abolitiva degli stupri’, due modelli femminili, per riproporre le estremizzazioni presenti nel discorso di Servan.

La situazione della donna resta aspetto marginale rispetto alla questione ‘seria’ toccata dalla legge imposta dai « lumi di questo secolo »: « ...qui si tratta de’ mezzi che si abbiano a tenere per serbare un cert’ordine nella società, e non già d’idearne oziosamente una nuova, o di compiangere inutilmente il destino miserabile delle donne » (192). La necessità di « produrre qualche ordine ne’ costumi » (193), la ricerca di un « mezzo... più efficace, da obbligarle alla continenza » (194), di una nuova « pena proporzionata » (195), costituiscono il centro delle *Osservazioni*: le immagini femminili ‘antiche’ e ‘moderne’ si dispongono attorno per giustificare il mutamento della tutela, per indicare il modello femminile che possa essere ancora « *degnò della protezione delle leggi* » (196).

L’intero testo può essere letto come un attacco alla presunzione di seduzione, come involontaria sintesi dei percorsi soggettivi sottesi al modello dell’onestà. Occorre rendersi conto — scrive Galanti — che i tribunali ‘immaginano’ una donna che non esiste più nella realtà: « I tribunali di Europa, che in questi giudizi non hanno altra scorta che le ipotesi e le supposizioni, figurano ancora che l’accusatrice sia onesta » (197); « Quale violenza, quale seduzione, si potrà ora supporre nell’uomo, se la propensione è scambievole, e se il giuoco riesce sempre di comune desiderio e diletto! Troppo strane

ingiusta e necessaria (« ...di necessità la loro vita è divenuta un circolo perpetuo di simulazioni e di falsità, di artifizii e d’intrighi »). G.M. GALANTI, *Osservazioni sopra la nuova legge abolitiva de’ delitti di stupro*, p. 1025.

(192) *Ibidem*, p. 1025.

(193) *Ibidem*, p. 1030.

(194) *Ibidem*, p. 1025.

(195) *Ibidem*, p. 1026.

(196) *Ibidem*, p. 1030 (corsivo mio).

(197) *Ibidem*, p. 1028. Cfr. anche W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, (1767), cap. XV. Ho utilizzato la traduzione in francese di Coyer, *Commentaire sur le Code criminel d’Angleterre*, Paris, 1776, vol. I, p. 237: « Les loix Romaines supposoient qu’elles ne s’écartoient de la vertu, sans la séduction et les artifices de l’autre sexe (...). Mais nos loix ne se font pas une idée si sublime de cet honneur, jusq’ à jeter tout le blâme d’une faute mutuelle sur un seul des deux coupables... ».

mi sembrano per verità, almeno pel nostro secolo, le supposizioni de' legisti e de' tribunali »⁽¹⁹⁸⁾

A imporre l'eliminazione completa della protezioni è una mutata lettura delle apparenze, l'impossibilità di eludere il tema del colpevole consenso della donna costantemente opposto come vero alle 'congetture' dei giuristi: « Non mi si dica che gli stupri avvengono per un'ingiusta violenza dell'uomo, o per una seduzione uguale alla violenza, perché così sarebbe mostrarsi poco intelligenti di queste cose... »; « ...le giovani... sono quelle che si abbandonano agli uomini... »; « ...la pudicizia nelle donne... è una virtù assai fragile »; « ...non saprei figurare più grave ingiuria, né maggiore oppressione, di costringere un cittadino, coll'autorità sacra e veneranda della giustizia, a sposare una stuprata, ch'è quanto dire una libertina »⁽¹⁹⁹⁾.

La donna 'degnata della protezione della legge' resta la « donna virtuosa », ma la protezione le può essere data solo capovolgendo la presunzione di seduzione, solo negando un'onestà presunta e una difesa dell'onestà affidata alla coazione del diritto. D'altronde, è la stessa scelta della via giudiziaria a segnare nuove frontiere nel territorio dell'onestà: la « donna onesta » ingannata e sedotta mostra la sua virtù tacendo (« ha sofferto in silenzio la sua crudele disgrazia,

⁽¹⁹⁸⁾ G.M. GALANTI, *Osservazioni sopra la nuova legge abolitiva de' delitti di stupro*, p. 1028: « Bisogna dunque dire che nei giudizi di stupro le supposizioni si sono fatte per abito, e senza niuna esame e riflessione; perché per una donna che non abbia alcun ritegno di domandare davanti al magistrato una riparazione dal suo seduttore, la ragionevole chiusone sarebbe che assai facile e liberale ella sia ne' suoi amori, o al più che a questo oggetto si sia lasciata sedurre ». La stessa 'fredda' valutazione guida l'Autore nel momento in cui, riferendosi alla prassi presente nei tribunali ecclesiastici dello Stato di Roma, sottolinea le astuzie delle donne sottoposte a « tortura vera e reale ne' delitti di stupro »: « La donna, non essendoci violenza, dee purgare la complicità, e dee sostenere la seduzione colla tortura tormentosa di mezz'ora innanzi al giudice al cospetto dell'accusato. Così si ottiene un marito, o una dote. Nelle provincie questi giudizi sono frequenti e fanno torto al governo, il quale lascia correre in essi le mire di coscienza, e con esorbitanza ributtante. Tra noi l'abolizione de' giudizi di stupri farà epoca nella nostra legislazione ». G.M. GALANTI, *Testamento forense*, Venezia, 1806 (ed. Napoli, 1977), II, Cap. V (Divario tra il foro di Napoli e quello di Roma), § 2 (Costituzione civile dello Stato di Roma), p. 137.

⁽¹⁹⁹⁾ G.M. GALANTI, *Osservazioni sopra la nuova legge abolitiva de' delitti di stupro*, pp. 1026, 1027 e 1028.

senza fare strepito o mormorare »); al contrario, « le donne volgari, senza onestà e senza educazione, colla stessa facilità colle quali si lasciano sedurre, si apprestano in giudizio » (200).

Il discorso non resta isolato nell'ambito penale e coinvolge il complesso di tutele giuridiche fondate sulla vecchia immagine femminile, in primo luogo il tema della filiazione. La disarticolazione del fondamento giuridico dello stupro semplice investe inevitabilmente l'intero apparato protettivo collegato alle 'congetture' di onestà della donna. È lo stesso Galanti a fornirci una testimonianza in tal senso nel suo *Testamento forense*.

Il « despotismo forense » — proclama — travolge l'idea 'legale' della paternità (« Padri e figli sono persone legali perché il matrimonio li fa tali presumere ») e finisce col collegare la paternità naturale alla « dissoluzione dei costumi » (201). Anche qui sotto accusa sono « le presunzioni e le congetture » escogitate dai giuristi per provare la filiazione fuori dal matrimonio e per « obbligare un uomo ad essere... padre » di un figlio che egli non intende riconoscere (202): « con molta indifferenza i nostri magistrati dichiarano figli naturali i nati *sine conjugio* co' loro sciocchi metodi » (203).

Indizi, presunzioni, congetture, equità, giureconsulti che si fanno legislatori appaiono i segni di un mondo decrepito volto a mantenere in piedi un sistema di protezioni dell'onestà privo di qualsiasi fondamento giuridico: « Non si può figurare maggiore abbandono di principj, adottandosi nella filiazione gli indizi e le congetture: abbiamo così acquistato de' padri ne' bordelli. Per effetto del misto di diversi dritti e del sincretismo forense, oggi concubinato, equità, figli naturali, presunzioni... sono parole senza

(200) *Ibidem*, pp. 1028 e 1029. Le pagine di Servan sulla virtù del silenzio nelle donne indubbiamente pesano nei giudizi di Galanti (un richiamo esplicito al giurista francese è in *Testamento forense*, cit., I, Cap. IV, § 1, p. 85): « Oui sans doute je croirai, même sur ses faiblesses, le témoignage d'une fille qui se tait, et jamais celui d'une fille qui ose parler; je croirai ses larmes, et jamai ses récits ». Ed è in fondo lo stesso 'appello al diritto' che rende la donna sospetta: « je vois dans son caractère une audace qui la bannit de son sexe; elle n'est plus femme, elle n'a plus le frein de son sexe ni celui de nôtre » (SERVAN, *Discours prononcé sur une déclaration de grossesse*, cit., p. 161 e 162).

(201) G. M. GALANTI, *Testamento forense*, cit., I, Cap. V. p. 141.

(202) *Ibidem*, p. 144.

(203) *Ibidem*, p. 144 e 145.

idee, che formano il nostro gergo legale. I forensi sono divenuti con questo aiuto i nostri legislatori, ed abbiamo obbliato ogni idea di giustizia pubblica per secondare tutti i vizj di un secolo corrotto. Quindi i bastardi, tanto odiosi alle leggi, sono tanto favoriti da' tribunali, in luogo di ordine, di virtù, di costumi, ci pregiamo di spurj, di progetti, di adulterini, di aborti. Quando non vi sono più principj, non vi è più morale, non più *giustizia*. L'illusione di questa parola meriterebbe un lungo trattato » (204). Critica all'arbitrio giudiziario e richiesta di legalità si saldano con l'osservazione della decadenza morale dei costumi, con la presa d'atto delle sventure della virtù. La 'disonestà' delle donne serve a richiedere un nuovo argine generale contro il disordine, una ridefinizione di 'giustizia', e torna ad invocare, come nel caso dello stupro semplice, una diversa lettura giuridica delle apparenze. La valorizzazione del consenso femminile affiora solo trasversalmente rispetto alla caduta delle presunzioni volte a incoraggiare 'i vizi di un secolo corrotto', e affiora solo per esigere una sanzione coerente con la fine delle virtù.

Il forte impatto di queste pagine è dovuto alla loro sotterranea continuità con temi ben radicati all'interno del modello dell'onestà, alla esasperata richiesta di coerenza, alla netta espulsione dal concetto di giuridicità di ogni valutazione contrastante con la rigorosa responsabilità dei singoli. Dall'alto delle loro certezze legalistiche non avranno molti dubbi i giuristi dell'Ottocento nel condannare in blocco l'intero sistema 'equitativo' delle protezioni di antico regime: « Scrittori e magistrati — scrive un civilista che, nella seconda metà dell'Ottocento, ripercorre le vicende del sistema delle protezioni di antico regime forte della lettura di Servan e di Galanti — informavano le loro teorie e le loro decisioni ad un sistema di presunzioni, spiegato soltanto da quella malintesa equità, che dominava in passato nel campo della dottrina, e più nel campo della giurisprudenza » (205). La penalistica — con Carrara in testa — non è da meno nel condannare l'assenza di fondamento giuridico delle tutele penali dell'onestà in antico regime. Distinzioni nette e rigorose si impongono: il filo unitario che legava assieme protezioni di diversa natura ad una comune rappresentazione giuridica della donna one-

(204) *Ibidem*, I, Cap. V. p. 146.

(205) G. LOMONACO, *Istituzioni di diritto civile*, II, Napoli, 1894², p. 101.

sta non ha più senso per il giurista ottocentesco che, ancora assorto dal tema dei disordini e dalla fine della virtù, è tutto intento a respingere ogni ‘malintesa equità’ delle presunzioni, a negare ogni confusione tra ‘carità’ e diritto.

8.3. *Un’onestà più perfetta e più piena: il silenzio delle leggi*

È solo avendo ben presente la complessiva crisi dell’unitario sistema di protezioni per l’onestà che possiamo rileggere le affermazioni di Filangieri, la svolta impressa dal ‘secolo dei lumi’ di cui ci parla Carrara, e da cui eravamo partiti. Filangieri e ‘i suoi seguaci’ — i pericolosi innovatori contro cui si scaglierà Giuliani, un giurista ancora intento a difendere le ragioni ‘politiche’ della repressione dello stupro semplice⁽²⁰⁶⁾ — ci presentano un riepilogo settoriale di temi interni al modello dell’onestà, piuttosto che un radicale abbattimento della struttura giuridica delle protezioni; il loro intento di fronte ai ‘disordini’ è quello di fissare un nuovo modello di controllo, nuove forme di repressione, evitando l’elasticità, l’ambivalenza, ‘l’incostante equità’, dell’antecedente sistema delle protezioni⁽²⁰⁷⁾. L’onestà, solo l’onestà vera deve essere difesa dal « giusto rigore delle leggi »: è questa la ‘rivoluzione’ di Filangieri⁽²⁰⁸⁾.

⁽²⁰⁶⁾ Cfr. *infra* III. 4. 2.

⁽²⁰⁷⁾ Insiste sull’elasticità e la ambivalenza dei sistemi di controllo dell’ordine morale e sessuale nello Stato pontificio (che ancora nel corso dell’Ottocento ha un impianto protettivo in continuità con quello che qui ho indicato come modello di antico regime) Margherita Pelaja che ipotizza un uso ‘contrattuale’ da parte dei singoli e dei gruppi dei dispositivi di controllo e di repressione. Cfr. M. PELAJA, *Matrimonio e sessualità a Roma nell’Ottocento*, cit.; cfr., anche, *La Chiesa e i concubini (Roma, secolo XIX)*, in A. Pasi e P. Sorcinelli (a cura di), *Amori e trasgressioni. Rapporti di coppia tra ‘800 e ‘900*, Bari, 1995, p. 167 e ss. L’angolo visuale permette di cogliere dall’interno, senza trionfalismi riguardo alla cieca repressione di antico regime, l’uso dei meccanismi di protezione giuridica da parte delle donne e, nello stesso tempo, aiuta a comprendere le critiche contro ‘l’equità’ del sistema costantemente affiancate dai giuristi al tema dei ‘disordini’.

⁽²⁰⁸⁾ Le pagine critiche nei confronti dell’arbitrio giudiziario e la sua « incompatibilità » con le libertà civili sono notissime. Continuo è il riferimento ad ‘equità’ come ad ‘arbitrio’ e a ‘legge’ come ‘libertà’: « ... questa specie d’Equità, che incostante nelle sue regole, si fa, per così dire, una bilancia particolare, ed un peso proprio in ogni causa, è quella, dalla quale la maggior parte delle Nazioni è stata così funestamente tradita... »;

Il tema degli abusi, quello dei disordini, è ben presente nelle pagine di Filangieri intento a dettare le linee direttive per il « savio legislatore » che deve saper 'prevenire senza inutilmente punire', « correggendo i costumi, restringendo il numero de' celibi, favorendo i matrimonj, e più di tutto aumentando e ristabilendo i patriarcali e coniugali diritti interamente estinti ne nostri tempi e presso i moderni popoli » (209). 'Prevenire senza inutilmente punire' è il criterio che deve ispirare il buon legislatore alle prese con lo stupro semplice: « il legislatore cercherà di prevenire il semplice stupro. Riserbando la sanzione penale pel solo stupro commesso con frode, o con violenza ». La motivazione, più che illuminate distinzioni tra diritto e morale, riecheggia (meglio, ripete alla lettera) le consolidate richieste d'ordine delle famiglie (« Una lunga esperienza ha fatto vedere che la legge, che nel primo caso obbligava l'uomo a sposare la donzella o a dotarla, moltiplicava i disordini, favoriva il delitto, ed esponeva l'innocenza. La fanciulla che vedeva il vantaggio che trar poteva dal richiesto favore, aveva una ragione di più per concederlo, e qualche volta per suggerirne la richiesta » (210)), ripropone senza varianti la non meno consolidata retorica del consenso colpevole della donna (« le donne istesse, che avevan messo in commercio il loro corpo, con istudiatu raffinementi e con simulata verginità turbavano di continuo la pace di tanti onesti cittadini, che venivano in ogni giorno chiamati in giudizio per un delitto del quale erano sicuramente innocenti » (211)).

È dalla negazione delle 'devianze', dalla critica verso « la tacita

« credono... che il dovere del Magistrato sia di supplire coll'equità al giusto rigore delle leggi ». G. FILANGIERI, *Riflessioni politiche su l'ultima legge del Sovrano che riguarda la riforma dell'amministrazione della Giustizia*, Napoli, 1774, p. 20 e p. 16 (ed. Napoli, 1982, con una nota critica di Raffaele AJELLO, *Il tempo storico delle « Riflessioni »*). Sul rapporto tra equità e legge in Filangieri cfr. S. COTTA, *Gaetano Filangieri e il problema della legge*, Torino 1954, pp. 27 e ss. Sul riformismo di Filangieri cfr. la *Nota introduttiva* di F. VENTURI a G. Filangieri, in *Illuministi italiani. Riformatori napoletani*, Milano-Napoli, 1962; R. FEOLA, *Utopia e prassi. L'opera di Gaetano Filangieri ed il riformismo nelle Sicilie*, Napoli, 1989, pp. 7 e ss. Più in generale sul tema è qui sufficiente rinviare a R. AJELLO, *Arcana juris. Diritto e politica nel Settecento italiano*, Napoli, 1976.

(209) FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, cit., p. 386.

(210) *Ibidem*, p. 387.

(211) *Ibidem*, p. 387.

approvazione » del delitto da parte dei parenti (« i loro occhi si chiudevano allorché era d'uopo di aprirli »), che scaturisce la esclusione della 'sanzione della legge' e si afferma l'abbattimento delle protezioni per la donna: la legge (dotare o sposare) « sarà forse stata utile in altri tempi » ma è « perniciosa nel nostro »; « se si consulta la ragione, essa ci dice che un delitto che si commette da due persone non deve essere punito nell'una, e premiato nell'altra. Se si consulta l'esperienza, questa ci ha pur troppo mostrati i *disordini* che derivano da questa determinazione. La ragione e l'esperienza prevaler debbono all'autorità ed agli esempj »⁽²¹²⁾. Ben all'interno della svolta illuministica, nella mutata considerazione del 'problema penale' ⁽²¹³⁾, il fondamento della depenalizzazione dello stupro semplice obbedisce semplicemente alla retorica del 'consenso colpevole' che aveva attraversato l'intero modello dell'onestà; quel filo di continuità interno al pensiero giuridico è ora solo esasperato dalla 'ragione e dall'esperienza', dall'esigenza di por fine alle incoerenti protezioni giuridiche dettate da esigenze oramai ritenute estranee al diritto, dettate da 'malintesa equità'.

La ricostruzione giuridica dell'unica figura di stupro da sottrarre al silenzio della legge rivela nella sua ingannevole 'modernità' tutti i vincoli con il modello d'antico regime: la violenza — scrive Filangieri — va punita sempre, « non solo quando si commette contro la donzella onesta o contro la vedova, ma anche quando si commette contro la prostituta »; ma la pena deve essere differenziata. La violazione de « i dritti di personale proprietà » è ferma in tutte le ipotesi, solo nel caso della donna onesta però « si turba anche l'ordine delle famiglie, si priva la donna dell'integrità del suo stato, si offende il suo pudore, e si prepara la sua posteriore sciagura »⁽²¹⁴⁾. La protezione ampia, accordata nel modello dell'onestà allo stupro semplice, ora resta rivolta alla sola violenza e lascia formalmente il segno nell'esigenza di dover isolare la figura della meretrice la cui palese mancanza d'onestà imprime una 'qualità diversa' al delitto. Lo stupro violento va isolato, reso compiutamente

⁽²¹²⁾ *Ibidem*, p. 388 (in nota).

⁽²¹³⁾ Cfr. G. TARELLO, *Il « problema penale » nel secolo XVIII*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, V, 1975, pp. 13 e ss.

⁽²¹⁴⁾ G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, cit., p. 388.

autonomo, occorre evitare qualsiasi richiamo alla « osservanza delle antiche leggi contro lo stupro di seduzione, o di comune consenso »⁽²¹⁵⁾, non bisogna per nessuna ragione bilanciare la rappresentazione giuridica del consenso della donna con altri interessi, in nessun caso il giurista deve lasciarsi andare al dubbio sulla veridicità del consenso della donna: « ...quando non vi è né violenza né frode, lo stupro si supponga sempre volontario per tutte e due le parti e per conseguenza escluso dalla sanzione della legge. Ecco le disposizioni del Codice penale sullo stupro. Le altre parti della legislazione preverranno quello, che non si potrebbe punire, senza moltiplicare i disordini, ed indebolire le civili libertà »⁽²¹⁶⁾.

Il nuovo modello dell'onestà è tracciato, scompare la sanzione del dotare o sposare e ci si affida alla sanzione preventiva del *silenzio delle leggi*: « che si bilancino i mali, che nascono dal proposto silenzio delle leggi su questo delitto, con quelli che produce l'opposto sistema »⁽²¹⁷⁾. I disordini, gli abusi, gli inganni, non lasciano dubbi sulla strategia da seguire: occorre smettere di credere alle presunzioni del passato; occorre garantire la 'vera' onestà delle donne⁽²¹⁸⁾. Aggregato com'è al solo dato della volontà deviante della donna, il 'sogno' abbattuto è diventato più ampio, più rigoroso.

« Lo stupro semplice — scrive senza tentennamenti Carmignani — può contentarsi d'un grado qualunque di prova dell'onestà della donna: lo stupro con violenza la richiede più perfetta e più

⁽²¹⁵⁾ Per lo stupro « con frode commesso » (« che la pena di questo sia inferiore a quella dello stupro violento ») si ipotizzano solo casi estremi: « finto matrimonio », dolosa somministrazione di bevande inebrianti. Lo stupro di « una fanciulla che non è ancora uscita dall'infanzia » va valutato come violento, quello « della donzella che non ha ancora oltrepassato il dodicesimo anno della sua vita » è assimilato allo stupro fraudolento.

⁽²¹⁶⁾ G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, cit., p. 389.

⁽²¹⁷⁾ *Ibidem*, p. 389.

⁽²¹⁸⁾ Svincolata dal sistema delle protezioni, la valutazione del consenso femminile può rivendicare una sua compiuta linearità nei confronti dell'onestà, lontano dalla ricerca di collegamenti tra le donne *sive volentibus sive nolentibus*. Lineare, coerente, uguale, in un solo frammento (che sarà posto nelle codificazioni a confrontarsi con un complessivo assetto della condizione giuridica della donna non meno fragile di quello di antico regime) la retorica 'moderna' del libero consenso resterà — come vedremo — ancora a lungo prigioniera del modello dell'onestà tracciato in antico regime.

piena » (219). L'affermazione è comprensibile solo se inquadrata nel sistema delle protezioni d'antico regime; ma anche 'seguaci di Filangieri' impegnati strenuamente sul fronte della depenalizzazione dello stupro semplice sono pronti a sottoscrivere (220). Il programmatico disinteresse del diritto per la morale e il peccato non è sufficiente a impedire che l'accertamento della volontà della vittima meritevole di tutela sia rigoroso sino ad essere spietato; e, del resto, 'libera padrona del suo corpo' la donna deve essere pienamente degna di quell'ultima protezione che le resta. Il richiamo alla libertà della donna non riesce a ridisegnare la struttura della tutela penale 'residua' ed è utilizzato soltanto per collegare conseguenze lineari e rigorose al « proposto silenzio delle leggi ». Il giurista moderno non accetta più compromessi: guarda senza il filtro delle presunzioni alla volontà libera, alla volontà 'vera'; ed esige (senza indulgenti mitigazioni equitative) il riferimento ad una volontà onesta, un'onestà « più perfetta e più piena ».

(219) G. CARMIGNANI, *Accusa di stupro violento* (1831), in *Cause celebri*, Pisa, 1845, III, p. 345.

(220) Cfr., a mo' d'esempio, F. CARRARA, *Violenza carnale e meretricio putativo*, in *Opuscoli di diritto criminale*, Lucca, Vol. III, 1870, pp. 211 e ss., ma in particolare p. 232. Sulla questione comunque si cfr. *infra* III. 3.

PARTE SECONDA

LIBERA VOLUNTAS

**Onestà e consenso nel silenzio delle leggi:
l'età delle codificazioni**

« E l'armatura non ve la togliete mai d'indosso? (...) — Non c'è un indosso. Togliere o mettere per me non ha senso »

(I. CALVINO, *Il cavaliere inesistente*)

CAPITOLO TERZO
« COLPEVOLE COL CONSENTIRE »

1. Premessa. — 1.1. Silenzio delle leggi e volontà libera. — 1.2. Silenzio delle leggi ed onestà. — 2. Un ‘fatto materiale’, un ‘fatto visibile’ (la negazione di ‘ogni seduzione’ e il riferimento alla sola violenza ‘vera, reale, effettiva’ nel diritto penale). — 3. Un’onestà visibile (i civilisti e il ‘libero consenso’ femminile come ‘colpa’). — 3.1 *Absolument spontanée*: un cenno alle scelte della Rivoluzione. — 3.2. ‘Certezze assolute’ e ‘salutare severità’ nel *Code Napoléon*. — 4. Coerenze dogmatiche: i penalisti e il silenzio della legge come sanzione. — 4.1. Una storia semplice: la secolarizzazione raccontata dai penalisti. — 4.2. Consenso ‘uguale’ e depenalizzazione dello stupro semplice. — 4.3. L’ambigua seduzione di Carrara. — 4.4. Le ‘sventure della virtù’ e lo ‘stupro violento’. — 5. Coerenze dogmatiche: i civilisti e il silenzio della legge come sanzione. — 5.1. « Donna impudente » e « decoro della famiglia ». — 5.2. Silenzio della legge e certezze legali: l’equilibrio delle ‘sanzioni’ civilistiche. — 5.3. « Contrari affetti »: il disagio degli interpreti. — 5.4. Certezza legale e « presunzione di immoralità della donna ».

1. *Premessa*

L’approdo al ‘silenzio delle leggi’ in riferimento al delitto di stupro semplice è presentato costantemente nel corso dell’Ottocento come un simbolo della fine della ‘repressione’ e degli ‘arbitrii’ presenti in antico regime, come l’avvio di un nuovo modello giuridico di valutazione della volontà femminile. Le nuove sensibilità del presente sono nettamente contrapposte alle genericità, alle confusioni, al disinteresse per il libero consenso dei singoli racchiuso nelle presunzioni ‘poetiche’ delineate dalla scienza giuridica di antico regime: il silenzio delle leggi riguardo all’illiceità delle relazioni sessuali consensuali tra persone non legate da vincoli matrimoniali è collegato rigidamente al nuovo quadro delle fonti del diritto che ‘impone’ agli interpreti il definitivo abbandono dell’arbitrio rac-

chiuso nella ‘malintesa equità’ dei giureconsulti, il trionfo del rigore e della certezza del diritto ⁽¹⁾.

Per comprendere i sentieri tracciati dalla scienza giuridica ottocentesca nella valutazione del consenso della donna è necessario liberarsi da tale consolidata retorica della svolta realizzatasi nel giuridico con ‘età dei lumi’, così come occorre guardare alle ricostruzioni di antico regime senza schiacciarle entro i termini di un generalizzato arbitrio, di una repressione (a volte crudele, a volte troppo mite) svincolata da un’attenzione alla volontà dei singoli. Abbiamo visto quanto complessi fossero in antico regime i collegamenti tra ricostruzioni della volontà onesta della donna e protezioni giuridiche; la ricerca di un nesso continuo tra volontà ed onestà non scompare col ‘silenzio delle leggi’ e continua a guidare ancora l’approccio dei giuristi dell’Ottocento all’interpretazione della libera volontà della donna. Le ricostruzioni ‘antiche’ non sprofondano nell’abisso posto lì a dividere l’antico regime dall’Ottocento: l’insistente retorica sul consenso femminile ‘libero e uguale’ nelle relazioni sessuali fuori dal matrimonio, l’ossessiva negazione delle presunzioni di onestà e la contraddittoria enfasi posta sulla volontà ‘vera’ della donna sono ancora profondamente influenzate dal modello così insistentemente negato.

In questa seconda parte del lavoro non si intende certo contrapporre una continuità assoluta all’astratta rappresentazione di una netta svolta; l’obiettivo è meno radicale, ed è quello di cercare di comprendere le molteplici ambiguità presenti nelle pagine dei giuristi dell’Ottocento — ora intenti ad esaltare la volontà libera e uguale della donna, ora a mostrarne limiti e incapacità — alla luce del composito bagaglio culturale forgiato nei secoli antecedenti. Se non si enfatizzano i contrasti tra ‘le sensibilità dell’età dei lumi’ e il modello di antico regime (se si rifiuta dunque di ridurre quel modello entro le linee convenzionali e banali accreditate dalle ‘opposizioni’ presentate dagli stessi giuristi), la rappresentazione di una frattura netta appare ingannevole: le contrastanti letture dei giuristi dell’Ottocento riguardo alla volontà della donna restano ancora accomunate, così come accadeva in antico regime, dalla

⁽¹⁾ Cfr. il punto 1.1 di questa premessa; e III. 4.1.

convinzione di dover offrire protezioni giuridiche solo alla donna dalla volontà *veramente* onesta. Il composito legame tessuto in antico regime tra interpretazione della volontà femminile ed onestà, tra volontà 'ordinata' della donna e attribuzione di protezioni giuridiche non è reciso, ma è esasperato: il riferimento dei giuristi al libero consenso della donna è utilizzato (soltanto) per negare protezioni giuridiche a donne indegne dell'intervento del diritto perché 'colpevoli del proprio disonore', 'colpevoli col consentire'; è utilizzato (soltanto) per esigere un assoluto silenzio (silenzio della legge, silenzio degli interpreti) che si presenta come una forma di sanzione più efficace nei confronti della volontà femminile disonesta.

Il richiamo alla libertà del consenso della donna, il riferimento ad un valore 'uguale' del consenso femminile è posto in primo piano solo per negare le protezioni equitative presenti in antico regime, protezioni per lo più agganciate — come abbiamo visto — a una ricostruzione presuntiva dell'onestà della vittima. Il giurista dell'Ottocento nega le presunzioni del passato, si contrappone con forza alle immagini femminili da esse accreditate; la sua interpretazione vuole essere rigorosa, coerente con la complessiva struttura di una dimensione giuridica compiutamente individualistica. Proiettata sulla condizione giuridica della donna, la 'valorizzazione' della volontà libera è semplice strumento di affermazione (non più presuntiva) di onestà: il discorso dei giuristi sulla *voluntas libera* non riesce infatti mai ad affrancarsi dalle maglie di antico regime (2).

1.1. *Silenzio delle leggi e volontà libera*

Nel 'silenzio delle leggi' reclamato da Filangieri riguardo allo stupro semplice si possono cogliere (così come fecero i giuristi dell'Ottocento) i segni di una svolta più ampia: nella negazione dello stupro della consenziente come delitto si può scorgere la valorizzazione della volontà libera della donna e l'attribuzione di un peso giuridico 'uguale' al suo consenso, la consapevole affermazione di una netta distinzione tra diritto e morale, tra delitto e peccato, la fine di protezioni giuridiche prive di un riferimento effettivo al volere dei

(2) Cfr. il punto 1.2 di questa premessa.

singoli. Si insiste così soprattutto sulla rottura con il quadro di antico regime: 'il silenzio' imposto dalla depenalizzazione è assunto a simbolo del superamento di una generica repressione delle relazioni sessuali consensuali tra persone libere, prima affermazione di una tutela giuridica attenta a valorizzare la volontà (la libertà del consenso), coerente espansione del principio *volenti et consentienti non fit iniuria* in relazione al tema della verginità, presa d'atto da parte del diritto della libera disponibilità del proprio corpo da parte della donna.

I costanti richiami al primato della legge e al ridimensionamento del ruolo dell'interprete che — come abbiamo visto — accompagnano le richieste di depenalizzazione ne accentuano il carattere innovativo, tornano a porre ancora in primo piano la rottura con l'assetto di antico regime: la depenalizzazione dello stupro semplice esige per essere effettiva la negazione d'ogni spazio interpretativo, l'abbandono di ogni arbitrio, il rifiuto delle sottili argomentazioni e delle presunzioni forgiate dalla dottrina e dalla giurisprudenza di antico regime. La fissazione per legge della violenza 'vera, reale, effettiva' come requisito essenziale per la configurazione del delitto di stupro si collega così inevitabilmente al grande tema dell'abbattimento del protagonismo della scienza giuridica e al delinearsi di un nuovo quadro nelle fonti del diritto.

L'abbandono di « qualsiasi interpretativa » riguardo alla 'apparenza' del consenso femminile ribadisce il primato e la certezza della legge; l'effettività del 'silenzio della legge' impone che il giurista rinunci, come ammonisce Filangieri, a « supplire coll'equità al giusto rigore delle leggi ». Il rifiuto delle presunzioni d'onestà della donna, l'abbandono del ricorso al *praesumitur seducta*, si presenta in quest'ottica come una lineare affermazione del tema dell'equità come arbitrio, del rigore della legge come vera libertà. È dunque la preminenza della legge ad imporre che il giurista si confronti in modo nuovo anche con il tema della volontà femminile, opponendosi in blocco alle convinzioni del passato.

Abbagliati dal mito delle certezze legalistiche, i giuristi dell'Ottocento dipingono un quadro ricco solo d'opposizioni e di contrasti: in nome della certezza del silenzio della legge si devono respingere tutte le interpretazioni giuridiche 'benevole', si devono negare le distribuzioni equitative (cioè 'arbitrarie') di sanzioni e tutele diffuse

in antico regime. Forte (solo) di tale contrasto, il giurista oppone la sua lettura della volontà femminile a quelle antecedenti: si deve far ora riferimento — si afferma — ad una volontà libera, ad una volontà ‘vera’. Le nuove certezze nascono soltanto dalla sistematica negazione dei dubbi antecedenti, si mostrano solo in opposizione al passato: il riferimento alla volontà libera della donna è ‘nuovo’ perché si oppone alla selva di interpretazioni ‘antiche’, perché rifiuta in blocco le presunzioni, respinge l’ipocrisia nascosta negli schemi della seduzione; la volontà che il giurista pone al centro della sua attenzione è ‘certa’, ‘vera’, perché nega ogni confusione tra la visibilità della violenza al corpo e l’invisibile coazione legata alla violenza all’animo, perché egli si oppone a qualsiasi contaminazione tra *vis* e *vis interpretativa*. L’opposizione con il passato spinge, nel regno del rigore della legge, a diffidare d’ogni interpretazione della volontà della donna; la volontà libera è di per sé evidente, è certa, come è certa la legge: ‘qualsiasi interpretativa’ fa nascere il sospetto di un ritorno agli ‘abusi’, nasconde arbitrio, implica una possibile frode alla legge.

Il giurista dell’Ottocento pone così un profondo abisso tra il suo mondo e quello antecedente: nel nuovo orizzonte, segnato a tinte nette solo dai proclami e dai silenzi della legge, il filo della continuità con le interpretazioni del passato è reciso per sempre. Le dichiarazioni diffuse tra Sette e Ottocento contro il delitto di stupro semplice possono pertanto essere assunte ad emblema di una profonda discontinuità, sono un segno tangibile della svolta impressa nella cultura giuridica dalla critica illuministica, dalla Rivoluzione, dalla certezza della legge. Il venire meno della configurazione dello stupro semplice come delitto può essere così considerato come un compiuto segno di modernità: si smantella l’ampia configurazione dei *delicta carnis* e si ridefinisce il quadro dei diritti indisponibili, si compie un passo importante nella secolarizzazione del diritto penale, si affronta con rigore scientifico, ‘senza sentimentalismi’, il tema delle volontà libera dei singoli, si guarda solo alla concreta lesione del diritto ⁽³⁾.

⁽³⁾ Da questo punto di vista la valorizzazione della volontà della donna utilizzata per abbattere le protezioni oggettive dell’onestà (basti pensare alla donna di cui parla

Considerando tale percorso, autorevolmente accreditato dallo stesso racconto dei giuristi dell'Ottocento, l'aspetto su cui più si è tentati di porre l'attenzione è il silenzio della legge come 'fine della repressione', come l'affermarsi di una complessiva « marginalità della dimensione giuridica » (4). Cosciente dell'impossibilità di confondere ancora diritto e morale, di punire peccati come reati, il giurista tace e si avvale della sua tecnica per mettere a fuoco la sola lesione dei diritti soggettivi così come sono delineati dalle leggi. E nel silenzio della legge, cui si accompagna il necessario silenzio dei giuriconsulti, non si può che intravedere una rappresentazione giuridica innovativa del libero consenso: il superamento delle vaghe presunzioni fissate dagli interpreti di antico regime; la fine della poco scientifica 'poesia' della presunzione di seduzione è lì a dimo-

Carrara per negare ogni rilevanza giuridica allo stupro semplice: 'libera padrona del suo corpo' che 'con libero e valido consenso ne dà balia al proprio amatore' conterrebbe in sé le linee essenziali poi seguite nel corso del XIX e XX secolo: il diritto tace di fronte a libere scelte compiute da adulti consenzienti che sono incapaci di arrecare una specifica lesione del diritto. Il concetto per cui « ogni adulto consenziente ha totale libertà di cercare il piacere facendo ciò che vuole con il suo corpo, con il solo limite del rispetto di un comune senso del pudore... », assieme alla « estensione sino al suo limite estremo del concetto di individualismo », è posto come base della morale sessuale contemporanea, come odierno controverso punto di approdo della storia della sessualità. Cfr. L. STONE, *La sessualità nella storia*, Roma-Bari, 1995 (ed. orig. London-New York, 1987), p. 92.

(4) Anche chi nega che il venire meno dei vincoli giuridici implichi una diminuzione delle forme di controllo sociale vede comunque nel silenzio delle leggi la fine della centralità 'repressiva' del diritto (quella centralità fondata su una rigida struttura di regole atte a definire il lecito e l'illecito) e vi scorge una progressiva marginalità, « una fase di regressione della dimensione giuridica ». Il diritto è posto esplicitamente 'ai margini' proprio dal silenzio del legislatore e dal suo rinvio 'in bianco' ai costumi sociali che impone una preminenza di nuovi settori scientifici. È quello che Foucault individua come meccanismo di sovrapposizione del « dispositivo della sessualità » (fondato su tecnologie di potere — mobili, polimorfe, congiunturali — estranee al diritto, volte a realizzare un controllo globale della popolazione non più attraverso la 'semplice repressione', non più attraverso una manifestazione del potere nella forma della legge e del divieto) al « dispositivo dell'alleanza » (fondato sul sistema del matrimonio, della fissazione e lo sviluppo delle parentele, della trasmissione del nome e dei beni; un sistema volto a 'mantenere il corpo sociale' tramite un suo legame privilegiato con il diritto, con i grandi codici che regolavano sino al XVIII secolo le pratiche sessuali). Il diritto pertanto tace, mentre ad altri settori è affidata la disciplina e il controllo delle scelte dei singoli. Cfr. M. FOUCAULT, *La volontà di sapere*, Milano, 1978, (ed. orig. Paris, 1976), pp. 37 e ss.; 73 e ss.; 94 e ss. e 128.

strare (per opposizione) la rivoluzione del presente, la scientificità del nuovo strumentario giuridico maneggiato dal giurista.

Questo schema di sviluppo (reso fortunato dal racconto del passato proposto della scienza giuridica ottocentesca) necessita di essere riconsiderato ponendo in primo piano la mentalità dei giuristi e le sue lente trasformazioni, cercando di cogliere, al di là di semplicistiche contrapposizioni, la sotterranea prosecuzione delle rappresentazioni di antico regime (irriducibili — come abbiamo visto — alla sola dimensione della repressione e del disinteresse per la volontà dei singoli).

Lo schema del silenzio della legge come valorizzazione giuridica della volontà libera della donna, come inizio della fine della repressione, è claudicante: mostra un frammento isolato di un quadro composito mai osservato nel suo insieme. In base a questo schema, la valorizzazione della volontà libera della donna, del ‘comune consenso’, del consenso ‘uguale’ nelle relazioni sessuali fuori dal matrimonio, nasce improvvisa dal rifiuto delle insensibilità del passato. Di fronte a tale brusca opposizione al passato, il percorso della mentalità dei giuristi appare incomprensibile: di colpo pervasa dal ‘progresso dei lumi’, improvvisamente dimentica degli « antichi pregiudizi », disposta a rinunciare alle consolidate ricostruzioni che dosavano onestà e volontà, distinguevano volontà ‘vera’ e volontà ‘apparente’ della donna. Il silenzio della legge come completo silenzio degli interpreti non è credibile, così come non è credibile un mutamento repentino delle concezioni dei giuristi riguardo alla necessaria onestà della donna, riguardo ai nessi da porre tra onestà e volontà degna di tutela.

Andando oltre lo schema del silenzio della legge come ‘fine della repressione’ e come valorizzazione della volontà libera, un quadro diverso delle interpretazioni dei giuristi può essere ottenuto spostando l’angolo d’osservazione per prestare attenzione (per continuare, qui, a prestare attenzione) al venire meno delle protezioni fissate in antico regime, per inseguire i nessi tra volontà e onestà femminile così come vengono riproposti dalla scienza giuridica nel corso dell’Ottocento: se la rappresentazione della svolta appare offuscata, più nette e omogenee si presentano le scelte degli interpreti, più unitario il percorso seguito dal pensiero giuridico.

1.2. *Silenzio delle leggi ed onestà*

Il valore simbolico della depenalizzazione dello stupro semplice non sta nell'improvvisa valorizzazione del « comune consenso » e della volontà libera della donna, ma soprattutto nella fine delle protezioni di antico regime, nell'incapacità della scienza giuridica di riproporre una composita mediazione tra presunzioni di volontà onesta della donna e protezioni.

Nel modello d'antico regime il costante richiamo alla presunzione di seduzione compone il quadro di una ordinata volontà femminile: il giurista — come abbiamo visto — propone la tranquillizzante immagine di una vittima caratterizzata da una volontà onesta e solo per questo degna di tutela, degna della protezione del diritto. La presunzione di una volontà onesta della donna, la presunzione di una vittima degna di tutela, rappresenta in quel modello l'implicito sostegno teorico per una più ampia gamma di protezioni attribuite dall'interprete.

Le richieste di depenalizzazione insistono sul tema della donna *domina sui corporis*, su quello della volontà libera, e negano — respingendo la presunzione di seduzione — valutazioni approssimative e imperfette delle responsabilità individuali; questi richiami appaiono però completamente immersi nell'itinerario tracciato in antico regime, non rappresentano un abbandono del nesso tra volontà ed onestà, ma una sua riaffermazione. Il silenzio della legge infatti non respinge l'immagine della donna dalla volontà onesta come sola donna degna della protezione del diritto, ma la esalta: l'insistenza sul tema della donna *socia criminis* (gravato dall'eredità del dibattito canonistico e teologico) mostra, del resto, una secolarizzazione miope, una depenalizzazione dei *delicta carnis* sbilenca, più attenta ad esigere nuove forme di sanzione che a valorizzare il libero consenso. L'intera vicenda penalistica del passaggio dall'ampia figura dello stupro al solo stupro violento può essere riletta considerando il silenzio della legge come una forma di sanzione nei confronti della donna 'deviante' ⁽⁵⁾.

L'attacco alle 'poetiche' presunzioni d'onestà nel diritto penale non può, però, essere considerato in modo isolato. L'argomento più

(5) Cfr. *infra* il quarto paragrafo del presente capitolo.

ricorrente posto a sostegno della depenalizzazione dello stupro semplice è quello della necessaria negazione di protezioni immeritate attribuite a donne dall'onestà solo presunta; e sappiamo che nel modello d'antico regime la rappresentazione penalistica della vittima onesta costituiva il presupposto per l'attribuzione equitativa di variegate tutele per la donna, dal matrimonio alla dote, agli alimenti. Il rifiuto della configurazione ampia dello stupro, l'opposizione alle presunzioni di seduzione, è importante perché impone la caduta di un fondamento essenziale nell'architettura complessa delle protezioni per l'onestà: priva del sostegno fornito dalla rappresentazione penalistica dell'onestà presunta, l'intera struttura è in crisi.

Il richiamo dei giuristi alla volontà libera della donna nel corso dell'intero Ottocento è una prosecuzione del dibattito presente nel modello di antico regime: le certezze della legge costituiscono per i giuristi una mera affermazione di un'immobilità assoluta dei nessi tra onestà e volontà della donna; guardando quelle certezze, il giurista ribadisce in ogni sua scelta nuove ed esasperate coerenze nella protezione della volontà 'veramente onesta'.

Il riferimento alla presunzione di seduzione può aiutarci ancora a cogliere l'intero percorso: affermatasi nel modello di antico regime per l'esigenza di considerare sempre la vittima come caratterizzata da volizioni oneste, la presunzione di seduzione offriva al giurista di antico regime la possibilità di mediare tra un impianto oggettivo delle protezioni per l'onestà e configurazione soggettiva di una vittima onesta. La progressiva valorizzazione dell'aspetto soggettivo esige — lo abbiamo visto in particolare nel discorso dei teologi della Seconda Scolastica — un accertamento più ampio delle volizioni del soggetto, un riferimento più puntuale alle volizioni oneste, alle volizioni libere della donna; tende a negare, insomma, che la ricostruzione soggettiva rimanga un mero orpello nel sistema del giurista: il ricorso al *praesumitur seducta* non può annientare il riferimento alle 'vere' volizioni della donna. L'ampia diffusione di tali sensibilità soggettive negli scritti dei giuristi di antico regime non riesce però a piegare l'intero l'impianto presuntivo: alle presunzioni d'onestà si continua infatti a fare riferimento sino alla fine del Settecento per attribuire protezioni alla donna onesta (presunta onesta).

La negazione della presunzione di onestà, l'affermazione della

volontà libera della donna indirizzata anche in direzioni diverse dall'ordine matrimoniale ha una sola (necessaria) conseguenza nel sistema protettivo dell'onestà femminile tracciato in antico regime: la completa perdita di qualsiasi tutela giuridica. La configurazione di un'onestà interiore non presunta (di un'onestà dell'anima vera, reale, effettiva) pone dunque progressivamente in crisi l'assolutezza delle presunzioni; ma i giuristi di antico regime stentano a recidere completamente i nessi con le presunzioni d'onestà, non riescono a negare ogni protezione per accedere al solo rigoroso accertamento della volontà della donna e esaltare così il principio per cui *volenti et consentienti non fit iniuria*.

Il netto rifiuto della presunzione di seduzione, privando il modello dell'onestà di qualsiasi possibilità di mediazione, lo esaspera e lo rende più coerente: l'onestà dell'animo non può essere presunta, occorre valutare giuridicamente la volontà della donna che è responsabile del suo disonore; non è mai possibile, per nessuna esigenza, transigere di fronte ad una volontà colpevole. L'abbandono della presunzione è, certo, vittoria del soggettivo sull'oggettivo, superamento delle volizioni del soggetto come mero orpello di altri valori indisponibili; ma è anche (e soprattutto, nella mentalità dei giuristi) esasperata coerenza del modello dell'onestà, abbattimento di qualsiasi protezione non indirizzata verso donne dall'onesta 'vera, reale, effettiva'.

La 'svolta' realizzatasi tra XVIII e XIX secolo è vissuta dai giuristi come il pieno raggiungimento della coerenza dell'onestà soggettiva a scapito dei resti del sistema di protezioni oggettive dell'onestà; il giurista moderno considera le protezioni 'antiche' solo come 'misericordia' e 'carità' svincolate da un rigoroso accertamento delle vere volizioni, della vera onestà, della donna e dalle necessarie conseguenze giuridiche che occorre trarne. L'abbandono della presunzione di seduzione non abbatte il modello dell'onestà, ma lo esige 'più perfetto, più pieno': così perfetto, così pieno, da negare il dubbio di qualsiasi interpretativa, da esigere solo certezze assolute riguardo alla volontà della donna. Per quanto esasperi il richiamo alla libertà come nuovo polo di riferimento della sua ricostruzione, il giurista dell'Ottocento continua a considerare la volontà onesta come la sola volontà degna della protezione del diritto: la rinuncia a ricostruzioni presuntive del consenso, la richiesta di responsabilità

da ricollegare alla volontà libera sono presentate inamovibilmente come ricostruzioni più severe e coerenti dell'onestà; la negazione di 'qualsiasi interpretativa' riguardo al consenso della donna è rifiuto d'ogni mediazione equitativa tra protezioni dell'ordinamento e un'onestà soggettiva che il giurista esige 'piena'.

Il perdurare del nesso tra volontà libera ed onestà fa sì pertanto che la conseguenza giuridica più significativa collegata alla 'valorizzazione del libero consenso' della donna sia sempre (e solo) quella della perdita delle protezioni giuridiche antecedenti (non a caso sempre definite come 'benevole'). La negazione di qualsiasi protezione, il rifiuto dell'intervento del diritto, è il necessario corollario giuridico che accompagna la rappresentazione della donna come soggetto dalla volontà libera, ed è la sola conseguenza rilevante che il giurista sa trarre dalla caduta delle presunzioni d'onestà.

Cadono le presunzioni, resta solo l'exasperata ricerca di una volontà 'veramente' onesta della donna. Le coerenze dell'onestà sono tratteggiate in modo spietato dai giuristi nel corso dell'Ottocento: le protezioni collegate in antico regime all'illiceità delle relazioni sessuali fuori dal matrimonio sono — come vedremo — sistematicamente negate nel corso dell'Ottocento; una negazione perseguita nei Codici e teorizzata ampiamente dalla dottrina ottocentesca in tema di alimenti, in tema di ricerca di paternità e della maternità, in tema di filiazione naturale. Il diritto civile ottocentesco che guarda alla volontà libera della donna sa solo offrire la negazione di protezioni giuridiche come 'sanzione' nei confronti della volontà libera e non osa mai ipotizzare nuove forme di protezione; il richiamo alla volontà libera affiora solo per restringere le protezioni antecedenti, per colpire donne 'astute' pronte ad utilizzare ogni ambiguità del diritto come comodo rifugio per la loro disonestà. Nel silenzio delle leggi, più che l'istanza di una separazione tra diritto e morale, c'è un'ossessiva negazione degli abusi delle donne disoneste; più che la constatazione dell'impossibilità di risolvere con il diritto ogni immoralità sociale (così come ripete Zanardelli presentando il 'suo' Codice), c'è il rimpianto di un ordine morale perduto, la presa d'atto che solo la fine dell'intervento della legge rappresenti la punizione più degna per la disonestà.

Retaggio del modello di antico regime, la scelta del silenzio della

legge come sanzione nei confronti di una donna ‘colpevole col consentire’ si presenta come il tratto unitario che lega nel corso dell’Ottocento i richiami dei giuristi alla *voluntas libera* della donna. Non è un caso, del resto, che l’intera retorica ottocentesca è costantemente intessuta di riferimenti ai risultati negativi raggiunti dal modello di antico regime: l’immagine mitizzata degli eccessi, degli abusi, degli arbitrii del passato giustifica l’assetto rigoroso e coerente del presente. E gli eccessi, gli abusi cui si fa riferimento sono, si badi bene, gli abusi delle donne disoneste resi possibili dalla prassi giuridica; quella prassi che, presumendo l’onestà e ignorando il libero consenso prestato dalle donne al loro disonore, le aveva tutelate *sive volentibus sive nolentibus*, creando così disordine ed immoralità. Nessuna critica agli obiettivi, si attaccano soltanto i mezzi utilizzati: benevoli, caritatevoli, espressione di un principio giuridico confuso col sogno. L’insistenza sul consenso libero è in questo quadro semplicemente lo strumento idoneo a non contaminare più il diritto con la protezione di donne dall’onestà incerta, è estremizzazione di un modello dell’onestà soggettivamente più rigoroso.

Dai dibattiti rivoluzionari, dai lavori preparatori dei Codici, dalle pagine dei commentari, dalla giurisprudenza, il tema del ‘consenso femminile libero e colpevole’ si ripropone costante per l’intero Ottocento: scostando l’attenzione dal diritto penale, dominato dall’ingannevole enfasi del superamento della repressione di antico regime e da un esasperato (quanto ingenuo) riferimento al principio di legalità, il tema è ben radicato soprattutto nelle ricostruzioni civilistiche ‘orfane’ del supporto dell’illiceità delle relazioni sessuali fuori dal matrimonio fissata in antico regime e sempre incapaci di svincolarsi dalla struttura della protezione dell’onestà fissata in quel modello. L’intera vicenda del divieto di ricerca di paternità è — come vedremo — continua proposizione del tema della fine delle protezioni come sanzione nei confronti di una donna colpevole: la configurazione del consenso libero e il rifiuto della presunzione di seduzione si presentano come freno nei confronti della disonestà, come sanzione nei confronti di donne ‘seduttrici’ e ‘disoneste’, nuovo strumento per affermare un’onestà ‘più perfetta e più piena’: «Les femmes deviendront plus réservées lorsqu’elles

sauront qu'en cédant sans avoir pris des précautions pour assurer l'état de leur postérité, elles en sont seules chargées » (6).

Il filtro dell'onestà resta, dunque, l'angolo visuale privilegiato attraverso cui il giurista moderno osserva la volontà della donna. La visione accomuna le ricostruzioni dei penalisti con quelle dei civilisti, è ben radicata nei silenzi dei Codici che, da quelli napoleonici al liberale Codice Zanardelli, presentano il 'rispetto' per la volontà libera soprattutto come strumento di affermazione più efficace dell'onestà. Gravato da tale fardello, il disinteresse per l'immoralità che non è in grado di arrecare concreta lesione del diritto altrui — su cui in modo sempre più ampio i giuristi insistono — non si presenta mai come un principio atto a generare concrete tutele delle scelte della persona.

Un'ultima osservazione: se si considera il silenzio delle leggi (e la retorica sul consenso femminile 'libero e uguale', quella sulla libera disponibilità del proprio corpo da parte della donna) dal punto di vista della fine delle protezioni, queste ricostruzioni non appaiono più contraddittoriamente scisse dalle molteplici configurazioni dell'incapacità della donna che costellano tutto Ottocento; l'intero quadro può essere collegato ad una trasformazione più lenta, ma più unitaria, della mentalità giuridica. Le contrastanti immagini femminili, le diverse modalità di valutazione della 'libera volontà' della donna che sostengono le ricostruzioni dei giuristi dell'Ottocento, sempre poste lì a giustificare le contrastanti disposizioni dei Codici, tornano a riconnettersi alla mentalità degli interpreti. Le interpretazioni dei giuristi sono costellate per l'intero Ottocento di coerenze dogmatiche spietate nella loro opposizione alle 'generosità' del modello di antico regime, contraddittorie nel portare alle estreme conseguenze la libera volontà della donna solo in alcuni tasselli di un composito mosaico legislativo ancora tutto fondato su un diritto di cittadinanza femminile incompiuto. Se compreso in riferimento ai percorsi di lungo periodo della mentalità dei giuristi, il quadro tracciato nell'Ottocento non è poi così contraddittorio, non mostra

(6) Così J.J. CAMBACÈRES, *Discours préliminaire prononcé au Conseil des Cinq Cents, Lors de la présentation du 3^e projet de Code civil*, in FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, 1827 (ed. anast. Osnabrück, 1968) [d'ora in poi richiamato solo come FENET], I, p. 148. Sulla questione si cfr. comunque *infra* III. 3.1.

solo le ‘ambiguità e i contrasti’ del diritto, ma anche i suoi momenti di unità: il peso giuridico attribuito alla scelta di libertà propone, in fondo, attraverso il silenzio la stessa scelta di onestà ‘urlata’ nelle disposizioni sull’incapacità.

Il percorso qui accennato — e posto al centro dell’attenzione nel presente capitolo — trova una sua conferma nelle modalità suppletive introdotte da parte della dottrina e della giurisprudenza per sopperire alle ‘ingiustizie’ generate dal silenzio della legge. L’attribuzione di tutele giuridiche per la donna ripropone, come in uno specchio, i nessi tra volontà e onestà degna della tutela del diritto. I penalisti ed i civilisti — lo vedremo nell’ultimo capitolo — nel momento in cui intendono proporre tutele giuridiche più ampie rispetto a quelle fissate nei Codici tornano a disegnare la volontà della donna con gli stessi strumenti forgiati in antico regime: le protezioni negate abbattendo la presunzione di seduzione sono riaffermate proponendo ancora la rappresentazione di una volontà femminile onesta, di una volontà sedotta. Si invocano i ‘diritti della sedotta’ per sopperire ai silenzi del legislatore in tema di protezione della pudicizia, per superare le manchevolezze dettate dalla miope esaltazione del consenso « *absolument spontanè* » in tema di filiazione naturale, per ampliare la severa disciplina fissata in tema di alimenti. I giuristi che si oppongono al ‘rigore dei Codici’ non propongono un discorso sulla volontà libera degna di nuove forme di protezione, ma mitigano semplicemente le necessarie conseguenze collegate alla volontà femminile libera nel giuridico, negando la sua veridicità e proponendo un ritorno al modello dell’onestà, a una volontà femminile ‘pura’ perché sedotta, a una volontà degna di protezione perché esente dal sospetto di un ‘consenso colpevole’. Solo la ricostruzione di una volontà onesta della donna (*voluntas ordinata*) nega la deviante *voluntas libera* e permette ancora di attribuire una protezione.

L’incapacità di configurare nuove forme di protezione per la volontà libera della donna accompagna le ricostruzioni giuridiche dell’intero Ottocento. Il silenzio della legge come sanzione per la volontà libera, riesce ad essere negato dal giurista moderno solo disegnando ancora la donna con gli stessi tratti fissati dalle presunzioni di antico regime, interpretando il suo consenso come ‘non vero’, come ‘apparente’.

I contrasti ottocenteschi tra fautori e oppositori di protezioni giuridiche per la donna non riescono dunque ad affrancare l'interpretazione della volontà dal riferimento continuo all'onestà, ripropongono uno scontro che è ancora tutto interno alla mentalità di antico regime: rispetto alla *voluntas libera* non indirizzata verso l'onestà del matrimonio il giurista moderno è comunque portato alla condanna, non riesce a delineare tutele giuridiche. Anche la cultura giuridica del Novecento, progressivamente volta a 'prendere sul serio' il peso giuridico uguale del libero consenso femminile, resta gravata dal peso delle ricostruzioni antecedenti e manifesta disattenzione e disagio nel disegnare tutele giuridiche per la volontà libera della donna non riscattata dal 'sogno' dell'onestà.

2. *Un 'fatto materiale', un 'fatto visibile' (la negazione di 'ogni seduzione' e il riferimento alla sola violenza 'vera, reale, effettiva' nel diritto penale)*

« J'aimerais mieux être gouverné par la lettre des lois les plus dures que par la volonté particulière des magistrats les plus doux »: la decisa affermazione è dell'avvocato generale presso il Parlamento di Grenoble, Servan, di cui abbiamo considerato le pagine contro gli arbitrii connessi alle ricostruzioni presuntive d'onestà. Le critiche di Servan alla presunzione di seduzione si inseriscono con estrema naturalezza nel percorso che conduce alle codificazioni penalistiche moderne in cui si delinea appieno il principio di legalità, in cui si contrappone il rigore della legge all'arbitrio del giudice (7). Il percorso appare molto netto: « Méfiance totale à l'égard des juges, confiance absolue en la Loi (...). C'est cet état d'esprit qui inspirera directement le Code pénal du 1791 » (8).

Il diffondersi nel dibattito penalistico di richiami al principio di legalità esalta la rappresentazione dell'arbitrio presente nelle rico-

(7) In tal senso il *Discours prononcé sur une déclaration de grossesse*, su cui ci siamo soffermati sopra (II. 8. 2), corre parallelo alla mitizzazione della legge presente in SERVAN, *Discours sur l'administration de la justice criminelle*, in *Oeuvres choisies*, cit., vol. I, pp. 1 e ss.; ma in particolare, pp. 69 e ss.

(8) Così J.M. CARBASSE, *Introduction historique au droit pénal*, cit., a p. 306 ove si richiama anche il testo del 1766 di Servan.

struzione giuridica antecedente, ricerca nel 'regno della legalità' nuovi punti di equilibrio ⁽⁹⁾. Le sanzioni e le protezioni giuridiche non filtrate dalla preminenza della legge appaiono come scelte di una 'volontà particolare' del giurista, non sono valutabili come meccanismi giuridici, sono l'espressione di repressione ingiustificata o di carità benevola. Nel nuovo orizzonte al giurista non compete alcuna mediazione equitativa tra il rigore del principio generale e caso concreto: in quanto risultato ed espressione di tutte le volontà particolari ⁽¹⁰⁾, 'la lettre des lois les plus dures' deve sempre imporsi, è la sola possibile manifestazione del diritto.

La Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino esalta la necessaria visibilità del principio di legalità: la legge, uguale per tutti « soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse » (art. 6), determina i reati, fissa le pene 'strettamente e evidentemente necessarie' (art. 8). Oltre questo chiuso recinto, lì dove la legge tace, si estende il territorio della libertà « à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui » (art. 4) ⁽¹¹⁾. Il Codice penale del 1791 procede pertanto con coerenza ad un'ampia depenalizzazione, fa scomparire 'crimini immaginari', fissa con meccanica automaticità le pene.

Non è certo qui il caso di seguire questo percorso notissimo; il cenno è sufficiente per dirci come la necessaria negazione dell'arbitrio rendesse sempre più difficile accostarsi a comprendere le tutele 'antiche' collegate alla visione ampia e flessibile dell'illiceità delle relazioni sessuali fuori dal matrimonio. Liquidato frettolosamente sotto l'etichetta della repressione, l'intero sistema di protezioni

⁽⁹⁾ Sul rapporto tra l'exasperazione illuministica della portata del principio di legalità e riferimento al principio di 'intimo e libero convincimento del giudice' si cfr. M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, 1974, pp. 126 e ss.

⁽¹⁰⁾ « Et gardons-nous en effect de penser qu'un magistrat ait le malheureux pouvoir de disposer à son gré du châtement d'un coupable: la loi seule est dépositaire et distributrice des peines; elle seule est la maîtresse des citoyens... »; « la loi n'est que la volonté publique; et quoique un seul législateur la forme et la prononce, elle n'en doit pas moins être considérée comme le résultat de toutes volontés particulières »; « Qu'est-ce que donc la loi pour chaque citoyen? C'est un acte de sa volonté même, formé dans un moment de sagesse; c'est sa raison épurée par un autre: c'est ce qu'il eût dit, s'il eût bien pensé... » (SERVAN, *Discours sur l'administration de la justice criminelle*, cit., pp. 69 e 72).

⁽¹¹⁾ Cfr. J.M. CARBASSE, *Le droit pénal dans la Déclaration des Droits*, in *Droits. Revue française de théorie juridique*, 8 (*La Déclaration de 1789*), 1988, pp. 123 e ss.

dell'onestà forgiato in antico regime si presenta oramai come 'non giuridico': la depenalizzazione è infatti comunemente letta come una dichiarazione ufficiale di morte dei 'sogni', delle 'fantasie' degli interpreti del passato. La complessa architettura giuridica connessa all'illiceità di relazioni sessuali fuori dal matrimonio è privata del suo fondamento: solo le parole, solo i silenzi del legislatore determinano i confini invalicabili del giuridico. Le ricostruzioni degli interpreti di antico regime appaiono tutte collocate oltre quel confine, oltre la 'vera giuridicità': sono incerte (e come tali ora troppo miti, ora troppo severe), 'arbitrarie', 'fantasiose', 'poetiche'.

Gli interpreti del Codice penale francese del 1810 ripropongono di continuo riguardo agli « attentats aux mœurs » il confronto tra gli arbitrii del passato e le sicurezze del presente. La svolta è stata realizzata — si afferma — con nettezza nel Codice penale del 1791 volto a sanzionare solo fatti certi che arrecano ad altri un danno visibile e apprezzabile ⁽¹²⁾. Entro tale spazio delimitato e certo di reati e di sanzioni, occorre considerare solo 'fatti visibili' (occorre sempre far riferimento a « un fait matériel que la justice peut saisir ») soprattutto per impedire che l'indagine del giurista sia caratterizzata da 'autonome' valutazioni 'moralì', da poliziesche intrusioni nelle intime e invisibili scelte dell'animo umano ⁽¹³⁾.

In tema di 'attentati al buoncostume' la scelta innovativa è sostenuta ripetutamente dal contrasto con le confusioni del passato, quel passato in cui non si percepivano i limiti tra il semplice atto immorale e il delitto, in cui il giurista (dominato dall'idea di « réformer les mœurs ») poneva al centro della sua analisi anche offese 'invisibili', 'immaginarie'.

Il nuovo orizzonte della legalità teme l'incertezza, teme le dispute, ha un'inconscia ripugnanza non solo verso le presunzioni ma verso ogni forma d'interpretazione. In tema di delitti sessuali la

⁽¹²⁾ « Le législateur s'est borné à incriminer les actes contraires à la décence qui se produisent en public, les faits de corruption pratiqués sur les mineures, et les violences commises sur les personnes » A. CHAUVEAU-F. HÉLIE, *Théorie du Code pénal*, Bruxelles, 1845, II, n. 2758, p. 186.

⁽¹³⁾ Sulla « separazione illuministica tra diritto e morale » come « fondamento del principio di legalità del moderno stato di diritto », si cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989, pp. 203 e ss.

prima rilevante conseguenza di tali timori è l'exasperazione del riferimento alla concreta visibilità della violenza al corpo: la violenza, quella 'vera, reale, effettiva', è certa e può essere colta dal giurista senza esitazione (senza alcuna interpretazione), osservando i suoi segni evidenti. Qualsiasi configurazione meno ristretta della violenza è avvertita come pericolosa: un qualsiasi accenno alla 'violenza morale', un implicito rinvio a 'presunzioni di violenza' è avvertito come un ritorno ai sofismi, alle incertezze, agli abusi del passato. Il nuovo valore di riferimento è quello della visibilità dell'offesa, è questo il dato fissato dal legislatore, la certezza da cui non può discostarsi il giurista, la novità rispetto alle confusioni del passato. Le varieghe interpretazioni dei giureconsulti di antico regime intente a fissare fatti invisibili entro un vago quadro presuntivo, pronte a ricercare offese rivolte all'anima e a disputare su 'apparenza' e 'veridicità' del consenso della donna, non possono che essere negate. Visibile solo quando filtrata dall'intervento dell'interprete, la 'violenza all'anima' scompare con la negazione d'ogni spazio interpretativo per il giurista, scompare nella mitizzata certezza dell'orizzonte della legalità e dell'assoluto primato della legge.

La stessa distinzione tra diritto e morale si pone come questione di certezza del diritto collegata alla 'visibilità' del fatto. Nelle pieghe delle interpretazioni 'antiche' i giureconsulti, inseguendo l'invisibile, avevano ampio spazio per affermare le loro convinzioni morali: il penalista moderno ripete invece che non è possibile considerare isolatamente l'immoralità di un atto, ripete che la scelta immorale è di per sé irrilevante, si può coglierla solo quando essa si trasforma in offesa alla società, offesa 'concreta' diretta verso altri, danno vero. Gli atti immorali privi di tale caratteristica non possono essere rilevati dal giurista: « *accomplis dans le secret, couverts la plupart d'un voile épais, ne troublent point ouvertement la société qui les ignore, et ne portent dommage qu'à leurs auteurs qu'ils dégradent* ». Di fronte a tali atti il giurista non può che tacere, lasciando che siano dominati da un incontrastato « *silence de la loi* » (14).

In tema di 'immoralità' il giurista si sente dunque costretto a urlare prima d'ogni suo passo la rottura con gli schemi del passato

(14) A. CHAUVÉAU-F. HÉLIE, *Théorie du Code pénal*, cit, n. 2758, p. 186; cfr. anche nn. 2752 e 2754.

e a mostrare come tutta la costruzione del Codice sia fondata su una loro necessaria negazione: nuove certezze sono contrapposte al precedente arbitrio; nuove nette distinzioni si oppongono alle antecedenti confusioni. La proposizione continua del contrasto non riesce però a cancellare le molteplici continuità presenti nell'intera impalcatura degli « attentats aux mœurs » che appare ancora fortemente condizionata dalle scelte 'antiche', incapace di contrapporre un nuovo modello a quello delineatosi in antico regime.

Nelle interpretazioni dei giuristi il richiamo all'intrinseca immoralità dell'atto (anche quando incapace di arrecare danno 'concreto' ad altri, anche quando la legge se ne disinteressa abbandonandolo alla sola riprovazione della coscienza) ovviamente non scompare e le scelte ricostruttive (scelte indispensabili anche di fronte alla legge chiara e certa) sono ancora guidate dalle convinzioni precedenti. Al di là di tutte le affermazioni relative ad una centralità della volontà libera e al disinteresse del diritto per la morale, i nessi fissati in antico regime tra volontà ed onestà condizionano sia l'assetto dei Codici, sia le scelte ricostruttive dei giuristi riguardo alle parole e riguardo al silenzio della legge.

In tal senso può essere letto il contrasto tra fatto visibile ed invisibile posto a sostegno dell'intera struttura degli 'attentati al buoncostume'. L'interpretazione giuridica dell'area esclusa dalla depenalizzazione è guidata dall'ossessione 'antica' volta a scorgere il vero danno 'visibile, apprezzabile' non nella lesione della libertà, ma in quella dell'onestà: l'insistenza esasperata per la 'materialità' della violenza sessuale come limite certo della nuova figura di reato è un richiamo continuo alle ricostruzioni di antico regime che in quella violenza scorgevano un segno tangibile della volontà onesta della donna, della purezza del suo animo. In tutta la ricostruzione ottocentesca riguardo al reato di 'stupro violento' si manifesta una riluttanza del giurista a configurare la tutela penale al di fuori del nesso tra onestà e volontà fissato in antico regime, un'incapacità di configurare una tutela penale per una vittima disonesta.

Il Codice penale del 1791 si limita a sanzionare la sola violenza sessuale (« le viol sera puni de six ans de fers »), facendo scomparire anche il riferimento al ratto; più ampia è la classificazione posta in essere nel Codice penale francese del 1810 riguardo agli « attentats aux mœurs » in cui si pone in essere una specifica gerarchia di

gravità dei reati ⁽¹⁵⁾, ma anche qui la violenza resta comunque al centro del disegno ricostruttivo ⁽¹⁶⁾.

La violenza sessuale si configura allorché si realizza una congiunzione carnale ‘contro la volontà di una persona’, contro la sua volontà libera: il riferimento alla violenza come base essenziale del delitto è percepito come il solo strumento in grado di rendere visibile la reale assenza di consenso. Nell’interpretazione dell’autenticità della violenza i giuristi ‘moderni’, che così strenuamente si oppongono alle confusioni e agli arbitrii di antico regime, accolgono senza alcuna esitazione tutti i rigori dell’indagine *de voluntate et consensu puellae* fissate dai giureconsulti ‘antichi’ in « règles pleines de sagesse »: la resistenza della donna deve essere strenua e costante (« car il suffit que cette résistance ait fléchi quelques instants pour faire présumer le consentement »); deve esistere un contrasto evidente di forza tra chi assale e chi è assalito; il dissenso deve necessariamente esternarsi in urla; il corpo deve recare i segni della violenza, tracce visibili « de la force brutale à laquelle elle avait dû céder » ⁽¹⁷⁾.

Il richiamo alla ‘materialità’ della forza, alla necessaria visibilità della violenza è ridondante, eccessivo, ripetitivo: « Il faut donc que la violence soit entière et complète, qu’aucune hésitation de la

⁽¹⁵⁾ Cfr. G. VIGARELLO, *Histoire du viol*, cit., pp. 104 e ss.; pp. 136 e ss. La riunificazione mostra — a dire dell’Autore — una netta separazione con il passato: « L’insistence sur ce qui attente aux mœurs confirme combien la gravité n’est plus dans la faute ou le péché, mais dans la menace sur la sécurité, univers d’incrimination définitivement déplacé par rapport à celui de l’Ancien Régime » (p. 148).

⁽¹⁶⁾ Gli articoli 331 e 332 del Codice del 1810 confermano in maniera grossolana tale necessaria centralità della violenza: « Quiconque aura commis le crime de viol, ou sera coupable de tout autre attentat à la pudeur, consommé ou tenté avec violence contre des individus de l’un ou de l’autre sexe, sera puni de la reclusion »; « Si le crime a été commis sur la personne d’un enfant au-dessous de l’âge de quinze ans accomplis, le coupable subira la peine des travaux forcés à temps ». La ripugnanza contro le interpretazioni ‘antiche’ è tale da porre la violenza (vera, reale, effettiva) come requisito necessario anche per la configurazione della violenza sessuale contro i minori. I tentativi di accomunare la ‘violenza morale’ alla violenza effettiva furono respinti dalla Cassazione. La ‘lacuna’ fu colmata solo con la legge del 1832 che introdusse la figura dell’attentato al pudore « sans violence » su minori di undici anni; una legge del 1863 sposterà il riferimento ai tredici anni.

⁽¹⁷⁾ A. CHAUVEAU-F. HÉLIE, *Théorie du Code pénal*, cit., n. 2829, pp. 209 e 210.

victime ne soit venue à son aide, qu'elle n'ait cédé qu'à la force »⁽¹⁸⁾. Il minimo incrinarsi dell'assolutezza della violenza mostra la presenza di un consenso della donna, ogni neo nella resistenza riapre la via a dubbi, a incertezze su cui non si può indulgere. Il richiamo alla violenza non si presenta mai, insomma, come ricerca di una volontà libera da tutelare, ma come una ricerca ossessiva nella strenua lotta del corpo dell'evidenza dell'onestà 'interiore', dell'onestà dell'anima della donna.

La resistenza non deve indebolirsi mai, neppure per un momento (la donna deve anteporre il suo onore alla sua vita) la violenza deve essere così certa, così visibile, da far emergere senza finzioni, senza presunzioni 'benevole', una vittima veramente degna di tutela, una vittima veramente onesta. Il riferimento al libero consenso resta, insomma, tutto filtrato dal modello dell'onestà, dalla ricerca di un'onestà più piena, più vera: il riferimento alla *voluntas libera* della donna nasconde sospetti e diffidenze verso la vittima 'apparente', verso i suoi possibili abusi, verso le complicità di una 'socio criminis'. Il giurista moderno è semplicemente più esigente di quello di antico regime: non può accontentarsi del mero dissenso della donna (« le défaut de consentement ne remplacerait pas la violence, s'il n'était accompagné d'aucuns signes de résistance »), non può mai rinunciare al riferimento ad un dissenso vero, reale, effettivo (« la violence ne peut jamais être présumée »)⁽¹⁹⁾.

La lettura data dai giuristi al 'silenzio della legge' è speculare al discorso sulla violenza e ne conferma tutto il rigore: il silenzio è percepito come una condanna verso uno spazio di libertà 'disordinata', non riscattata dalla rappresentazione di un'indiscutibile presenza dell'onestà delle volizioni della donna. Quel silenzio che nega ogni protezione non può essere attenuato ricorrendo a presunzioni che ne possano alterare la severità. Il rifiuto di ogni forma di presunzione è costante, assoluto: non si può presumere — si ripete — che il consenso libero della donna sia stato 'estorto', non si può ipotizzare che la donna sia stata persuasa. Netto è pertanto il rifiuto di qualsiasi riferimento alla seduzione: essa — si dice — è invisibile, è irrilevante, non può essere utilizzata per infrangere il silenzio della

⁽¹⁸⁾ *Ibidem*, n. 2829, p. 210.

⁽¹⁹⁾ *Ibidem*, n. 2832 (p. 210) e n. 2834 (p. 211).

legge, per vanificare il peso giuridico del riferimento alla volontà libera della donna.

Caratterizzata come sempre da un continuo riferimento agli abusi della prassi antecedente, anche la negazione della seduzione non pone una rottura, ma una semplice esasperazione del modello dell'onestà: il rifiuto della seduzione (utilizzato per negare ogni configurazione ampia della violenza e per negare ogni possibile interpretazione riguardo alla volontà della donna) si presenta soprattutto come negazione di ogni generosità, di ogni benevolenza, di ogni possibile attenuante nei confronti del consenso colpevole della donna. In presenza del consenso libero — questa è la convinzione diffusa — non può esistere nessuna tutela giuridica; a meno che non sia negato dalla violenza 'vera, reale, effettiva', il libero consenso prestato in direzione diversa dell'ordine matrimoniale ricade solo nel silenzio della legge, un silenzio che non può essere vanificato dall'interprete.

La negazione è perseguita così a fondo nel Codice penale del 1810 che la distinzione tra rilevanza giuridica della sola violenza 'visibile' e l'irrilevanza giuridica di ogni forma di 'presunzione di onestà', di ogni 'presunzione di violenza', viene imposta anche nei riguardi dei bambini. La lacuna è grave — ripetono i giuristi sino all'intervento 'riparatore' della legge del 28 aprile 1832 che introduce la figura degli attentati al pudore commessi « sans violence » nei confronti di bambini minori di 11 anni — ma non si può ovviare al silenzio della legge, non si può ricavare per via interpretativa un riferimento alla violenza morale parificandola alla violenza effettiva, non si può ipotizzare in nessun caso un ritorno alla figura della seduzione e agli abusi che essa generava ⁽²⁰⁾. Allorché il rigore del riferimento assoluto alla violenza si incrina per i minori, i giuristi riconoscono che « la séduction pratiquée à l'égard d'une victime si

⁽²⁰⁾ « ... toutes les fois qu'un enfant n'avait opposé aucune résistance aux manœuvres secrètes employées pour le séduire, ou même lorsqu'un consentement avait frauduleusement obtenu de son ignorance, le crime restait sans repression ». Anche nei confronti dei bambini la presenza di un consenso esclude la protezione; la tutela è accordata solo in presenza di resistenza visibile: « violence physique » e non « violence morale ». A. CHAUVEAU-F. HÉLIE, *Théorie du Code pénal*, II, n. 2800, p. 201.

faible et si inexpérimentée peut justement être assimilée à une sorte de violence » (21).

L'opposizione ferma a qualsiasi 'ritorno' della seduzione è costantemente presentata non come riconoscimento di una libertà, ma come disinteresse del diritto verso una libertà 'deviante'. I contrasti relativi all'interpretazione dell'articolo 334 del Codice penale francese (che si ripresentano poi puntuali anche nel dibattito italiano) propongono con forza tale questione (22). Una parte della giurisprudenza propone di configurare « l'excitation à la débauche » anche quando l'agente abbia come obiettivo la sola 'soddisfazione delle proprie passioni': il richiamo alla seduzione che riprende i modelli presuntivi del consenso fissati in antico regime è utilizzato per attenuare 'la tolleranza' del Codice che appare ingiusta, per colmare quella che è percepita come una lacuna immorale della legge (23). Quanti si impegnano a negare quest'interpretazione e a rifiutare ogni 'ritorno della seduzione' propongono una lettura che ostentatamente si presenta come aliena da sentimentalismi, come non influenzata dalla morale; una lettura puramente giuridica sottratta alla relatività e fissata in una sorta di assoluto dalla scelta del legislatore. Riguardo all'articolo 334 — si afferma — il legislatore non solo ha voluto sanzionare in modo esclusivo e restrittivo l'induzione alla prostituzione (come testimonia il termine 'abituamente'), ma ha anche esplicitamente disciplinato, col suo silenzio, tutte le 'immoralità residue'. Il legislatore ha scelto per tutte le ipotesi, ha fissato in modo preciso l'intera geografia dell'immoralità, determinando ogni caso di rilevanza giuridica del consenso prestato dai singoli e l'estensione del principio per cui '*scienti et consentienti non fit iniuria*'. Il giudice non deve sostituire le sue scelte 'moralì' a quelle del legislatore, non può scorgere lacune lì dove non esistono. Il legislatore — si dice — ha presunto sempre il consenso, ha

(21) (DALLOZ), *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, Paris, 1846, V, « Attentats aux mœurs », n. 17, p. 404. Ma si presta sempre estrema attenzione a far sì che il riferimento alla 'violenza morale', alla 'presunzione legale' di violenza rimanga rigorosamente circoscritto.

(22) Art. 334: « Quiconque aura attenté aux mœurs, en excitant, favorisant ou facilitant habituellement la débauche ou la corruption de la jeunesse de l'un ou de l'autre sexe au-dessous de l'âge de vingt et un ans... ».

(23) Si cfr. *infra* cap. IV. 3.

presunto sempre la scelta di libertà, restringendo al minimo la rilevanza giuridica degli atti immorali.

Il principio di legalità, la tendenza a configurare — per dirla con Bettiol — un circoscritto arcipelago di divieti all'interno di un mare di libertà, non aiuta però a comprendere appieno il modo attraverso cui la scienza giuridica coglie negli 'attentati al buon costume' il tema della libertà e si accosta alla volontà della donna. La volontà libera non si presenta come un bene da tutelare, ma come una colpa da sanzionare: c'è un eccesso di zelo nell'escludere con decisione qualsiasi riferimento alla seduzione (sino ad accordare un rilievo così esorbitante al consenso prestato dai bambini), nell'escludere qualsiasi ricostruzione capace d'intaccare la visibilità della violenza 'vera'; un eccesso che ripropone, entro la distinzione tra diritto e morale, entro il rifiuto dell'intromissione della legge entro la vita privata (24), una decisa volontà di sanzionare sempre, senza possibilità di errori, con certezza assoluta, ogni 'abbandono volontario'. Il consenso libero (sempre presunto dalla legge) è considerato attraverso il filtro degli 'abusi' del passato che permettevano di accordare senza rigore scientifico protezione anche a donne immeritevoli, 'colpevoli col consentire'. Il riferimento al consenso libero tende a perfezionare con certezza assoluta il modello dell'onestà.

Il giurista che oppone la sua interpretazione delle apparenze a quella fornita dalla legge, il giurista che ancora si interroga sulla veridicità del libero consenso femminile, è da condannare perché propone un quadro incerto di tutele, perché altera con scelta particolare la certezza assoluta del nesso tra onestà e volontà fissata dalla legge. Nell'affermazione che la politica legislativa non deve e non può appartenere ai giudici (25) non c'è la difesa degli spazi di

(24) « Mais doit-on supposer ensuite que la loi ait voulu incriminer la séduction personnelle? Songez aux fatales conséquences d'une semblable incrimination. La vie privée serait livrée à une intolérable inquisition; le simple désordre deviendrait un délit, l'abandon volontaire une séduction, et le scandale des poursuites bouleverserait les familles sans guérir les mœurs ». A. CHAUVEAU-F. HÉLIE, *Théorie du Code pénal*, II, n. 2786, p. 195.

(25) « Il appartient au moraliste, au législateur, d'examiner si le cercle des incriminations n'est pas trop restreint, si les limites peuvent être étendues: mais le jurisconsulte est en face d'un texte; il doit en interroger le sens, en sonder l'esprit; il ne peut, sous le prétexte d'un besoin social ou de l'immoralité d'un acte, ériger des délits nouveaux en étendant ses termes ». A. CHAUVEAU-F. HÉLIE, *Théorie du Code pénal*, II, n. 2774, p. 192.

libertà non toccati dalle norme penali, ma solo una richiesta continua di rigore, applicazione meccanica della sanzione presente nel silenzio della legge. 'Comprensibile moralmente', apprezzabile per la difesa dei valori e per il suo 'sdegno contro le azioni turpi' la giurisprudenza che propone un ritorno della sanzione contro la seduzione è da negare perché si sottrae all'applicazione del nesso che lega la tutela dell'onestà ai soli confini della violenza, perché propone una configurazione ampia e permissiva dell'onestà, riaffermando nel giuridico il sogno impolitico di una volontà onesta occultata dietro ad un consenso 'apparente'. Il giudice che, « animé d'une vertueuse indignation », intende sanzionare « l'immoralité du séducteur » si indigna di fronte ad un atto immorale le cui conseguenze 'degradano' chi lo ha compiuto, si indigna perché continua a voler scorgere un ordinato consenso femminile anche lì dove è impossibile coglierlo con certezza. Il giudice che ripropone il 'sogno della seduzione' oppone benevolenze antiche alla lettura rigorosa del consenso inposto dal silenzio della legge: « il a suppléé au silence de la loi, il s'est érigé en législateur » ⁽²⁶⁾.

L'utilizzazione nel campo penale della seduzione deve essere rifiutata per rigore dogmatico e, soprattutto, per perseguire con coerenza la scelta volta a tutelare l'onestà certa, l'onestà vera. L'opposizione verso la seduzione è dunque tutta indirizzata a persuadere i giudici dell'erroneità di qualsiasi configurazione ampia della violenza, di letture antiche e benevole della volontà della donna (sempre pronta ad essere trasformata con un appello generico al *praesumitur seducta*).

Il consenso della donna fissato nei tratti della volontà libera non esige alcuna interpretazione, può essere tutelato solo nell'ipotesi estrema in cui venga riscattato da una presenza certa dell'onestà: quel libero consenso sempre presunto suona come una condanna che scompare solo quando ogni sospetto di colpa è fugato appieno; scompare solo in presenza di una violenza fisica, vera reale effettiva. Solo nell'evidenza di quella estrema violenza al corpo si può ora scorgere un'anima pura, una volontà onesta.

⁽²⁶⁾ A. CHAUVEAU-F. HÉLIE, *Théorie du Code pénal*, cit., II, n. 2774 (p. 192) e n. 2787 (p. 195).

3. *Un'onestà 'visibile' (i civilisti e il 'libero consenso' femminile come 'colpa')*

Le letture dei giuristi dell'Ottocento del silenzio della legge nel campo penale possono essere comprese appieno solo allargando il campo d'osservazione alle 'azioni civili' collegate in antico regime alla complessiva geografia delle 'colpe' emergenti dall'illiceità delle relazioni sessuali fuori dal matrimonio (27).

Una schematizzazione posta da Jean Carbonnier può essere utile per affrontare la questione. Riguardo alle relazioni sessuali fuori dal matrimonio, al « commerce illicite », Carbonnier sottolinea come « le silence de la loi pénale » abbia eliminato, in virtù del principio di legalità, ogni questione per il penalista (il solo fatto di una relazione sessuale fuori dal matrimonio, quando non è accompagnato da circostanze penalmente definite, non costituisce reato); meno semplice è, invece, l'approccio del civilista che si confronta con una nozione più ampia d'illiceità. Anche il civilista naturalmente non deve pronunciarsi riguardo all'intrinseca moralità o immoralità del fatto e non può trarre dunque conseguenze dall'unione sessuale realizzatasi fuori dal matrimonio (chi, con fare « très moraliste », collega le responsabilità al solo fatto della congiunzione sessuale, si scontra immancabilmente con « l'objection... que la prétendue victime a consenti »); ma il civilista può verificare in modo più ampio l'autenticità del consenso della donna interrogandosi « si le consentement de la femme n'a pas été libre, s'il a été déterminé par un séduction dolosive ». Le manovre, i raggiri, le menzogne, le false promesse del seduttore fanno sì che il danno subito dalla vittima

(27) Il nesso è ripetutamente sottolineato nel corso dell'Ottocento per individuare i tratti caratteristici del diritto civile 'moderno'. Cfr., a mo' d'esempio, E. ACCOLLAS, *L'enfant né hors mariage. Recherche de la paternité*, Paris, 1865, pp. 9 e ss.; A. JONQUIÈRES, *De la preuve de la filiation en droit romain, de la recherche de paternité en droit français*, Paris, 1878, p. 57; E. DASTÈ, *De la recherche de la paternité hors mariage en droit romain et en droit français ancien et moderne*, Toulouse, 1873, p. 131: « ...en permettant l'action civile en recherche de la paternité, le législateur se montrait d'accord avec l'économie des lois pénales, et ne faisait en définitive qu'une application de leurs principes; car, les aliments pour l'enfant, la réparation envers la mère, tout cela tendait, en inspirant une crainte salutaire, à rendre moins fréquente la procréation des enfants en dehors du mariage. C'était une peine, dans bien des cas, la plus importante de celles qui pesaient sur le coupable ».

diventi giuridicamente apprezzabile, rilevante ai fini della responsabilità civile: « C'est, en tout cas, de la séduction, non des relations sexuelles, que dérive la responsabilité » (28).

L'accostamento alla ricostruzione della 'volontà libera' da parte dei civilisti è percepito, in astratto, come meno condizionato dal peso del silenzio della legge: il richiamo ad un principio generale di responsabilità per colpa permette di valutare gli eventuali danni sofferti dalla donna, di operare una ricognizione soggettiva volta ad accertare un responsabile e una vittima. Avremo modo di affrontare in seguito la questione di tale lettura (fortunatissima sino ai nostri giorni) del risarcimento del danno da seduzione e, più in generale, del riferimento al principio della responsabilità per colpa per affrontare (per correggere) le scelte del legislatore (29), qui invece è più rilevante tentare di cogliere gli aspetti unitari che caratterizzarono nel corso dell'Ottocento le letture dei civilisti e dei penalisti della volontà libera, interrogarsi su quali furono le ricadute nell'ambito civilistico del silenzio della legge.

Il tratto di unione è per molti aspetti opposto a quello tracciato da Carbonnier, l'affermarsi di un comune (dei penalisti come dei civilisti) disinteresse per l'intrinseca illiceità delle relazioni sessuali fuori dal matrimonio si presenta infatti non come abbandono, ma come una prosecuzione del modello dell'onestà del consenso tracciato in antico regime: ad accomunare le letture dei giuristi nel corso dell'Ottocento c'è una generalizzata assunzione del libero consenso femminile agli atti sessuali fuori dal matrimonio come una colpa da sanzionare. La sanzione è scritta nello stesso silenzio imposto dal legislatore: quel silenzio non è avvertito come proclama di libertà meritevole di tutela, ma come rifiuto di qualsiasi protezione giuridica alla disonestà. La distinzione tra diritto e morale è utilizzata dagli interpreti per porre in essere una ricostruzione che, in opposizione agli 'abusi' del passato, assolutizza i nessi tra disonestà e libero

(28) J. CARBONNIER, *Droit civil, 2, La Famille, les Incapacités*, Paris, 1977⁴, n. 86, pp. 262 e ss.

(29) Fortemente intrisa da espliciti richiami alle rappresentazioni di antico regime, la tutela per il danno derivante da seduzione si presenta nella civilistica dell'Ottocento come una risorsa da opporre al silenzio della legge per far emergere ancora forme di protezione giuridica per la donna onesta. Cfr. *infra* IV. 4.

consenso della donna non indirizzato verso l'ordine del matrimonio, assolutizza il riferimento ad una onestà certa, ad un'onestà visibile.

La caduta del fondamento penalistico delle protezioni di antico regime genera smarrimento nella civilistica degli inizi del XIX secolo, ma la lettura complessiva data al silenzio della legge penale appare unanime: la depenalizzazione risolve ogni questione anche nel diritto civile perché implica una scelta netta, impone un'interpretazione univoca della volontà 'disonesta' della donna. L'enfasi della depenalizzazione come fine della repressione si congiunge nel diritto civile ad un'esaltazione della volontà libera, del consenso libero, spontaneo, che è miope e sanzionatoria: la volontà libera indirizzata fuori dal matrimonio è contraddittoriamente sottratta ad ogni possibilità di analisi; l'interpretazione è avvertita come ritorno alle benevolenze del passato, come possibile riaffermazione di pericolose presunzioni favorevoli alle donne (indulgenti anche verso donne responsabili del proprio disonore, colpevoli col consentire), come negazione della scelta 'severa' iscritta nella legge 'certa'. La legge (certa e severa) non può abbandonare lo status delle persone a presunzioni arbitrarie, non può confondere l'assetto dei diritti dei cittadini e delle famiglie con la carità, con una variabile individuazione dell'onestà soggettiva. Scegliendo *per sempre* il legislatore fissa un modello che si sottrae a tali mutevoli variazioni dell'antica giurisprudenza e fa affidamento solo su quanto è certo per sanzionare le vere responsabilità, per regolare lo stato delle persone, per indirizzare il buon governo della famiglia, le virtù individuali e l'intero assetto sociale.

Le certezze presenti nel nuovo sistema sono percepite dai giuristi come semplice affermazione delle polarità presenti nel modello di antico regime, mera fissazione dei soli aspetti 'non arbitrari' presenti in quel sistema. Ogni tutela collegata a presunzioni incerte d'onestà scompare: le certezze del legislatore esaltano solo l'evidente onestà della volontà, un'onestà 'vera' perché percepibile in segni materiali certi, visibili, indiscutibili, non suscettibili di letture arbitrarie.

Così come i penalisti affermano che la tutela può essere indirizzata solo verso la certa visibilità della violenza (vera reale effettiva), così nel dibattito civilistico ci si sforza — come vedremo — d'indi-

viduare dei dati assolutamente indiscutibili cui agganciare l'intervento della legge: mai — si dice — lo stato delle persone potrà legarsi a presunzioni svincolate da una scelta effettiva della volontà, mai la legge potrà, confondendo carità e diritto, accordare protezioni non legate a certezze materiali, visibili.

Solo affidandosi a tali certezze il giurista potrà definire diritti, attribuire protezioni: fuori da quel quadro il 'rispetto' per la libertà è confuso con la sanzione, è impossibilità d'intervento, di tutela, necessario silenzio del diritto civile che affianca il silenzio del diritto penale. Fuori da quelle certezze non esiste onestà certa, visibile, effettiva, non esiste onestà meritevole di tutela; ma solo 'colpe' dei singoli che sono espressione di una libera scelta 'deviante' che il diritto, con 'salutare severità', non deve mai tutelare.

Nel corso dell'Ottocento le trattazioni che affrontano questioni civilistiche legate in antico regime all'illiceità delle relazioni sessuali fuori dal matrimonio si caratterizzano per l'incapacità di prescindere dagli schemi dell'onestà, della volontà onestà della donna: lo stato delle persone è costruito solo in ottica di sanzione e i riferimenti alla libertà appaiono (fuori dall'ordine del matrimonio) una presunzioni di colpa rispetto a cui il giurista è impotente a forgiare tutele. La rappresentazione della 'volontà libera' della donna continua ad essere una semplice ricognizione della sua onestà.

Il disinteresse del diritto civile per la morale è nel corso dell'Ottocento una continua affermazione di una scelta di condanna fissata una volta per tutte dal legislatore volto a respingere gli abusi di antico regime, è riaffermazione di un nesso immobile nella mentalità degli interpreti tra diritto penale e diritto civile pur in presenza dell'avvenuta depenalizzazione. Al di là delle partizioni ufficiali tra discipline, le radici delle ricostruzioni dei giuristi affondano in una comune mentalità che tende a leggere in modo unitario la 'svolta' realizzatasi a fine Settecento e poi sedimentata nelle scelte dei Codici: in tema di lettura del 'libero consenso', in tema di valutazione della volontà libera, la svolta è un semplice perfezionamento di quel nesso da sempre ricercato tra volontà della donna ed onestà 'vera'; la svolta sta nell'accertamento netto della 'volontà onestà'. Le interpretazioni 'moralì' del passato sono negate dalle certezze fissate dalla legge. Il penalista deve, constatando tali nuove certezze, tutelare l'onestà della donna solo quando affiora, 'vera',

dalla sua opposizione effettiva alla violenza; il civilista deve semplicemente prendere atto dell'impossibilità di fornire tutele anche nei confronti di forme 'generiche', 'vaghe', 'presunte' di onestà, e deve pertanto riproporre nel suo 'universo' la condanna della volontà libera deviante.

Il rigore dei dogmi, costantemente utilizzato nel corso dell'Ottocento per respingere forme di protezione suppletive alle scelte della legge, altro non è che un tentativo d'immobilizzare (sottraendola a dispute interpretative) la continua ricerca di nessi tra libertà ed onestà sviluppata in antico regime.

È possibile accordare una protezione (una tutela per l'onestà) ad una donna che non sia veramente onesta? La questione che aveva tormentato i giuristi di antico regime, la questione da cui nasceva l'esigenza di configurare presunzioni assolute di seduzione anche di fronte a protezioni oggettive, quella che aveva spinto la scienza giuridica a percorrere in direzioni opposte i fili che legavano assieme libertà e consenso (e a interrogarsi sulla '*virgo meretrix*', sulla '*meretrix virgo*') sono risolte con un tratto di penna nel riferimento alla 'volontà libera' fissata dal legislatore. Quel richiamo alla libertà è, nel caso della valutazione del consenso della donna, inteso dai giuristi come semplice affermazione del rapporto certi (visibili, materiali) con l'onestà, con la disonestà, e nient'altro.

La lettura dei civilisti riguardo a tutte le protezioni che in antico regime si collegavano all'illiceità delle relazioni sessuali fuori dal matrimonio resta segnata dal riferimento penalistico, resta condizionata dall'assenza del fondamento penalistico per la protezione della donna, un'assenza che è intesa come necessaria perdita della meritevolezza d'ogni protezione (perché il diritto civile dovrebbe tutelare situazioni abbandonate dal diritto penale? Perché dovrebbe apprestare delle protezioni per delle situazioni condannate dal silenzio del diritto penale?). Guardando alla depenalizzazione rivolta contro gli 'abusi' delle donne, anche il civilista configura i suoi riferimenti alla libertà come implicita sanzione: la fine delle dispute sull'onestà imposta dal silenzio della legge è intesa come semplice assolutizzazione di modelli opposti di volontà tutelati o sanzionati da una preventiva scelta del legislatore.

In questo contesto cresce, certo, il riferimento alla volontà libera, ma nella mentalità dei giuristi quel riferimento è un semplice

perfezionamento del quadro dell'onestà tracciato in antico regime; quel modello è ora reso 'non arbitrario' da un riferimento costante alla sola onestà visibile.

3.1. « *Absolument spontanée* »: un cenno alle scelte della Rivoluzione

Il dibattito del periodo rivoluzionario su temi attinenti al diritto di famiglia è ampio e caratterizzato da una relativa autonomia per la forte rilevanza costituzionalistica dei temi trattati (si pensi a come fosse impossibile affrontare il tema dell'autorità del padre nella famiglia senza riferirsi simbolicamente al ruolo e alle funzioni del monarca, senza ridisegnare complessivamente i rapporti tra la sfera pubblica e quella privata⁽³⁰⁾), per la molteplicità di voci e di soluzioni proposte, per la nettezza dell'opposizione all'assetto giuridico antecedente, espansione dei principi di libertà ed uguaglianza in riferimento alla condizione giuridica delle persone (con scelte decisive che vanno dalla parificazione dei figli naturali a quelli legittimi al divorzio, dallo stato civile all'adozione⁽³¹⁾). Le proposte di un governo democratico della famiglia presenti nel dibattito del periodo rivoluzionario saranno poi abbandonate nelle scelte dei

(30) Cfr. P. MURAT, *La puissance paternelle et la Révolution française: essai de régénération de l'autorité des pères*, in I. Théry - C. Biet (ed.), *La famille, la loi, l'État de la Révolution au Code civil*, Paris, 1989, pp. 390 e ss.; X. MARTIN, *Approche du droit révolutionnaire et du Code Napoléon: précautions de méthode*, in *ibidem*, p. 239. Si cfr. anche M. CAVINA, *Il potere del padre. I. Configurazioni e 'ius corrigendi': Lineamenti essenziali nella cultura giuridica italiana preunitaria*, Milano, 1995, pp. 114 e ss.; A. CAVANNA, *Onora il padre. Storia dell'art. 315 Cod. civ. (ovvero: il ritorno del flautista di Hamelin)*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, *Diritto civile*, Milano, 1995, pp. 285 e ss.

(31) Cfr. Ph. SAGNAC, *La législation civile de la Révolution Française (1789-1804)*, Paris, 1898; M. GARAUD, *La Révolution et l'égalité civile*, Paris, 1953; J.P. LEVY, *L'évolution du droit familial français depuis 1789*, in *Recueil des mémoires et des travaux publiés par la Société d'histoire du droit et des institutions des Anciens Pays de droit écrit*, f. IX, Mélanges Roger Aubenas, 1974, pp. 485 e ss.; M. GARAUD-R. SZRAMKIEWICZ, *La Révolution Française et la famille*, Paris, 1978; gli interventi raccolti in *La famille, la loi, l'État de la Révolution au Code civil*, cit.; nonché quelli raccolti in *Droit et Société*, n. 14, 1990. Si veda anche J.L. HALPÉRIN, *L'impossible Code civil*, Paris, 1992; R. SZRAMKIEWICZ, *Histoire du droit français de la famille*, Paris, 1995, pp. 71 e ss.

Codici napoleonici e ‘riprese’ soltanto quando le idee di democrazia presenti nelle istituzioni politiche e nella società le ‘imporranno’ anche nell’ambito della famiglia ⁽³²⁾.

Non è certo qui possibile cogliere il complesso dei temi trattati nel periodo della rivoluzione; è sufficiente solo un cenno per evidenziare la fortuna di alcune scelte presenti nella progettualità politica e giuridica della rivoluzione, nell’impianto del Codice Napoleone e nelle successive letture della dottrina civilistica. Il *Code Napoléon* utilizza alcune scelte presenti nel periodo rivoluzionario in un *puzzle* di controversa interpretazione; le controversie crescono soprattutto se si tende ad analizzare ogni singolo frammento come espressione di progetti sempre decisamente contrapposti (coerentemente ‘reazionari’, coerentemente ‘rivoluzionari’ sino al Termidoro), modelli teorici puri assolutamente incompatibili tra loro ⁽³³⁾. Non è qui rilevante misurare il grado di compiuta autonomia del progetto rivoluzionario, isolarne la ‘purezza’, contrapporne la ‘coerenza’ alla contraddittoria sintesi (‘sintesi impossibile’ tra libertà e ritorno ai principi tradizionali) presente nel Codice Napoleone ⁽³⁴⁾; è suffi-

⁽³²⁾ A. BURGUIÈRE, *La famille comme enjeu politique (de la Révolution au Code civil)*, in *Droit et Société*, n. 14, 1990, p. 36.

⁽³³⁾ Alla rappresentazione di un Codice Napoleone caratterizzato da « l’esprit de modération et de sagesse », « loi de transition », « ni réactionnaire, ni révolutionnaire » (così Planiol), si oppone quella di un’amalgama impossibile, di un Codice a tratti puramente reazionario, a tratti puramente rivoluzionario: « son prétendu caractère de loi de transaction, consiste, au contraire, dans le domaine de la famille, à avoir juxtaposé dans une sorte de puzzle des institutions archaïques et des institutions entièrement issues de l’esprit de 1789 » (J. BONNECASE, *La philosophie du Code Napoléon appliquée au droit de famille*, Paris, 1928, p. 84.).

⁽³⁴⁾ La questione continua ad essere posta in termini di singoli frammenti di ‘coerenza’ o di ‘incoerenza’ per isolare l’apporto innovativo della Rivoluzione da ogni ‘contaminazione’ con l’assetto del Codice che operò un puro e semplice ritorno alle soluzioni giuridiche tradizionali ‘laicizzandole’. Si cfr. in tal senso J. MULLIEZ, « *Pater is est...* ». *La source juridique de la puissance paternelle du droit révolutionnaire au Code civil*, in *La famille, la loi, l’État de la Révolution au Code civil*, cit., pp. 412 e ss. in cui si contrappone « l’extrême cohérence du droit révolutionnaire » alla « impossible synthèse » tentata dal Codice Napoleone (« construction bâtarde, sans principes clairement définis »): « ...les solutions retenues dans le Code civil constituent un retour pur et simple aux techniques du droit de l’Ancien Régime. Le seul acquis révolutionnaire, essentiel il est vrai, consistant en la laïcisation de ce droit » (pp. 422 e 423). Il punto essenziale, al di là della contrapposizione tra modelli puri, mi pare proprio quello di

ciente ai nostri fini apprezzare il richiamo continuo alla scelta di libertà come ‘motore’ dell’intera ricostruzione giuridica del periodo rivoluzionario.

La libertà è la lente attraverso cui si scorgono le ingiustizie del passato, è il principio attraverso cui ricostruire un nuovo assetto virtuoso della società, ed è pertanto principio assoluto, dato certo, evidente che il diritto deve riconoscere; ma, nello stesso tempo, è un valore da suscitare, da far scoprire, da ottenere, da indirizzare per poter rendere veramente virtuosa la società. La libertà ‘dichiarata’ e ‘costituita’ nel stesso tempo dal dirigismo del potere politico non può essere, in ogni caso, abbandonata a se stessa, va garantita e controllata in modo diverso rispetto al passato: il rispetto per la libertà non è avulso anche nel ‘sogno rivoluzionario’ da istanze di controllo, dalla necessità di porre un indirizzo alla vita degli uomini ⁽³⁵⁾. Abbandonati i soli strumenti di coercizione affidati alla brutalità della sanzione, la rivoluzione ritiene di dover ‘correggere’ la volontà ricorrendo in particolare alla persuasione: la rigenerazione ‘spontanea’ della famiglia e della società è affidata a scelte di libertà necessarie per generare un governo virtuoso, è affidata a un diritto delle persone e della famiglia volto a porsi come strumento ‘dolce’ di correzione delle passioni e dei vizi degli uomini ⁽³⁶⁾.

In opposizione agli arbitrii e alle costrizioni del passato, dominante nei dibattiti del periodo rivoluzionario è il riferimento alla

comprendere quali fili sostengono ‘l'impossibile sintesi’ del Codice che ha poi caratterizzato le scelte di fondo presenti nel diritto di famiglia quasi sino ai giorni nostri. Il riferimento alla libertà individuale, alla volontà libera che, giocato in netta contrapposizione al passato, attraverso l'intero dibattito rivoluzionario permane (caratterizzato spesso dalla stessa enfasi rivoluzionaria) anche nel Codice Napoleone e nelle interpretazioni successive dei civilisti; la questione sta nel tentare di comprendere come quel richiamo alla libertà si fonda nell'assetto del Codice e nella mentalità dei giuristi con le convinzioni tradizionali.

⁽³⁵⁾ Cfr. X. MARTIN, *Nature humaine et Révolution française. Du siècle des lumières au Code Napoléon*, Bouère, 1994. Cfr. anche Id., *Nature humaine et Code Napoléon*, in *Droits*, 1985, pp. 117 e ss.

⁽³⁶⁾ Cfr. M. OZOUF, « Rigenerazione », in M. Ozouf e F. Furet, *Dizionario critico della Rivoluzione francese*, Milano, 1989, pp. 748 e ss, in particolare p. 757, ove si parla di « rigenerazione imposta »: « Dopo aver riconosciuto all'individuo tutti i suoi diritti, per la rivoluzione si trattava di integrarlo nella collettività, di coniugare la totale libertà e la totale docilità ».

libertà individuale: riguardo ai temi in cui 'l'azione civile' era collegata ad un fondamento penalistico, a una costrizione autoritaria, a una pena, il riferimento alla libertà si presenta come assoluto, liberatoria affermazione di vincoli affettivi e di sentimenti spontanei contrapposti alle catene del passato. Il riferimento alla volontà libera è strumento di rigenerazione della società, principio innovatore che anima i dibattiti sul matrimonio e sul divorzio, quelli sulla paternità come scelta non caratterizzata da coazioni, sull'adozione come scelta affettiva più forte dei vincoli genetici. Lontano da coazioni esterne, l'assetto del diritto di famiglia si fonda su volizioni spontanee incoercibili, su scelte costanti di affetto, di amore, su « la volonté de vivre ensemble »⁽³⁷⁾.

In tale rigenerazione dell'assetto familiare polemicamente contrapposto alle costrizioni del passato, la presunzione di paternità nel matrimonio è l'unico intervento possibile di socialità: un limite che nel nuovo quadro è presentato non come imposizione autoritaria, ma come mero riconoscimento di una perdurante scelta di libertà. Tale presunzione è posta come unica regola 'coattiva'; fuori dall'ordine matrimoniale, la libera volontà dei soggetti torna ad imporsi sino a imporre, in opposizione alle costrizioni del passato, una piena disponibilità dello stato delle persone in collegamento alle scelte della volontà libera.

Il rifiuto della ricerca di paternità si pone come un necessario corollario di tale centralità della libertà: la ricerca della paternità si presenta infatti come il simbolo di coazioni imposte alla volontà libera, come inseguimento arbitrario (perché sempre meramente presuntivo) di una paternità biologica impossibile da dimostrare con certezza, come artificiale imposizione giuridica di un vincolo naturale mai accertabile se non scelto dai singoli. Solo una scelta spontanea, una volizione libera può fissare, di fronte al 'mistero della natura', una verità riconoscibile dal diritto: solo un riconoscimento assolutamente spontaneo del padre può affermare un vincolo che

⁽³⁷⁾ J. MULLIEZ, *Révolutionnaires, nouveaux pères? Forcément nouveaux pères! Le droit révolutionnaire de la paternité*, in *La Révolution et l'ordre juridique privé. Rationalité ou scandale?*, Paris, 1988, pp. 374 e ss, p. 380; J. MULLIEZ, « *Pater is est...* ». *La source juridique de la puissance paternelle*, cit., pp. 418 e ss.

non può essere imposto come pena, ma nasce solo da una scelta d'amore.

Il riconoscimento effettivo di diritti 'uguali' ai figli naturali rende più evidente il contrasto con la prassi di antico regime, rappresentata come confusa mescolanza di 'repressione' e carità; il riconoscimento di diritti concreti, la negazione della disuguaglianze per i figli naturali (riconosciuti) rende dunque più pressante l'esigenza di evitare 'abusi' e confusioni, impone di « prévenir les fraudes »⁽³⁸⁾: « Il ne s'agit plus aujourd'hui d'une légèrè somme à accorder pour se débarrasser d'un titre onéreux; il s'agit de savoir — scrive Berlier — si contre sa conscience et sa conviction vous obligerez un citoyen à recevoir dans sa famille un enfant appelé à recueillir tous les droits que cette qualité peut donner »⁽³⁹⁾.

La ricerca di paternità si presenta dunque come incompatibile con il nuovo ordine: la soluzione per le questioni coperte dalla natura da 'un velo impenetrabile di mistero' non sta in coazioni arbitrarie, ma in una spontanea scelta di libertà: la volontà libera non può essere delimitata dai fragili strumenti presuntivi volti ad accordare una protezione caritatevole ai figli naturali (e alle loro madri); la libertà su cui si fonda il nuovo ordine della famiglia non può rischiare di essere posta in crisi da un ritorno alle forme inquisitoriali, agli 'abusi', ai 'disordini' di antico regime⁽⁴⁰⁾. Il contrasto con le procedure odiose del passato sostiene l'assetto delle libertà del presente, regolato nel diritto di famiglia dai principi egualitari, dalla sola presunzione di paternità nel matrimonio, dal riconoscimento

⁽³⁸⁾ CAMBACÉRÈS, *Rapport fait à la Convention Nationale sur le 1^{er}. project de Code civil*, in FENET, I, p. 6.

⁽³⁹⁾ BERLIER, *Opinion sur les droits à restituer aux enfants nés hors du mariage, jusqu'à présent appelés bâtards*, 9 agosto 1793, cit. in L. BOUDOUARD-F. BELLIVIER, *Des droits pour les bâtards, l'enfant naturel dans les débats révolutionnaires*, in *La famille, la loi, l'État de la Révolution au Code civil*, cit., p. 133.

⁽⁴⁰⁾ « Nous avons résolu aussi d'écarter ces formes inquisitoriales longtemps pratiquées dans l'ancienne jurisprudence; et nous refusons toute action qui aurait pour objet de forcer un individu à reconnaître un enfant qu'il ne croit pas lui appartenir » (CAMBACÉRÈS, *Rapport fait à la Convention Nationale sur le 1^{er}. project de Code civil*, in FENET, I, p. 6). E cfr. CAMBACÉRÈS, *Rapport fait à la Convention Nationale sur le 2^e. project de Code civil*, in *ibidem*, pp. 100 e 101.

volontario della paternità e dal rifiuto di ogni procedura inquisitoriale inutile e vessatoria al fine di fondare veri diritti ⁽⁴¹⁾.

La legge del 12 brumaio anno II (2 novembre 1793) sui figli naturali che accorda solo per il passato la prova della filiazione e del possesso di stato, negandola per l'avvenire, corrisponde a tale fiducia nella forza rigeneratrice della libertà: riparate le ingiustizie del passato, ogni procedura vessatoria, come la ricerca di paternità, sarà inutile; il padre, libero di riconoscere i figli naturali, affermerà attraverso una sua scelta spontanea un vincolo affettivo che non gli può essere imposto ⁽⁴²⁾. Le tutele caritatevoli del passato affidate alla coercizione, rese instabili dagli abusi, scompaiono nell'ottimismo rivoluzionario grazie alla forza della volontà libera che trasforma quella carità in diritti.

Anche nell'impianto rivoluzionario il richiamo alla libertà non si pone, però, come svincolato da regole poste dal legislatore: la costante enfasi sul valore centrale della volontà negli assetti del diritto di famiglia (« Ce que la volonté a fait, la volonté peut le changer » ⁽⁴³⁾) non esclude infatti che il legislatore ponga un preciso indirizzo, realizzi delle scelte in accordo con la legge di natura.

Cambacérès nel presentare il secondo progetto del Codice civile affronta la questione confrontandosi con il 'vizio' del celibato: il legislatore deve privilegiare il matrimonio al celibato; ma la legge che fissa la libertà non può negarla, non può opporre direttamente una coazione al primato della volontà libera. Il legislatore che intende reprimere il 'vizio' senza menomare la libertà deve adottare nuove strategie d'intervento, non può più affidarsi alla forza della pena, ma deve persuadere, deve ottenere una volontà libera 'corretta' avva-

⁽⁴¹⁾ Quello che in antico regime era 'confessato' come un fatto criminale diviene nel sogno rivoluzionario atto di volontà gioiosa. La natura giuridica del riconoscimento — nota Carbonnier — riunisce in sé i due aspetti collegati a due correnti di pensiero: « l'un venu de la pratique de l'Ancien Droit en matière de séduction, l'autre de la philosophie volontariste du XVIII s. » (J. CARBONNIER, *Droit civil*, 2. *La Famille, les Incapacités*, cit., p. 376).

⁽⁴²⁾ Cfr. J.L. HALPÉRIN, *L'impossible Code civil*, cit., pp. 165 e 166.

⁽⁴³⁾ L'affermazione riguarda il divorzio: « La volonté des époux fait la substance du mariage. Le changement de cette volonté en opère la dissolution: de là le principe du divorce ». CAMBACÉRÈS, *Rapport fait à la Convention Nationale sur le 2^e projet de Code civil*, in FENET, I, p. 104.

lendosi di strumenti dolci (44). Il legislatore non può sottrarsi dall'affrontare la questione: attraverso le scelte del diritto di famiglia egli deve privilegiare la volontà libera, ma nello stesso tempo deve ottenere uomini e donne virtuose, una famiglia e una società virtuose, deve pertanto combattere 'il vizio', respingere l'immoralità, educare alla libertà. Per far ciò deve sanzionare indirettamente, persuadere, convincere, regolare e indirizzare la volontà con nuovi strumenti: « Il est plus sage d'empêcher le mal en le prévenant qu'en le punissant. La peine arrête l'action, mais ne corrige pas la volonté. Les lois prohibitives ne sont guère que des hypocrites, et elles annoncent dans le législateur l'impuissance de ses moyens » (45).

La questione è ripresa nella presentazione del terzo progetto di Codice civile al Consiglio dei Cinquecento (46): l'assetto del diritto di famiglia che afferma principi di libertà e di uguaglianza, nega le costrizioni d'antico regime contrapponendo loro una diversa strategia d'intervento sulla società, un diverso modo di sanzionare le 'passioni sregolate'.

Inevitabile scelta del legislatore posta in considerazione dell'interesse generale (« La meilleure législation est celle qui favorise l'intérêt général et les progrès de la morale publique » (47)), il riferimento alla libertà è anche strategia di persuasione, strumento d'ordine. Collegare alla sola volontà del padre lo status del figlio, rinunciare fuori dal matrimonio alla prova di un vincolo naturale

(44) « Le mariage est donc la loi primitive de la nature, ou plutôt c'est la nature en action. Le célibat est un vice que le législateur doit poursuivre; mais c'est moins par des moyens violents qu'il doit le combattre, que par des moyens doux et insensibles. La liberté personnelle étant la première dans l'ordre de la nature, elle doit être la plus respectée. Ce serait une contradiction étrange, qu'une loi qui établirait la liberté des biens et de l'esclavage des corps, qui rendrait le même homme maître de ses actions, et ne le laisserait pas maître de sa personne. C'est donc plutôt par des lois qui favorisent les unions, que par des lois qui punissent ceux qui les fuient; c'est plutôt en honorant le mariage qu'en défendant le célibat, qu'il faut combattre le célibataire ». CAMBACÈRES, *Rapport fait à la Convention Nationale sur le 2^e. projet de Code civil*, cit., p. 104.

(45) *Ibidem*, p. 104.

(46) Riguardo al terzo progetto di Cambacères, cfr. J.L. HALPÉRIN, *L'impossible Code civil*, pp. 233 e ss.; si cfr. anche S. SOLIMANO, *Verso il Code Napoléon. Il progetto di Codice civile di Guy Jean-Baptiste Target (1798-1799)*, Milano, 1998, pp. 17 e ss.

(47) *Discours préliminaire prononcé par Cambacères au Conseil des Cinq cents, lors de la présentation du 3^e. Projet de Code civil*, in FENET, I, 148.

‘segreto’ è scelta di moralità, strumento di controllo e forma di sanzione: solo la volontà del padre può riconoscere un vincolo segreto, renderlo visibile, affermarlo con certezza per farne scaturire diritti. Quella scelta deve essere assolutamente libera, assolutamente spontanea. Il figlio non riconosciuto spontaneamente è ‘sacrificato’: ma questo appare il prezzo necessario da pagare per moralizzare gli uomini, per persuaderli ad un corretto uso della libertà. I costi sono alti ma indispensabili: « Qu’ importe que quelques individus soient privés de leurs droits de famille et élevés aux dépens de l’État, si, par ce sacrifice, le libertinage est proscrit, la tranquillité domestique assurée, les unions légitimes encouragées? » (48).

Non si può far riferimento alle procedure vessatorie del passato (*la peine ne corrige pas la volonté*), il figlio naturale non riconosciuto dal padre non può ottenere neppure ‘une légère somme’ (la carità che gli accordava il diritto di antico regime); tanta severità è però necessaria: occorre prevenire, persuadendo, controllando le volontà, inducendola a rigenerarsi. Il rifiuto di protezione giuridica per il figlio naturale non riconosciuto è presentato, in quest’ottica, come strumento di sottile pressione psicologica sull’uomo (49) e, soprattutto, come esplicita minaccia nei confronti della donna ‘colpevole’ (50).

Il riferimento alla volontà libera della donna presente in tale ricostruzione si fonda su una costante presunzione di colpevolezza, una presunzione assoluta: l’opposizione agli ‘abusi’ e alle costrizioni del passato impone il rifiuto di quelle interpretazioni ‘benevole’ collegate in antico regime alla ‘fragilità della donna’; la negazione dell’immagine dell’onestà della donna giustifica la negazione della tutela per il figlio, legittima il divieto in riferimento ad una scelta di libertà, ad una volizione effettiva della donna. Non sono possibili eccezioni, non è possibile negare la veridicità di una scelta di libertà:

(48) *Ibidem*, p. 148.

(49) « Les hommes deviendront plus attentifs et moins trompeurs, lorsqu’ils verront que des promesses faites par le sentiment ne sont plus un jeu, et qu’ils sont tenus de tous les devoirs de la paternité envers des enfants qu’ils auront signalés comme le fruit d’un engagement contracté sous la double garantie de l’honneur et de l’amour » (*ibidem*).

(50) L’indicazione è netta: « Les femmes deviendront plus réservées lorsqu’elles sauront qu’en cédant sans avoir pris des précautions pour assurer l’état de leur postérité, elles en sont seules chargées » (*ibidem*).

quella scelta ‘deviante’ della donna non può ottenere alcuna protezione dalla legge. La severità è indispensabile: la volontà ‘libera’ è da indirizzare, è da correggere, occorre prevenire. La lettura giuridica della volontà della donna è, insomma, imprigionata in un costante riferimento alla sua onestà; la volontà libera è esaltata per essere resa ‘immobile’, non suscettibile di interpretazioni (non sono possibili riferimenti alla ‘volontà sedotta’ e a protezioni caritatevoli).

La retorica di una donna ‘colpevole col consentire’ presente nella depenalizzazione dello stupro si ripropone nel diritto civile: il silenzio della legge è avvertito come strumento di condanna, come freno alle passioni non ordinate, come rifiuto di qualsiasi protezione a donne ‘disoneste’. Il riferimento sprezzante alla seduzione, intesa come segno degli arbitrii del passato, è significativo: occorre negare ‘qualsiasi interpretativa’ riguardo al libero consenso della donna, non si può riproporre l’immagine di un consenso femminile falsato, alterato, ‘non vero’; non si può accettare il racconto di un’onestà dell’anima non collegata a segni visibili, a scelte vere, reali, effettive. Come si generalizza e si assolutizza il riferimento alla libertà, così si assolutizza la rappresentazione di una volontà indegna di protezione: applicato alle donne il riferimento alla volontà libera esaspera semplicemente il richiamo all’onestà, è posto per esigere ‘sanzioni’, ‘freni’. La certezza del diritto impone che in nessun caso una volontà disonesta sia premiata: non si può porre il dubbio relativo alla veridicità del consenso prestato da una donna; non si possono riproporre gli abusi del passato ⁽⁵¹⁾, non si può negare la volontà libera ponendo distinzioni particolari, facendo riferimenti ad eccezioni: la legge deve essere generale e astratta, deve essere certa, deve favorire il progresso della morale pubblica.

Quando non riconosciuto nei suoi diritti ‘uguali’ ⁽⁵²⁾ dalla volontà spontanea del padre, il figlio naturale è sanzionato per

⁽⁵¹⁾ « On sait que, dans les habitudes de la vie, il est facile de répandre une présomption de paternité qui n’a jamais existé. A l’aide de ses apparences, combien de fois n’a-t-on pas affligé les mœurs par des recherches inquisitoriales, qu’on se plaisait à justifier par la faiblesse prétendue du sexe? Que cet abus disparaisse, et aussitôt de grandes ressources sont enlevées à la séduction et à la perversité, les mœurs auront des ennemis de moins, et les passions un frein de plus » (*ibidem*).

⁽⁵²⁾ Sempre meno uguali, com’è noto, già a partire dal terzo progetto di Cambacérès.

affermare le colpe della madre, per prevenire il 'vizio', garantire la moralità pubblica. Più che il nesso che sempre lega libertà e responsabilità, riguardo alla volontà della donna si percepisce un legame ben più solido, ben più radicato nella mentalità dei giuristi, quello tra volontà libera e disonestà da sanzionare, un legame estremizzato dall'enfasi posta sulla volontà libera che nega ogni dubbio, ogni incertezza. Il nuovo diritto, del resto, ha bisogno di certezze e le ottiene rinunciando alle sfumature; la severità è un necessario corollario delle nuove certezze: i giuristi di antico regime mitigavano il rigore del modello dell'onestà interrogandosi sulla veridicità della volontà della donna; il nuovo diritto è più coerente, è più certo: la donna non può chiedere una riparazione per una sua scelta di libertà, non può esigere interpretazioni della sua volontà, come non può esigere benevole mediazioni, 'carità'.

I dibattiti presenti nei lavori preparatori del Codice, svanito il 'sogno' rivoluzionario di una completa rigenerazione del diritto delle persone e della famiglia affidato alla centralità della libertà, esalteranno soprattutto questo frammento 'sanzionatorio' presente nel diritto rivoluzionario: il richiamo alla volontà libera — come vedremo — propone controversie che si presentano come una sorta di banalizzazione della continua ricerca di antico regime di un accertamento delle volizioni 'veramente' oneste delle donne, di una perfetta coincidenza tra volizioni libere e protezioni dell'ordinamento. Si banalizza perché i legislatori pretendono di fissare quella ricerca di mediazione dei giuristi di antico regime (tutta funzionale e tutta interna al modello dell'onestà) in un assoluto di precetti rigidi, certi, in regole pedagogiche chiare. Si vuole fissare 'per sempre' il nesso tra volizioni femminili ed onestà, tra donne meritevoli e donne indegne della protezione del diritto: il dibattito sulla volontà libera della donna diviene inevitabilmente uno scontro grossolano 'a favore' e 'contro' le donne, un conflitto che con argomentazioni 'opposte' intende mostrare la prevalenza di donne dalla volontà (veramente) onesta o dalla volontà (veramente) disonesta per fissare così una regola sottratta a arbitrarie interpretazioni. Il comando generale e astratto della legge vuole fissare una volta per tutte, senza presunzioni, senza arbitrii, le volizioni veramente degne di protezione, vuole fissare un'immagine certa dell'onestà.

Del resto, la via da seguire nel Codice civile appare già ben

tracciata: il silenzio della legge penale ha affermato che la sola donna degna di protezione è quella dall'onestà visibile e certa, la donna che resiste alla violenza effettiva. Il diritto civile deve semplicemente prendere atto di tale modifica e regolare la sua normativa in riferimento alla nuova rigorosa severità del diritto penale.

3.2. 'Certezze assolute' e 'salutare severità' nel Code Napoléon

« Il est reconnu que si l'on veut rendre plus efficaces des mesures répressives, il faut toujours chercher dans le coupable l'endroit le plus sensible ». Non si parla 'dei delitti e delle pene', ma 'des enfants naturels' ⁽⁵³⁾: i colpevoli da colpire sono gli uomini 'egoisti' che generano immoralità e instabilità sociale; coloro che, con scelta pericolosa di libertà, rifiutano il modello del buon padre di famiglia, dedito alla cura dei figli e nemico d'ogni agitazione ⁽⁵⁴⁾. Il diritto deve essere efficace nelle sue misure repressive: deve negare 'l'egoismo', privilegiare il matrimonio al concubinato (« il faut distribuer à pleines mains des faveurs aux époux » ⁽⁵⁵⁾), dosare con oculatezza le tutele, mostrando così tutti i vantaggi della scelta per l'onestà; ma tali strumenti miti di persuasione non sono sempre sufficienti e allora « la loi doit user de rigueur pour vaincre leur obstination » ⁽⁵⁶⁾. Se si vuole essere efficaci, occorre colpire nel punto più sensibile, si deve essere rigorosi e severi, non perdere mai di vista l'obiettivo complessivo delle disposizioni legislative anche

⁽⁵³⁾ J.S. LOISEAU, *Traité des enfants naturels, adultérins, incestueux et abandonnés*, Paris, 1809, p. 8.

⁽⁵⁴⁾ In opposizione al buon padre di famiglia si staglia la pericolosa figura dell'egoista: « dans toute la nature, il ne voit que lui-même; il chérit par-dessous tout la dangereuse liberté de voltiger au gré de ses caprices, sans jamais fixer son cœur »; « il ne aspire qu'après une criminelle stérilité », è incapace di sostenere qualsiasi causa comune (J.S. LOISEAU, *Traité des enfants naturels*, cit., pp. 2 e 3).

⁽⁵⁵⁾ *Ibidem*, p. 4.

⁽⁵⁶⁾ *Ibidem*, p. 5. 'L'egoista' non può invocare la sua libertà naturale (« ... ne peut-il se plaindre de ce qu'on lui inflige des peines, quand il vit dans des habitudes criminelles... »), non può sostenere di poter disporre a piacimento delle sue facoltà: lo stesso vincolo di socialità impone che lo Stato faccia delle scelte per il bene pubblico e imponga sanzioni severe.

quando si tratta di delineare i diritti dei figli che si presentano come innocenti: « En prononçant des incapacités, ou en infligeant des peines, la loi n'a ici uniquement pour objet que de réprimer la funeste lubricité des concubins; et si elle frappe leurs enfants ce n'est que pour arriver plus sûrement à son but » (57).

Di 'colpe', di 'crimini', di 'pene', di 'sanzioni', di 'severità efficace' parlano i civilisti che si confrontano con l'impianto del Codice Napoleone in tema di persone e di famiglia. La misura-simbolo su cui più si insiste per mostrare la scelta di severità presente nel Codice è il divieto di ricerca di paternità: la legge del 12 brumaio — si afferma — ha indicato la strada, « le Code Napoléon est allé plus loin... vers cette salutaire sévérité » (58). La severità è indirizzata, come al solito, contro gli 'abusi' del passato, verso i 'processi scandalosi' proposti dalla prassi di antico regime, verso le presunzioni favorevoli alle donne. Il Codice supera quell'assetto, va più lontano, è più severo. Seguire il filo della 'salutare severità' che gli interpreti scorgono nel Codice civile ci consente di leggere controluce il riferimento dei giuristi alla volontà della donna, il perdurare dei nessi tra discorso penalistico e quello civilistico, il perfezionamento 'moderno' del modello dell'onestà realizzatosi sotto l'egida della secolarizzazione del diritto.

I richiami così insistenti alla severità sono una semplice accen-tuazione dei toni presenti nella retorica di Portalis riguardo al matrimonio posta a sostenere il nuovo impianto del Codice (59). « Les lois civiles doivent interposer leur autorité entre les époux, entre les pères et les enfants; elles doivent régler le gouvernement de la famille. Nous avons cherché dans les indications de la nature, le plan de ce gouvernement » (60). Esiste un 'ordine della natura' (61),

(57) *Ibidem*, p. 7.

(58) Così in (DALLOZ), *Répertoire*, cit., 35, « Paternité et filiation », p. 294.

(59) Cfr. I. THÉRY -Ch. BIET, *Portalis ou l'esprit des siècles. La rhétorique du mariage dans le Discours préliminaire au projet de Code civil*, in *La famille, la loi, l'État da la Révolution au Code civil*, cit., pp. 104 e ss.

(60) *Discours préliminaire prononcé lors de la présentation du projet de la commission du gouvernement*, in FENET, I, p. 486.

(61) Sulle ambiguità dei riferimenti al diritto naturale e sui contrastanti richiami ad

esiste un 'ordine sociale' (62): il legislatore deve proporre un saggio equilibrio tra i due aspetti, deve indirizzare con moderazione, deve porre in essere misure di certa applicazione alternando 'severità' e 'dolcezza' (63). « Que doit faire le législateur? Ses lois ne doivent jamais être plus parfaites que les hommes à qui elles sont destinées ne peuvent le comporter. Il doit consulter les mœurs, le caractère, la situation politique et religieuse de la nation qu'il représente » (64).

Il legislatore nel governo delle famiglie deve far riferimento a regole certe, non deve mai allontanare « la loi positive » dalla « loi naturelle » (65), deve richiamare regole, severe ma evidenti, per evitare abusi e arbitrii. Regole certe possono essere poste considerando in primo luogo la centralità naturale del matrimonio (66). Rispetto al matrimonio è facile per il legislatore coniugare 'ordre de la nature' e 'ordre social': il matrimonio è l'immagine naturale della certezza, racchiude volizioni libere e oneste, degne di protezione. Riguardo al matrimonio il diritto esige precauzioni (per verificare « l'honnêteté et la certitude du mariage »), richiede solennità formali, ma il suo intervento è perfettamente aderente ad un ordine

un diritto 'immutabile, invariabile' (ora utilizzato per reclamare l'uguaglianza, ora per porre la 'naturale' subordinazione della donna all'uomo, ora per negare la possibilità di un effetto retroattivo delle leggi) si cfr. J.L. HALPÉRIN, *L'impossible Code civil*, cit., in particolare p. 289.

(62) Solo a mo' d'esempio, riguardo al continuo rinvio alla relazione « ordre de la nature » - « ordre social » in riferimento allo stato delle persone, cfr. (DESESSARTS) *Naissance*, in MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, vol. XXI, Bruxelles, 1827, pp. 57 e ss.

(63) Così come deve fare il marito, capo del governo familiare, nell'amministrare e nel sorvegliare « les biens et les mœurs de sa compagne »: « l'administration du mari doit être sage, et sa surveillance modérée »; « Un empire illimité sur les femmes, tel que nous le trouvons établi dans certaines contrées, répugnerait autant au caractère de la nation qu'à la douceur de nos lois » (PORTALIS, *Discours préliminaire*, cit., p. 504).

(64) PORTALIS, *Discours préliminaire*, cit., p. 489.

(65) *Ibidem*, p. 501.

(66) « Les familles se forment par le mariage, et elles sont la pépinière de l'État » (PORTALIS, *Discours préliminaire*, cit., p. 498). Si cfr., in apertura del testo di Loiseau, come il richiamo implicito a Portalis sia utilizzato per reclamare 'rigore', 'sanzioni', contro coloro che sono caratterizzati da 'abitudini criminali' « si ces habitudes surtout préjudicient à la prospérité de l'Empire » (LOISEAU, *Traité des enfants naturels*, cit., pp. 1 e 7).

naturale che appare indiscutibile, così come di per sé virtuose, libere, oneste appaiono le volizioni di chi sceglie il matrimonio ⁽⁶⁷⁾.

La presunzione di paternità nel matrimonio fissa tali certezze naturali in ‘assolute certezze’ giuridiche, « fait cesser toutes les incertitudes du magistrat, et garantit l’ état des personnes et la tranquillité des familles ». Con quella presunzione il diritto fissa il padre con definitiva certezza, richiamando una tranquillizzante immagine di devozione e di virtù femminile, alludendo a una costante ‘presunzione d’innocenza’ della donna sposata (« l’obligation de supposer l’innocence de la femme plutôt que son crime » ⁽⁶⁸⁾).

Fuori dal matrimonio c’è instabilità, esistono volizioni disordinate. È dunque difficile porre regole certe per la paternità: qualsiasi presunzione sarebbe puramente congetturale e arbitraria, non esistono certezze ‘naturali’ e pertanto qualsiasi certezza legale sarebbe solo ‘relativa’, fisserebbe in un vincolo giuridico un legame naturale forse inesistente. Il legislatore vuole però una ‘certezza assoluta’ anche nel rapporto di paternità fuori dal matrimonio e ciò lo spinge verso una necessaria conclusione, quella del silenzio, quella del rifiuto di qualsiasi regola ‘coattiva’ a favore dell’assunzione della sola volontà spontanea del padre come unico parametro cui ancorare l’intervento del diritto. Il diritto non può far altro — scrive Portalis — che ovviare al mistero della paternità tacendo: « La loi ne présumant rien, et ne pouvant rien présumer pour des enfants nés d’une conjonction qu’elle n’avoue pas, il faut que ces enfants soient reconnus par les auteurs de leurs jours, pour pouvoir réclamer des droits. S’il en était autrement, l’honneur des femmes, la paix des ménages, la fortune des citoyens, seraient continuellement en péril. Les lois nouvelles ont pourvu au mal, et nous conservons, à cet égard, les dispositions de ces lois » ⁽⁶⁹⁾. Su questo punto, dunque, il

⁽⁶⁷⁾ « C’est la fidélité, c’est la foi promise, qui mérite à la compagne qu’un homme s’associe, la qualité d’épouse, qualité si honorable, que suivant l’expression des anciens, ce n’est point la volupté mais la vertu, l’honneur même qui la fait appeler de ce nom » (PORTALIS, *Discours préliminaire*, cit., p. 498).

⁽⁶⁸⁾ PORTALIS, *Discours préliminaire*, cit., p. 499. Sul rispetto di tale ‘presunzione di innocenza’ della moglie come fondata sull’« ordine naturale delle cose », cfr., per tutti, G. BAUDRY-LACANTINERIE (G. CHÉNEAUX), *Trattato teorico pratico di diritto civile*, IV, *Delle persone (Paternità e filiazione)*, cit., p. 338.

⁽⁶⁹⁾ PORTALIS, *Discours préliminaire*, cit., p. 502.

Codice volto a fissare regole per garantire attraverso le ‘virtù private’ il rispetto di quelle pubbliche, a sanzionare e a proteggere « les affectiones honnêtes de la nature » (70), può confermare la regola certa fissata dalla rivoluzione.

Il legislatore — dirà Enrico Cimbali affrontando il tema della « severità eccessiva inaugurata dal legislatore francese » con il divieto di ricerca della paternità naturale — ha qui inseguito « il sogno vano » di una « certezza assoluta », non ha voluto « contentarsi della certezza relativa, la sola che gli è consentito raggiungere » (71).

La discussione che porta a fissare il divieto di ricerca della paternità può aiutarci a comprendere quanto nel discorso di Portalis non viene detto, e per scorgere quali furono i criteri guida che ispirarono la scelta del legislatore che si accingeva a sanzionare e a proteggere inseguendo il ‘sogno vano’ di una ‘certezza assoluta’.

Il dibattito riguarda l'impossibilità di prove certe della paternità, ma tocca di continuo un altro tema: porre un indirizzo per la virtù, fissare in una regola (dalla certezza assoluta) il riferimento giuridico alla volontà della donna. Si ripropone il problema della veridicità delle volizioni della donna, della possibilità di un consenso femminile falsato, estorto, sedotto; si contrappongono diversi modelli di volontà, estremizzando gli assoluti della volontà onestà e di quella colpevole (in una contrapposizione esplicita tra una costante ‘presunzione d'innocenza’ che accompagna la scelta del matrimonio e

(70) « Notre objet a été de lier les mœurs aux lois, et de propager l'esprit de famille... Les vertus privées peuvent seules garantir les vertus publiques (...); ce sont les bons pères, les bons maris, les bons fils qui font les bons citoyens. Or, il appartient essentiellement aux institutions civiles de sanctionner et de protéger toutes les affectiones honnêtes de la nature » (PORTALIS, *Discours préliminaire*, cit., p. 522).

(71) Enrico Cimbali insiste sull'inutilità dello sforzo del legislatore di imbrigliare « gli interessi ed i bisogni più opposti e contraddittori della vita sociale » in una « certezza assoluta » (« è sogno vano... pretendere la certezza assoluta dei rapporti giuridici, qualunque sia la loro natura »; « la difficoltà o meglio l'impossibilità di assicurare con certezza assoluta, il vincolo di filiazione naturale riguardo al padre ... non deve impedire al legislatore di contentarsi della certezza relativa, la sola che gli è consentito raggiungere »). Del resto, il legislatore non fa altro che accontentarsi di una « certezza relativa » anche quando pomposamente rivendica assolutezze: « È unicamente in forza di una semplice presunzione, la quale può condurre a certezza troppo meschinamente relativa, che viene constatato il rapporto di paternità legittima » (E. CIMBALI, *La nuova fase del diritto civile nei rapporti economici e sociali*, Torino, 1895, pp. 119 e 120).

una 'presunzione di colpevolezza' riferita a tutta la sessualità fuori dal matrimonio).

La severità, le rigorose conseguenze riguardo allo stato delle persone, scaturiscono da un dibattito che pone al centro l'immagine della donna da assumere a modello certo di riferimento nel diritto. Incapace di sottrarsi al retaggio di ricostruzioni fondate nel diritto penale, il dibattito è continuamente percorso dall'idea d'individuare veri colpevoli e vere vittime. La depenalizzazione costringe a interrogarsi sul senso delle protezioni per l'onestà, a porre di fronte 'vecchie' e 'nuove' certezze: si parla di libertà, si pone al centro dell'attenzione la volontà libera, ma si prosegue il discorso sull'onestà e si considera la sola volontà onesta della donna. Il confronto ripercorre così sentieri antichi; un solo dato si profila come innovativo: non sono più possibili dubbi, il legislatore deve fornire certezze 'non relative' su cui fondare il diritto, deve risolvere con 'certezza assoluta' il rapporto tra volontà e onestà, rendendolo fisso, immobile. La lettura di quel nesso non può essere più affidata a ingannevoli apparenze, ma deve essere posta in riferimento solo a fatti visibili, indiscutibili, certi.

Non è un caso che la figura più discussa sia ancora quella della seduzione, quel mutevole filtro posto dai giuristi di antico regime per raccordare volontà ed onestà: occorre rifiutare — questa è la preoccupazione dominante nel dibattito — quel filtro utilizzato dagli interpreti al fine di attribuire tutele; non devono più esistere arbitrii, benevole interpretazioni, non deve essere più possibile mediare tra gli estremi. Il riferimento alla volontà libera è continuo desiderio di affermazione di un'onestà 'più perfetta' e 'più piena', esige la visibilità 'vera reale effettiva' delle volizioni. Non c'è spazio per interpretazioni miti: il rifiuto della seduzione è posto come affermazione di una svolta netta nella valutazione dell'onestà, una svolta determinata da un modello giuridico che mira all'efficacia attraverso una moderata alternanza di strumenti 'dolci' di persuasione e di rigorosa, inflessibile, severità nell'interpretazione della legge.

Il dibattito svoltosi al Tribunale riguardo all'inseribilità nell'atto di nascita delle dichiarazioni della madre ci offre uno spaccato significativo delle posizioni contrapposte. Nel caso di figli nati fuori dal matrimonio, nel progetto si accorda la possibilità alla madre di

designare il padre: l'atto di nascita avrebbe recato la menzione formale « qu'il a été désigné par la mère » (72). Affrontando implicitamente il tema della ricerca della paternità (la misura è presentata come strumento volto ad attenuare il rigore del divieto), il dibattito propone per tutta la sua durata un scontro tra immagini femminili opposte, tra necessarie assolutizzazioni della natura femminile da porre alla base del discorso giuridico, tra « mœurs pures » e « mœurs dépravées » (73). Le preoccupazioni relative ad un mitigazione del divieto, le affermazioni riguardo ad un interesse superiore (quello per le sorti del figlio naturale) sono filtrate da una preventiva valutazione dell'onestà della donna, sono schiacciate entro una scelta che deve essere assoluta. Il riferimento alla libertà è giocato semplicemente come estremizzazione delle posizioni, come impossibilità di valutare nel singolo caso la veridicità della scelta per l'onestà.

Benjamin Constant in un serrato e lucido intervento insiste sulle contraddizioni presenti nella proposta: « ...il me semble évident que les rédacteurs du projet ont voulu ... se glisser entre deux systèmes opposés »: affermano di non voler pregiudicare la questione del divieto della ricerca di paternità e di essere convinti che « la foi n'est plus due à la mère, comme dans l'ancienne jurisprudence »; ma poi si ritraggono impauriti di fronte alle conseguenze di tali convinzioni, propongono di mitigarne il rigore con una misura di benevolenza incongrua, contraddittoria (74). Nel nuovo sistema non ha nessun senso infatti affermare che nell'atto di nascita possa essere inserita una designazione del padre affidata ad una semplice dichiarazione della madre (75).

Si fronteggiano due sistemi che sono incompatibili, occorre fare

(72) Sulle motivazioni che spingono la maggioranza della commissione a sostenere la proposta cfr. P.F. DUCHESNE, *Rapport fait pour l'adoption du projet*, 2 nivose an X (23 dicembre 1801), in FENET, VIII, pp. 98 e ss., in particolare pp. 109 e ss.

(73) Cfr. in riferimento alla possibilità di una residua applicazione del principio *Creditur virgini...* (« Née dans des temps et fait pour des pays où les mœurs étaient pures ») per attenuare « l'excès de rigueur contraire » utilizzato nei tempi dominati dalla corruzione, DUCHESNE (in FENET, VIII, p. 112).

(74) L'intervento è in FENET, I, pp. 121 e ss., pp. 130 e 131.

(75) CONSTANT, in FENET, I, p. 131. Non si può dunque ritenere l'indicazione della madre, da un lato, assolutamente priva di effetti, e dall'altro presentarla come comunque utile per giungere ad un'eventuale dichiarazione di stato del figlio naturale.

una scelta netta. Costant illustra con chiarezza i termini del contrasto e l'impossibilità di una mediazione. Si può scegliere — dice — il sistema antico, si può cioè fare riferimento senza sotterfugi alla ricerca della paternità, invocando la seduzione e gli obblighi contratti dall'uomo verso la madre, richiamando i doveri di provvedere alle necessità del figlio. In tale sistema il diritto può credere alla donna, può prestare fede alle sue dichiarazioni: « l'intérêt de la mère, l'intérêt de l'enfant, l'intérêt des mœurs, semblent se réunir pour faire admettre la déclaration d'une femme dans cette situation »⁽⁷⁶⁾. Oppure si può scegliere il sistema 'opposto' che si fonda su una necessaria diffidenza nei confronti della donna, sull'impossibilità di distinguere caso per caso l'onestà dalla disonestà, d'individuare volontà sedotta e volontà vera. Il nuovo sistema si fonda sul superamento del dubbio, sulla negazione delle incertezze riguardo alla paternità e sulla conseguente negazione di confusioni e di abusi. Il nuovo sistema esige certezze assolute e non può, dunque, affidarsi alle parole della donna, né affannarsi a interpretare la sua volontà per scorgere i segni di una probabile onestà. Il nuovo sistema deve trarre rigorose conseguenze solo da alcuni principi basilari: la donna è sempre libera e sceglie, non può testimoniare riguardo al proprio disonore; il diritto non può più contraddittoriamente prestare fede, così come faceva l'*ancienne jurisprudence*, alle parole della donna⁽⁷⁷⁾.

I due sistemi hanno un diverso modo di garantire la stabilità dei matrimoni, un diverso modo di valutare la volontà dei singoli, presuppongono diversi strumenti di coazione per il vizio e la disonestà: non si può mediare ma bisogna scegliere⁽⁷⁸⁾. L'indicazione del padre da parte della madre attenua il rigore del nuovo sistema con mezzi che sono incompatibili con la nuova geografia dei diritti, ripropone la carità e tenta di conciliarla con il diritto, dà vita pertanto ad un sistema assurdo che « n'est conforme ni à l'ancienne

⁽⁷⁶⁾ CONSTANT, in FENET, VIII, p. 131.

⁽⁷⁷⁾ *Ibidem*, pp. 131 e 134.

⁽⁷⁸⁾ Il diritto civile deve scegliere, così come ha fatto il diritto penale che non pone più pene assurde e barbare contro la donna che partorisce fuori dal matrimonio, deve prendere atto del nuovo riferimento alla libertà della donna e trarne rigorose conseguenze (*ibidem*, p. 136).

ni à la nouvelle jurisprudence; c'est un composé bizzarre de ce qu'elles avaient de défectueux » (79). La reliquia del sistema di antico regime immessa nel nuovo assetto risulta immorale, inutile, pericolosa: « Il est immoral; car il autorise, il sollicite, il enregistre sans réclamation, sans examen, les impostures des femmes sans mœurs »; inutile perché non può attribuire nessuno dei vantaggi del sistema di antico regime; pericolosa perché semina dubbi e divisione nella tranquillità delle famiglie senza imporre doveri precisi all'uomo designato come padre (80).

Lo scontro tra i due sistemi 'opposti' indicato da Constant si presenta nella prosecuzione del dibattito soprattutto come scontro sull'immagine della donna da assumere a modello di riferimento del diritto, come un conflitto riguardo ai rapporti tra onestà e volontà da fissare nella legge: il rigore del sistema 'moderno' può essere affermato solo respingendo completamente qualsiasi ricerca di temperamento, opponendo ai dubbi del passato (*'an vere fuerit volens'*) una rappresentazione certa, vincolante.

Chi interviene per affermare l'impossibilità d'inserire nell'atto di nascita qualsiasi dichiarazione della madre sostiene la necessaria certezza degli atti dello stato civile soprattutto parlando delle donne, della assoluta necessità del diritto di non credere alle donne, di non prestar fede alle loro parole: la certezza è presentata in opposizione agli abusi del passato, la sua assolutezza è posta come il solo sistema in grado di fissare ordine e moralità, in grado d'impedire che donne indegne della protezione della legge possano disturbare la serenità della pace borghese (81). Il diritto non deve ammettere eccezioni, la legge non deve porsi la questione dell'eventuale ingiustizia verso un caso particolare, deve affrontare ogni questione in termini generali e astratti. Ed in termini generali e astratti ci si affanna a dipingere gli scenari legati alla possibilità di accordare alle donne la facoltà d'indicare il padre; in termini generali e astratti si vuole appurare 'la natura' delle donne. Le donne che « ont cédé à la nature sans avoir renoncé à la vertu » taceranno in silenzio, mentre la dichiarazione

(79) *Ibidem*, p. 140.

(80) *Ibidem*, p. 139.

(81) In generale sulla questione cfr. A.J. ARNAUD, *Essai d'analyse structurale du Code civil français. La règle du jeu dans la paix bourgeoise*, Paris, 1973.

sarà utilizzata soltanto da donne corrotte, non sedotte ma seduttrici: « ...qui, s'étant tout à fait abandonnées à l'incontinence, corrompent avant que d'être corrompues, et qui, violant toutes les lois de la nature, perdant les qualités distinctives et essentielles de leur sexe, ne se réservent presque plus la défense et entreprennent l'attaque » (82).

Il nuovo ordine, a dispetto del dispotismo dei padri, ha riconosciuto — si afferma — diritti alle donne (83); la donna deve essere 'onorata' e 'protetta' dal diritto, ma qualsiasi protezione esige severità, impone che si assuma una lettura netta riguardo alle colpe e ai vizi. La questione è quella di individuare il punto più sensibile in cui colpire: « on a dit depuis long-temps que, s'il n'y avait point de séducteurs, il n'y aurait point de femmes séduites; mais, depuis long-temps aussi l'on a rétorqué l'argument, et on a répondu qu'il y aurait moins de suborneurs, s'il n'y avait pas tant de femmes faciles à séduire » (84).

Chi interviene a favore del progetto, chi ritiene debba essere posta un'attenuazione della severità della legge, ribadisce soprattutto la questione della volontà pura della donna sedotta, ne nega la libertà per riaffermare una sua naturale onestà: « N'abandonnons pas sans appui, sans espoir, la faiblesse séduite et trompée, dans la vaine crainte de tel ou tel abus que la corruption peut faire d'une disposition bienfaisante » (85); invita a riportare l'attenzione sui vizi degli uomini (86); invoca contro lo spietato rigore del sistema 'moderno' « l'humanité » (87).

(82) J. PARENT-RÉAL, in FENET, VIII, p. 221.

(83) « Nous avons consacré les droits des femmes, nous les avons appelées au partage égal des biens; mais il ne faut rien exagérer » (PARENT-RÉAL, in FENET, VIII, p. 224)

(84) *Ibidem*, p. 224.

(85) J.A. PERREAU, in FENET, VIII, p. 150.

(86) « Soyons plus justes envers les femmes, et ne nous prévalons pas toujours contre elles de la crainte des vices dont la première cause ne peut si souvent être imputée qu'à nous » (PERREAU, in FENET, VIII, p. 150).

(87) *Ibidem*, p. 150; cfr., ancora, L.J. ROUJOUX, in FENET, VIII, p. 154: « Sur cent malheureuses victimes de l'amour, si l'article donne un père à un seul infortuné, n'aura-t-il pas fait mille fois plus pour l'humanité qu'une prétendue calomnie n'aura fait de mal à un homme de bien? ».

La questione è quella di rendere più efficace una ‘misura repressiva’ persuadendo gli avversari riguardo al modello ‘maggioritario’ di donne con cui confrontarsi ⁽⁸⁸⁾. Si difende la dichiarazione della madre « au nom de la morale, de la justice et de la nature »: le possibili vittime di indicazioni fraudolente saranno — si dice — solo i celibi e non i virtuosi padri di famiglia; in ogni caso gli abusi, le indicazioni false, saranno esigue perché le donne oneste rappresentano la maggioranza a fronte delle « filles publiques » (« la balance n’est point égale entre le droit général qu’il consacre et l’abus accidentel qu’il peut laisser échapper! ») ⁽⁸⁹⁾. E inevitabilmente lo scontro torna ad incentrarsi su quale sia l’immagine femminile da porre come costante riferimento della legge, sull’esistenza di colpe solo apparenti, di colpe riparabili, sulla possibilità di mitigare le rigorose conseguenze di una corrispondenza assoluta tra libertà e disonestà ⁽⁹⁰⁾. Da una parte si afferma che solo una scelta assoluta, solo una sanzione inflessibile può essere efficace; dall’altra si obietta che una sanzione troppo severa rischia di essere inefficace: « les femmes en seront-elles plus vertueuses, ou plus fortes, ou plus prudentes? Non, parce que la nature est immuable » ⁽⁹¹⁾.

Si discute ‘a favore’ e ‘contro’ le donne: « j’ai beaucoup entendu parler contre les femmes, par ceux qui ont attaqué cette mesure: on me permettra de parler un peu pour elles... » ⁽⁹²⁾. Parlando ‘pour

⁽⁸⁸⁾ « On nous parle de femmes sans pudeur et sans honte, de femmes perdues de débauche!... Heureusement il s’en faut de beaucoup qu’elles forment le grand nombre » (F.G.J. ANDRIEUX, in FENET, VIII, p. 197).

⁽⁸⁹⁾ H.M.N. DUVEYRIER, in FENET, VIII, pp. 169 e ss. Nuovi calcoli, questa volta di tipo politico, spingeranno poi Duveyrier a farsi sostenitore non meno vivace del divieto della ricerca della paternità.

⁽⁹⁰⁾ « On ne se place, pour attaquer le projet, que dans l’hypothèse d’une femme hardie, qui ment aux lois et à elle-même. Mais ne faudrait-il pas songer aussi à ces femmes moins rares, faibles et vraies... » (J.J. SIMÉON, in FENET, VIII, p. 182); si invita a non arrecare pregiudizio alle « filles séduites et trompées, sous le prétexte de mettre un frein à l’audace des filles coupables et déhontées » (SIMÉON, in *ibidem*, p. 186); si fa riferimento alle donne come « filles innocentes et séduites; coupables, mais non perverses; faibles, mais non corrompues » e alla loro « faute réparable » (DUVEYRIER, in FENET, VIII, p. 174).

⁽⁹¹⁾ *Ibidem*, p. 177.

⁽⁹²⁾ ANDRIEUX, in FENET, VIII, p. 194.

elles', Andrieux, richiama grandi principi (i 'diritti delle donne', 'i diritti dei figli naturali' sono anteriori — dice — alle leggi scritte⁽⁹³⁾; « ...les lois ne sont pas faites pour une moitié seulement du genre humain »⁽⁹⁴⁾) la cui concreta attuazione rinvia all'equità presente nella prassi di antico regime. Non si possono affermare certezze assolute, distinzioni nette: il legislatore non può scegliere di porre regole col solo fine di rendere terribili le conseguenze della capitolazione femminile, non può (seguendo una logica di tipo militare) mirare a rafforzare strenuamente la sola difesa, ignorando la figura di chi attacca⁽⁹⁵⁾. Non si possono negare in blocco tutte le protezioni antiche, negando al figlio il diritto di avere un padre e alla madre i suoi diritti: « son action est bien antérieure à toutes vos lois écrites »⁽⁹⁶⁾. Diminuire il rigore della legge significa, dunque, guardare con occhi meno severi la prassi di antico regime, significa non imporre nessi assoluti tra volontà e onestà, ma verificarli nei singoli casi.

Ma è proprio tale scelta di verifica dell'onestà nel caso concreto che appare oramai impossibile. La legge scritta è avvertita come portatrice di certezze assolute e dunque il legislatore — come ammoniva Constant — deve scegliere, deve fissare una regola per tutte le ipotesi. La nuova certezza è ottenuta per contrasto, negando le mediazioni della giurisprudenza antica, l'attribuzione 'equitativa' di tutele giuridiche, negando i dubbi riguardo alla veridicità della disonestà della donna. La certezza impone che non si faccia più riferimento a verità solo presunte per attenuare o mitigare le colpe.

⁽⁹³⁾ *Ibidem*, p. 196.

⁽⁹⁴⁾ *Ibidem*, p. 194.

⁽⁹⁵⁾ *Ibidem*, p. 197. La tesi criticata da Andrieux è poi 'teorizzata' da Zachariae che presenta la donna come una fortezza assediata e i seduttori come l'armata assediante: dal momento che la caduta è in genere dovuta a un difetto di resistenza energica (vera reale effettiva), il diritto deve scegliere di incoraggiare in ogni modo la 'vera' resistenza femminile. Il modo per farlo è quello di rendere terribili per la donna le conseguenze della capitolazione, quello di negarle qualsiasi protezione (ed è in tal senso che si deve leggere il divieto della ricerca della paternità). La tesi è poi costantemente ripresa e criticata nel corso dell'Ottocento. Si cfr. A. MILLET, *La séduction*, Paris, 1876, pp. 200 e ss. (in cui si rigetta « cette objection germanique », « cette comparaison ... qui paraît empruntée plutôt aux ouvrages de M. de Moltke qu'au code de la galanterie », p. 201) e C. CASTORI, *Seduzione*, in *Il Digesto italiano*, XXI, 2, Torino, 1891-96, p. 213.

⁽⁹⁶⁾ ANDRIEUX, in FENET, VIII, p. 196.

La ‘mitigazione’ della severità della legge è impossibile, così come è impossibile svelare il mistero della vera paternità, così come è impossibile individuare l’onestà dell’animo della donna in assenza di riferimenti certi, reali, effettivi. La posizione prevalente non può, dunque, che essere quella estrema, la più rigorosa. La certezza è ottenuta retoricamente rifiutando ogni mediazione e rendendo ‘generale e astratta’ l’immagine del consenso libero prestato: quella generalizzazione non riconosce una libertà, ma è una costante dichiarazione di colpa fissata dalla legge contro la disonestà, contro « les désordres des femmes »⁽⁹⁷⁾.

L’inserimento di un’eventuale indicazione del padre da parte della madre nell’atto di nascita viene negata (la legge — si afferma — deve far inserire negli atti di nascita solo « faits certains »⁽⁹⁸⁾); e nel successivo dibattito, quello direttamente rivolto ad affrontare la questione della ricerca della paternità, l’affermazione di certezze assolute non può che proseguire.

L’esigenza di certezza proiettata sulla paternità (« la nature a couvert d’une voile impénétrable la transmission de nostre existence »⁽⁹⁹⁾) impone la ridefinizione del quadro di antico regime, esige che si neghino per sempre i processi scandalosi e le mutevo-

(97) « ...la recherche de la paternité favorise les désordres des femmes, et la prohibition de la recherche laisse libre cours aux désordres des hommes. C’est au législateur à choisir le moindre de ceux deux maux. (...) Il faut donc que le législateur choisisse, car une solution mixte ne pourrait être que la moitié d’un bon système, et la moitié d’un mauvais... » (così P. BARET, *Histoire et critique des règles sur la preuve de la filiation naturelle*, cit., p. 163).

(98) G.A. CHABOT DE L’ALLIER, in FENET, VIII, p. 314.

(99) F.J. BIGOT-PRÉAMENEU, *Présentation au Corps Législatif, 20 ventose an XI* (11 marzo 1803), in FENET, X, p. 135 e 138. Si cfr. anche le affermazioni di Duveyrier — discorso dinnanzi al Corpo Legislativo del 2 *germinal an XI* (23 marzo 1803) — che si mostra completamente dimentico di quanto sosteneva poco più di un anno prima: la natura — dice — pone la paternità come un mistero, « la nature ayant dérobé ce mystère à la connaissance de l’homme, à ses facultés morales et physiques, aux perceptions les plus subtiles de ses sens, comme aux recherches les plus pénétrantes de sa raison »; il matrimonio fornisce (in difetto di una prova materiale impossibile) la presunzione legale della paternità: « il est évident, lorsque le mariage n’existe pas, qu’il n’y a plus ni signe matériel, ni signe légal. Il n’y a plus rien qui puisse faire supposer, même la fiction conventionnelle et sociale. La paternité reste ce qu’elle était, aux yeux de la loi comme aux yeux de l’homme, un mystère impénétrable ». E dunque sarebbe ingiusto, insensato, attribuire tale fatto incerto all’uomo (DUVEYRIER, in FENET, X, p. 240).

lezze della giurisprudenza, gli attentati alle virtù di uomini onesti⁽¹⁰⁰⁾. Le misure antiche — si afferma — erano inefficaci per la garanzia della stabilità dei matrimoni, erano troppo elastiche, troppo mutevoli; nate per proteggere l'onestà delle donne ne incentivavano la disonestà⁽¹⁰¹⁾. L'esigenza di non affermare giudizialmente una paternità congetturale e arbitraria⁽¹⁰²⁾, l'impossibilità di proporre attraverso una coazione legale un vincolo giuridico « mise à la place du signe matériel que la nature n'accorde pas »⁽¹⁰³⁾, si lega costantemente al racconto che ripercorre la lunga lista degli abusi commessi dalle donne in antico regime. Fissare con certezza assoluta la paternità significa negare tali abusi, negare il disordine: « arrêter ces scandaleux désordres par une législation plus sévère et plus réprimante »⁽¹⁰⁴⁾.

Quando si passa a discutere della possibilità di porre un'ecce-

⁽¹⁰⁰⁾ In antico regime il 'rigore eccessivo' nella trattazione dei figli naturali si affiancava all'arbitrio, all'incertezza, ad una carità casuale che consentiva di turbare la tranquillità delle famiglie: « Depuis long-temps, dans l'ancien régime, un cri général s'était élevé contre les recherches de paternité. Elles exposaient les tribunaux aux débats les plus scandaleux, aux jugements les plus arbitraires, à la jurisprudence la plus variable. L'homme dont la conduite était la plus pure, celui même dont les cheveux avaient blanchi dans l'exercice de toutes les vertus, n'étaient point à l'abri de l'attaque d'une femme impudente, ou d'enfants qui lui étaient étrangers. Ce genre de calomnie laissait toujours des traces affligeantes. En un mot, les recherches de paternité étaient regardées comme le fléau de la société » (BIGOT PRÉAMENEU, *Présentation au Corps Législatif*, cit., p. 154).

⁽¹⁰¹⁾ « ... la législation elle-même, destinée à garantir la stabilité, a malheureusement contribué à la miner sourdement, en prêtant son appui à la fraude et à l'impudeur, en favorisant la profanation du saint nœud du mariage par la facilité donnée aux femmes parjures d'introduire des étrangers dans les familles... » (J.T. LAHARY, *Rapport fait au Tribunal, 28 ventose an XI*, 19 marzo 1803, in FENET, X, p. 159); « Rien de plus fréquent autrefois que ces audacieuses réclamations d'état dont on assiégeait de toutes parts les tribunaux. Que de femmes impudentes osaient publier leur faiblesse sous prétexte de recouvrer leur honneur! Combien d'intrigants, nés dans la condition la plus abjecte, avaient l'inconcevable hardiesse de prétendre s'introduire dans les familles les plus distinguées, et surtout les plus opulentes! » (*ibidem*, p. 198); « C'est ainsi qu'en proscrivant la recherche de la paternité, hors un seul cas, elle prémunit la faiblesse et l'inexpérience contre les dangers de la séduction, et qu'elle met un frein à la perversité des femmes flétries et déhontées » (*ibidem*, p. 200).

⁽¹⁰²⁾ DUVEYRIER (2 germinal an XI), in FENET, X, p. 240.

⁽¹⁰³⁾ *Ibidem*, p. 206.

⁽¹⁰⁴⁾ LAHARY, in FENET, X, p. 160.

zione all'assoluto divieto, si discute inevitabilmente della donna ancora degna di protezione, della donna (e del figlio) che può sottrarsi alla severità della legge. Anche l'eccezione naturalmente deve essere ispirata a certezze indiscutibili: per ottenerle il discorso civilistico torna a riferirsi alle nuove evidenze presenti nel diritto penale.

La regola del divieto di ricerca di paternità è stata posta per eliminare gli abusi di donne dalla volontà disonesta ⁽¹⁰⁵⁾, le eccezioni devono essere pertanto limitate al fine di impedire ogni interpretazione arbitraria dei giudici: un'eccezione sarà dunque ammissibile nel solo caso in cui non si potrà in alcun modo dubitare dell'onestà della donna, nel caso in cui l'onestà della sua anima risulti vera, reale, effettiva, senza necessità d'interpretazione.

L'unica eccezione ammessa diviene, dunque, quella del ratto (violento): esiste la violenza, esiste la durata (il tempo del concepimento deve coincidere con quello del ratto) ⁽¹⁰⁶⁾. La violenza al corpo mostra senza dubbi, senza necessità di interpretazioni, l'onestà che è degna di tutela e indica il colpevole che deve essere punito attraverso la dichiarazione giudiziale di paternità: « On se portera moins facilement à ce genre de crime, et on en subira la peine la plus naturelle, si on peut appeller ainsi l'accomplissement des devoirs d'un père » ⁽¹⁰⁷⁾. La violenza dell'uomo, la resistenza della donna — si afferma — 'suppliscono al consenso' e impongono la ricerca giudiziale della paternità ⁽¹⁰⁸⁾: esistono segni materiali,

⁽¹⁰⁵⁾ F.D. TRONCHET (nella discussione al Consiglio di Stato del 26 *brumaire an X*, 17 novembre 1801), in FENET, X, p. 74. Cfr. anche A.C. THIBAudeau, in *ibidem*, p. 76.

⁽¹⁰⁶⁾ Il riferimento va nei lavori preparatori alla solo ratto (violento); si esclude il riferimento allo stupro violento soprattutto per la 'momentaneità' del possesso che rende 'improbabile' la paternità. Gran parte della dottrina accomunerà le due ipotesi (cfr., ad esempio, J.S. LOISEAU, *Traité des enfants naturels*, cit., p. 419), così come farà poi l'articolo 189 del Codice civile italiano del 1865 che richiamerà come eccezioni al divieto « il ratto e lo stupro violento ».

⁽¹⁰⁷⁾ BIGOT PRÉAMENEU, *Présentation au Corps Législatif*, cit., in FENET, X, p. 156.

⁽¹⁰⁸⁾ « C'est la conséquence d'un crime, et d'un crime prouvé. Il n'y a point de mariage; mais il y a nécessité, ou plutôt supposition nécessaire du mariage. Il n'y a pas de cohabitation publique; mais il y a cohabitation forcée. La violence de l'un, l'oppression de l'autre, suppléent au consentement authentique et mutuel. La paternité ne se décèle encore que par des indices et des conjectures; mais les conjectures et les indices se rassemblent tous sur un seul, et sur un homme criminel ». DUVEYRIER, in FENET, X, p. 241.

visibili, esiste un colpevole, esiste una vittima, una vera vittima: « La réparation est due à la victime, et le châtement au coupable » (109).

Nel caso del ratto violento la paternità si pone pertanto come « la peine de l'enlèvement » (« peine imposée au ravisseur »): la dichiarazione giudiziale 'deve' seguire la pena (110). Si realizza una simmetria (avvertita come ovvia) con l'assetto del diritto penale, con le nuove certezze poste dalla depenalizzazione: la privazione della protezione, il diniego di azioni civili per la madre e per il figlio, è ordinaria sanzione per la donna, sanzione per la disonestà (per il consenso colpevole scritto nel silenzio della legge penale); l'eccezione è possibile nel solo caso in cui non esistono dubbi nell'interpretazione dell'onestà della donna, quando esiste una violenza vera, reale, effettiva.

Portalis fa notare che facendo seguire necessariamente la dichiarazione di paternità alla condanna del ratto, l'intenzione di punire diventa un fatto determinante ai fini dello stabilimento dello stato civile (111) (lo stesso Napoleone è sensibile alla questione (112)): ci si accorda così su un testo (quello dell'art. 340) più 'mite'. La dichiarazione giudiziale di paternità 'potrà' seguire, sono possibili eccezioni all'eccezione; la paternità, del resto, deve essere assolutamente certa, non si può far dipendere lo stato delle persone dalla volontà di sanzionare anche civilmente il rapitore.

La sanzione rimane sempre ferma invece in tutte le altre ipotesi, nell'ipotesi generale: lì 'la pena' non può essere mai negata perché occorre tener conto della volontà libera della donna e trarne tutte le rigorose conseguenze. Gli interessi del figlio non sono mai considerati di per sé rilevanti ('la società — sintetizza Napoleone — non ha

(109) *Ibidem*, pp. 241-242.

(110) J.B. TREILHARD (discussione al Consiglio di Stato del 13 *brumaire an XI*, 4 Novembre 1802) in FENET, X, p. 133.

(111) PORTALIS, in *ibidem*, p. 133.

(112) Se la paternità potesse essere provata — afferma — si potrebbe costringere l'uomo a sposare la donna, ma questa prova è impossibile; pertanto si deve colpire chi si rende colpevole di violenza, ma non si può costringerlo ad accettare una paternità indimostabile. Del resto, conclude il Primo Console, « la société n'a pas intérêt à ce que des bâtards soient reconnus » (discussione al Consiglio di Stato del 26 *brumaire an X*, 17 novembre 1801, in FENET, X, pp. 76 e 77).

interesse a che dei bastardi siano riconosciuti'; e poi, si sa, per rendere più efficaci le misure repressive ('il faut toujours chercher dans le coupable l'endroit le plus sensible') e, quanto alla donna, non esistono più dubbi riguardo alla veridicità della sua colpa che è fissata con certezza nei silenzi della legge penale e nell'assetto delle protezioni del Codice che hanno finalmente fatto cessare le dispute, gli arbitrii, la repressione inefficace e ogni malintesa equità, stabilendo 'per sempre' i rapporti tra volontà e onestà, senza nessun riguardo per i 'sogni' e per le ingannevoli apparenze.

La dottrina — come vedremo — si porrà, certo, il problema di superare le certezze assolute del Codice; si interrogherà, ad esempio, sulla possibilità di ampliare l'eccezione al divieto di ricerca di paternità, ponendo in discussione la veridicità del consenso della donna, cercando di far emergere l'apparenza della sua spontaneità, richiamando ancora il 'ratto di seduzione': la parola ratto — si dice — deve essere interpretata nel suo significato più ampio, il ratto non suppone necessariamente la violenza effettiva; se è la purezza dell'anima della donna che si ricerca, essa appare anche quando può essere intravista in una violenza morale, è presente dunque nella seduzione. L'estensione è decisamente contraria allo 'spirito della legge' che era proprio quello di affermare un'onestà dell'anima non più affidata ad interpretazioni mutevoli, per scorgersela solo — così come si era fatto nel diritto penale — nella resistenza alla violenza certa, quella visibile in fatti materiali indiscutibili in cui poter scorgere la sola virtù femminile ancora degna di tutela.

4. *Coerenze dogmatiche: i penalisti e il silenzio della legge come sanzione*

Posta di fronte alle 'certezze assolute' dei Codici la scienza giuridica dell'Ottocento non potrà far altro che leggerle in modo differenziato: i vincoli assoluti posti agli interpreti si rivelano quasi sempre molto relativi, e così accade riguardo al vincolo tra onestà e volontà femminile velleitariamente scritto 'per sempre' nei silenzi del Codice penale, nel rifiuto delle protezioni del Codice civile. La questione da sottolineare però non è questa, non è cioè quella della fragilità della fissazione legislativa di un vincolo 'assoluto' tra onestà

e volontà, quanto quella di una mentalità perdurante nel legislatore, come negli interpreti successivi.

La riflessione dogmatica nel corso dell'Ottocento non riuscirà mai a proporre interpretazioni in grado di abbandonare i limiti presenti nei lavori preparatori del Codice: da un lato, avremo coloro che con logica severità interpreteranno il sistema inseguendo la sua 'vera finalità', quella di evitare gli abusi, di negare a qualsiasi costo 'i calcoli' delle donne («... toujours apparaît le danger qu'il faut éviter à tout prix: le danger de favoriser la corruption des femmes »⁽¹¹³⁾); dall'altro lato, coloro che proporranno un 'ritorno della seduzione' per flettere con 'l'umanità' le scelte troppo rigorose del legislatore: si attenua 'la repressione' non attraverso il rifiuto del richiamo alla libertà come a una colpa, ma attraverso la negazione della presenza della libertà, accettando il presupposto (che resta comune) dell'impossibilità di qualsiasi tutela giuridica per la libertà 'disordinata' della donna, accettando la finalità (comune) di negare qualsiasi protezione per la disonestà 'vera'; e per far ciò si prosegue la ricerca affannosa della « vera vittima », della vittima dalle volizioni veramente oneste, della donna veramente sedotta⁽¹¹⁴⁾.

Sviluppate in direzioni 'opposte' le interpretazioni giuridiche

⁽¹¹³⁾ Così P. BARET, *Histoire et critique des règles sur la preuve de la filiation naturelle*, cit., 167. « Dans le cas d'enlèvement et dans le cas de viol, il n'y a point de calcul possible » (p. 166).

⁽¹¹⁴⁾ L'intero dibattito relativo all'affermazione di un risarcimento del danno da seduzione (che, come vedremo, sarà utilizzato per 'attenuare' il rigore del divieto di ricerca di paternità) può essere letto come riaffermazione della donna come 'vera vittima'; vittima dalle volizioni oneste anche al di fuori del rigido nesso tra volontà libera e disonestà fissata dal Codice: « Non basta che tra un uomo e una donna siansi allacciati rapporti illeciti per poter imputare al primo una colpa. Se la donna ha liberamente consentito al formarsi di quei rapporti, la colpa è comune ad entrambe le parti. Ella non può dirsi vittima di un delitto, del quale essa stessa è autrice. Essa non sarà dunque ammessa a reclamare alcun risarcimento. Permettere alla donna che s'è liberamente data, di reclamare dal suo complice i danni-interesse, sarebbe autorizzarla a reclamare il premio del suo libertinaggio, sarebbe dare incoraggiamenti al mal costume. La legge non può prestare il suo aiuto alla donna che vuol farsi pagare dall'uomo il compenso di favori che gli ha accordati. Perché i danni interessi siano dovuti, occorre che la seduzione sia stata compiuta con mezzi sleali e disonesti che abbiano fatto della donna una vera vittima. Allora si ha una colpa imputabile all'autore della seduzione ». G. BAUDRY-LACANTINERIE (G. CHÉNEAUX), *Trattato teorico pratico di diritto civile*, IV, *Delle persone (Paternità e filiazione)*, cit., n. 679, p. 672. Sulla questione, comunque, si cfr. *infra* IV. 4.

dell'Ottocento porrano dunque in discussione i vincoli fissati nei Codici, quello che i giuristi non riusciranno a superare, perché più forte nella loro mentalità dello stesso comando della legge, è quel nesso fissato nell'intero percorso del pensiero giuridico moderno tra volontà onesta e libertà della donna meritevole di tutela. Nel corso dell'Ottocento, così come nel dibattito presente nei lavori preparatori del Codice Napoleone, gli 'opposti dogmatici' saranno dati dalla certezza giuridica di una donna dalla volontà libera sempre colpevole (quella assoluta certezza fissata nella legge civile, quella affermata dal silenzio della legge penale) e dalle interpretazioni volte a riproporre l'immagine della 'vera vittima' attraverso filtri giuridici capaci di ricondurre libertà ad onestà (*praesumitur seducta*).

La scienza giuridica che delinea nel corso dell'Ottocento un compiuto assetto di principi, proponendoli come criterio ispiratore nella lettura e nella critica dei Codici esistenti, come guida alla realizzazione di modifiche legislative, propone insomma le sue coerenze dogmatiche sviluppando i dilemmi cari ai giuristi di antico regime, proseguendone naturalmente il discorso per fissarne i punti non più discutibili. Le convinzioni più profonde restano comuni: il diritto non deve offrire nessuna tutela giuridica a soggetti che non siano veramente degni, veramente meritevoli, veramente onesti. Forte della lettura degli errori e degli abusi del passato, la scienza giuridica che interpreta la volontà libera della donna non si occupa mai di tutelare la libertà, quella volontà libera che è ora posta enfaticamente al centro del discorso, ma di misurarne la dignità, di soppesarne l'intrinseca onestà.

Lo schema si ripropone tanto nella civilistica (lo vedremo nel prossimo paragrafo), quanto nella penalistica, ce ne occuperemo subito seguendo le letture del silenzio della legge penale da parte della scienza giuridica italiana. Spostando l'attenzione nella penisola italiana ci si confronta con un quadro che, pur essendo fortemente influenzato dal modello francese, si presenta più variegato; siamo di fronte a un assetto 'in costruzione' che permette di cogliere meglio le opzioni della scienza giuridica.

La penalistica italiana dell'Ottocento ⁽¹¹⁵⁾ propone ininterrot-

(115) Per un'efficace visione di sintesi si cfr. M. SBRICCOLI, *La penalistica civile*.

tamente il discorso sulla libertà della volontà della donna senza mai svincolarlo da quello sull'onestà: la disputa su una piena depenalizzazione dello stupro semplice si svolge tutta all'insegna dell'impossibilità per il diritto di accordare una protezione ad una donna che è *socia criminis*, che è colpevole del suo disonore ⁽¹¹⁶⁾; l'intera lettura della secolarizzazione fornita dai penalisti mentre urla il disinteresse del diritto penale per l'intrinseca immoralità delle relazioni sessuali fuori dal matrimonio, presenta costante (come sempre in contrasto agli abusi e ai disordini del passato) l'esigenza di dover negare qualsiasi tutela per l'onestà incerta ⁽¹¹⁷⁾. Il penalista ricerca certezze indiscutibili, non può fondare la legalità del nuovo ordine su dati approssimativi, non può accedere ad una costruzione dei principi giuridici legata al sogno di antico regime di un'incontaminata virtù femminile. Il rifiuto di qualsiasi tutela per violenze non evidenti, la negazione di qualsiasi filtro nella lettura della volontà è affermazione continua delle sole certezze insite nell'onestà evidente, è presa d'atto delle 'sventure della virtù' femminile nel diritto ⁽¹¹⁸⁾. Entro l'urlata distinzione tra diritto e morale, l'interpretazione è condizionata dall'intreccio tra libertà e onestà, dalla continua 'scoperta' della fine del mondo caratterizzato dalla presenza d'incontaminate virtù femminili.

4.1. *Una storia semplice: la secolarizzazione raccontata dai penalisti*

Nella seconda metà dell'Ottocento i penalisti italiani ci offrono in tema di delitti contro il buon costume e l'ordine delle famiglie ⁽¹¹⁹⁾, un quadro molto lineare, aggregato com'è attorno a pochi e netti assunti programmatici. Le grandi opere divulgative, i trattati, le enciclopedie giuridiche, ci forniscono una linea semplice e sicura,

Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita, in A. Schiavone (a cura di), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Roma-Bari, 1990, pp. 147 e ss.

⁽¹¹⁶⁾ Cfr. *infra* 4. 2.

⁽¹¹⁷⁾ Cfr. *infra* 4. 1.

⁽¹¹⁸⁾ Cfr. *infra* 4. 3 e 4. 4.

⁽¹¹⁹⁾ È la dizione ampia offerta dal titolo VIII del Secondo libro del Codice Zanardelli.

capace nei suoi principi di fondo di travalicare i contrasti tra le Scuole: si ripete, con Francesco Carrara, che un peccato non può essere punito come un reato, che la legge non deve punire le passioni o i cattivi istinti ma le lesioni del diritto ⁽¹²⁰⁾; si proclama che il ‘giure penale’ non ha interesse per le virtù degli uomini, che il penalista obbedisce solo alla « fredda ragione giuridica » (« la ragione punitrice diverrebbe la più patente violazione della libera personalità umana qualora si proponesse lo scopo di custodire o vendicare la virtù della pudicizia... ») ⁽¹²¹⁾; si sostiene che il ‘giure penale’ non può che abbandonare il campo della morale e, con esso, le generiche dizioni e le confusioni del passato.

Il diritto penale, in assenza di una specifica « aggressione a beni giuridici », deve dunque tacere anche di fronte ad azioni che « destano ripugnanza ed orrore »: « L’impudicizia, l’incontinenza, l’apagamento, naturale o innaturale, della sessualità esulano dal dominio giuridico, perché lo Stato non può creare a viva forza la moralità sessuale, ma deve provvedervi col magistero dell’educazione » ⁽¹²²⁾.

Ferma è, in nome di questi principi condivisi, la critica nei confronti dei residui riferimenti alle qualificazioni dello stupro non riconducibili alla violenza vera, effettiva: richiami critici sono mossi soprattutto alla seduzione e alla seduzione con promessa di matrimonio ancora presenti nei Codici del periodo, in particolare nei confronti dell’articolo 298 del Codice penale toscano e dell’art. 500 del Codice penale sardo ⁽¹²³⁾. Occorre escludere — si afferma — che il diritto penale possa sanzionare l’intrinseca immoralità di un atto, occorre rispettare la libertà dei singoli quando essa non pro-

⁽¹²⁰⁾ Cfr. F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale dettato nella R. Università di Pisa, Parte speciale*, vol. II, Lucca, 1873³, pp. 210 e ss. E, a mo’ di esempio, A. MORTARA, *Buon costume e l’ordine delle famiglie (Delitti contro il)*, in *Il Digesto italiano*, V, (1890-1899), pp. 1023 e ss.; C. CALOGERO, *Dei delitti contro il buon costume e l’ordine delle famiglie*, in *Completo trattato teorico-pratico di diritto penale* (pubblicato da P. Cogliolo), Milano, Vallardi, 1890, II, 1, pp. 977 e ss.

⁽¹²¹⁾ C. CALOGERO, *Dei delitti contro il buon costume e l’ordine delle famiglie*, cit., p. 974.

⁽¹²²⁾ F. PRECONE, *Buon costume (Reati contro il)*, in *Enciclopedia giuridica italiana*, II, 3, 1892, p. 599.

⁽¹²³⁾ Riguardo alle interpretazioni della giurisprudenza toscana sull’art. 298 cfr. *infra* IV. 3.1; riguardo all’art. 500 si cfr. IV. 3. 2.

duce lesione di diritti riconosciuti dall'ordinamento. Qualsiasi interpretazione della volontà della donna condizionata dal retaggio di antiche presunzioni d'onestà deve pertanto essere respinta per coerenza, per rigore dogmatico: quelle letture 'antiche' non eliminano la confusione tra orbita giuridica e orbita morale, conservano nel diritto penale costrizioni che contrastano con la libertà assoluta di contrarre matrimonio; accordano (anche nei confronti di donne maggiorenni e comunque consenzienti) protezioni contrastanti con gli obiettivi scientifici della penalistica, propongono, facendo rivivere presunzioni che non hanno più motivo di esistere, figure giuridiche nebulose che fomentano errori giudiziari ed usi strumentali della normativa penale.

Conseguentemente le scelte presenti nel liberale Codice Zanardelli sono rappresentate come il coronamento logico della divisione tra diritto e morale, come necessario sviluppo della scelta dello Stato liberale di non porsi come custode della virtù dei cittadini, della scelta di non colpire forme di malcostume incapaci di una concreta aggressione nei confronti della libertà del singolo. Il legislatore — ripete lo stesso Zanardelli — valuta il « danno evidente ed apprezzabile » alle famiglie, valuta la contrarietà alla « pubblica decenza », sempre attento a non invadere il campo della morale; oltre 'l'evidenza' la via da scegliere è quella indicata da Carmignani, quella per cui 'riesce utile l'ignoranza del vizio' (124).

(124) Cfr. *Progetto del Codice penale per il Regno d'Italia... presentato dal Ministro di Grazia e Giustizia e dei Culti* (ZANARDELLI), seduta del 22 novembre 1887, in *Atti parlamentari*, Camera dei deputati, leg. XVI, 2^a sessione, Documenti, n. 28, p. 213; cfr. *Relazione della Commissione della Camera dei Deputati, composta da P.S. Mancini (presidente)... sul progetto di Codice penale presentato da... Zanardelli* (richiamo l'edizione Ute, 1888), titolo VIII, Dei delitti contro il buon costume e contro l'ordine delle famiglie, CXCv: « Alcune specie delittuose comprese in questo titolo, come la violenza carnale, l'oltraggio violento al pudore, la seduzione, ecc. corrispondono a quelle infrazioni della legge penale che nell'antica scuola criminalistica costituivano la classe speciale dei delitti di carne. Nomenclatura che oggi è scomparsa col fortunato scomparire della confusione che per lungo tempo si è fatta (e di cui si trova qualche traccia anche nelle leggi vigenti) della immoralità e del peccato col reato. La legge penale è la tutelatrice e la vindice del diritto; non può esplicitare legittimamente la sua azione se non là dove nella violazione del diritto si incontra. È senza dubbio un peccato, ed un peccato che si manifesta talvolta in forme ributtanti, la incontinenza; ma questa non può essere punita per sé stessa dal legislatore senza che egli varchi i confini segnati al suo magistero

La penalistica dunque promuove e sostiene la netta distinzione tra diritto e morale: in nome di quella distinzione legge il passato; in base a quella distinzione apprezza le scelte presenti nel Codice Zanardelli ed invoca su alcuni punti ulteriore coerenza dallo stesso legislatore. Non si esita, ad esempio, a contestare duramente le disposizioni relative al « ratto improprio o consensuale »⁽¹²⁵⁾, ad attaccare le norme in cui ancora confuso appare il rapporto tra diritto e morale, per esigere rispetto riguardo alla libertà del consenso, per affermare che non si può considerare il 'vizio' incapace di trasformarsi in un danno socialmente apprezzabile. Ogni configurazione giuridica in cui si possano scorgere residui di configurazioni antiche (presunzioni di onestà, riferimenti imperfetti alla libertà, filtri affidati a presunzioni di seduzione, richiami penalistici alla promessa di matrimonio) si condanna da sé, si pone contro i nuovi postulati della scienza penale, così come fissati dopo la svolta impressa da Beccaria e da Filangieri.

Queste convinzioni diffuse non sempre generano un'interpretazione omogenea della normativa del presente (naturalmente ricca di contrasti e di inevitabili scelte morali), ma si fondano sempre su una lettura storica priva di dubbi: le certezze del presente derivano dal 'progresso dei lumi', nascono nel campo dei delitti contro il buon costume e l'ordine delle famiglie dal rifiuto degli 'abusi', del 'disordine', delle 'confusioni', delle 'benevolenze' del passato. La normativa del presente si giustifica alla luce dei molteplici errori che rendevano inefficace la repressione di antico regime e incongrue le protezioni per l'onestà. L'esigenza scientifica di colpire solo le lesioni del diritto, l'esigenza di distinguere reati dai peccati, trova così un fondamento 'storico' in un racconto dei penalisti costantemente volto a mostrare il passaggio dall'antico regime all'assetto del presente come un passaggio da una repressione casuale e inefficiente ad un sistema 'logico e razionale'. La ricostruzione storica volta a negare quel passato non è dunque nel discorso del penalista un

repressivo. La incontinenza può diventare reato ed essere punibile soltanto quando si trasformi nella violazione di un diritto individuale e sociale » (pp. 219 e 220).

⁽¹²⁵⁾ La critica va all'ipotesi di ratto consensuale di persona maggiore degli anni dodici e minore dei ventuno prevista nell'articolo 341 del Codice Zanardelli. Sulla questione cfr. *infra* IV. 3. 3.

astratto ‘prologo in cielo’, erudizione separabile dal successivo discorso tecnico, ma è empirica dimostrazione della bontà dei nuovi schemi dogmatici, è riprova dell’impegno ‘militante’ della scienza penalistica, difesa costante delle certezze della legalità.

È in particolare la depenalizzazione delle qualificazioni dello stupro diverse dalla violenza, la negazione delle vaghe presunzioni di onestà, ad essere presentata come il segno più evidente della secolarizzazione del diritto, del rifiuto delle incongrue protezioni di antico regime, del continuo riferimento a valutazioni morali. Il passaggio dalla figura ampia dello stupro, così come presentata ancora dalla penalistica del tardo diritto comune, alla violenza carnale rappresenta per tutti la prova provata del cammino della scienza verso ‘la civiltà’, la prosecuzione sicura del ‘sentiero di luce’ aperto dai ‘geni’ del XVIII secolo ⁽¹²⁶⁾.

Si può scegliere a caso: « Sino alla fine del secolo passato e al principio di questo, tutti i criminalisti accettavano la classe dei delitti di carne (...) oramai unanimemente respinta dalla scienza, la quale ha riconosciuto che non può punirsi come delitto quel fatto che per quanto impudico non contenga nessuna lesione del diritto. (...) quando la legge punisce al pari del ratto, dello stupro e dell’adulterio il commercio carnale di un uomo con una donna libera e consenziente (...) allora davvero non si sa se sia più deplorabile il vizio in sé medesimo o la imbecillità e la ferocia del legislatore » ⁽¹²⁷⁾.

L’elemento centrale posto a ‘lumeggiare’ in questo settore il distacco dall’era della ‘ferocia’ e delle ‘barbarie’ è la valorizzazione moderna del consenso della ‘donna libera’: è mostrando una donna ‘responsabile’ e ‘capace di consentire’ che si possono ribadire le nuove distinzioni, mostrare il necessario disinteresse del giurista per scelte, magari immorali, ma incapaci di produrre lesione del diritto. La valorizzazione nelle relazioni sessuali fuori dal matrimonio del « comune consenso », il riferimento ad una realtà in cui gioca un ruolo rilevante anche il ‘consenso femminile’ permette di segnare un

⁽¹²⁶⁾ G. RAFFAELLI, *Nomotesia penale*, Napoli, 1820, I, p. 4 e pp. 94 e ss. riguardo allo stupro. Cfr. anche G. ZIINO, *Stupro e attentati contro il pudore e il buon costume*, cit., pp. 904 e ss.; F. PRECONE, *Buon costume*, cit. pp. 597 e ss.

⁽¹²⁷⁾ C. CALOGERO, *Dei delitti contro il buon costume e l’ordine delle famiglie*, cit., pp. 975 e 976. Segue, immancabile, un richiamo a Filangieri.

confine certo tra un prima e un dopo; ribadisce, con la veemenza della critica illuministica, l'impossibilità per il giurista di porre sullo stesso piano fatti e comportamenti diversi, di parificare in modo assurdo e ingiusto violenza e 'trasporto amoroso'.

Il passato offre una storia semplice: i primi segni del presente vanno ricercati in quei provvedimenti che hanno posto fine alle degenerazioni della prassi di antico regime, che hanno negato interpretazioni vaghe e fissato criteri certi. Si guarda naturalmente all'ordinanza francese del 1730 (di cui si coglie solo la critica alle degenerazioni della prassi e non il terribile impianto repressivo) ⁽¹²⁸⁾, si guarda al dettato della prammatica napoletana del 1779 e al suo richiamo « certo » verso una pena indirizzata solo contro la violenza « vera, reale, effettiva » ⁽¹²⁹⁾.

Emerge qui la linea della 'modernità': la depenalizzazione della figura ampia dello stupro, la fine delle qualificazioni diverse dalla violenza, la fine delle incerte letture giuridiche riguardo alla veridicità del consenso della donna e l'attribuzione di una tutela penale anche al di fuori di un quadro di certezze obiettive. L'intervento del diritto penale diviene specifico; il diritto penale moderno tutela una volontà certa e nega qualsiasi protezione ingiusta, immeritata. Le critiche nei confronti della Leopoldina (in cui dopo un contrastato dibattito non era stata scelta la via della completa depenalizzazione delle qualificazioni dello stupro diverse dalla violenza) sono, del resto, proprio quelle di non aver compreso i nuovi modelli certi di riferimento, di aver cercato di mantenere inutilmente in vita finzioni condannate dalla storia. Il « nobile esempio fornito dal legislatore napoletano » può dunque essere esaltato per la sua 'sensibilità' moderna, capace di dileguare ogni confusione tra 'l'orbita giuridica e quella morale' ⁽¹³⁰⁾.

⁽¹²⁸⁾ Cfr. sopra II. 2.

⁽¹²⁹⁾ Cfr. sopra II. 8.

⁽¹³⁰⁾ « Malgrado il nobile esempio fornito dal legislatore napoletano, le leggi toscane seguitarono a vagare nell'incerto e nell'indeterminato fino a poco dopo la metà del secolo »; neppure nel Codice del 1853 infatti « si possono dire dileguate le preoccupazioni tradizionali e le confusioni tra l'orbita giuridica e quella morale ». Così, ad esempio, G. ZIINO, *Stupro e attentati contro il pudore e il buon costume*, cit., p. 905, che si muove sulla scia del giudizio di Carrara (*Programma*, cit., *Parte speciale*, II, § 1488, p. 238: « la Toscana fu la ultima ad erudirsi... »). Si cfr., ancora, di recente ma sempre nella

« La punizione dello stupro semplice — sintetizza Carrara — doveva presto o tardi cadere, e cadde in faccia al progresso dei lumi »⁽¹³¹⁾.

Il filo conduttore della lettura del passato è la distinzione tra diritto e morale; ma un punto è presentato sempre come essenziale nel realizzarsi della svolta: la fine del disordine, la fine degli abusi delle donne, la fine dell'onestà solo presunta. La questione, lo abbiamo visto, è ben radicata nei provvedimenti settecenteschi, ben presente nella retorica del consenso libero diffusa nelle pagine dello stesso Filangieri costantemente portate a modello.

La ricostruzione del passato proposta dai penalisti che presentano la depenalizzazione come espressione del 'progresso', delle nuove categorie della scienza, della certezza effettiva della lesione del diritto, ha costantemente presente la svolta come affermazione di un nuovo modello rigoroso di onestà da opporre allo 'scandalo' di protezioni immeritate. Il nuovo modello è costantemente volto a scorgere nella libertà della donna una 'correttezza' che impone la privazione di tutele giuridiche come severa e necessaria forma di sanzione. Il racconto 'semplice' del passato accoglie e fa propria tutta l'ambiguità presente nelle richieste della depenalizzazione di fine Settecento: non si pone mai in posizione di disinteresse verso l'onestà, ma propone il suo discorso sulla libertà come ricerca di onestà vera, un'onestà da accertare senza finzioni, senza presunzioni.

La donna consenziente non può essere benevolmente intesa come 'vittima', ma è 'complice': l'onestà vera della donna è da cogliere — senza interpretazioni — solo quando si è in presenza di una violenza « vera, reale, effettiva ». Il 'progresso dei lumi' sta tutto qui, è in relazione a questo punto che si realizza la linea della modernità e che si realizza la valorizzazione del volontà libera.

Il racconto della secolarizzazione fornito dai penalisti ci propone insomma un dato che sarà poi ben presente nella loro analisi

stessa direzione, T. PADOVANI, *Violenza carnale e tutela della libertà*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1989, p. 1305: «...la sensibilità del re di Napoli nell'abbandonare un simile strumento repressivo non trovò eco immediata». Riguardo alla Leopoldina cfr. *infra* IV. 3.1.

⁽¹³¹⁾ F. CARRARA, *Programma*, cit., *Parte speciale*, II, § 1488, p. 238.

tecnica: il richiamo alla volontà libera della donna è posto in opposizione ad un passato che è fatto di disordine, di abusi, di scaltre strategie femminili, di insufficienti controlli sull'onestà, di sanzioni non adeguate all'obiettivo. Il richiamo alla volontà libera emerge con nettezza solo nella polemica verso le figure antiche (contro le presunzioni d'onestà, contro l'uso della seduzione nel diritto penale), ma non si pone come un criterio guida per la costruzione di una tutela per la persona. A caratterizzare il discorso dei giuristi non è il rifiuto verso la 'repressione della libertà', ma il rifiuto degli abusi delle donne, l'opposizione ad un uso arbitrario del diritto penale che conduceva persino al 'mostruoso risultato' di accordare una tutela a donne non veramente degne. Il riferimento alla libertà della donna entro le nuove categorie è necessario, ma sempre vacillante, reso fragile dall'ossessiva esigenza di evitare gli abusi, i disordini costantemente posti a implicito sostegno dell'intera ricostruzione (132).

Il 'progresso dei lumi', la distinzione tra delitti e peccati, la depenalizzazione dello 'stupro semplice' e la configurazione della violenza non come mera 'qualificazione' ma come delitto autonomo, si intrecciano pertanto in un racconto unitario che mentre pone enfasi sul consenso e sulla libertà della donna, sulla 'libera determinazione del volere', è ancora all'esasperata ricerca di un'onestà 'vera' e 'certa'.

(132) Cfr. F. CARRARA, *Sul progetto di Codice penale ticinese*, in *Opuscoli di diritto criminale*, vol. II, Lucca, 1870, pp. 520 e ss.: « I genitori poveri e le ragazze di ceto inferiore si prestavano facili ai desideri dei giovani ricchi ed imprudenti... I tribunali rigurgitavano di querele di stupro per seduzione... in Toscana la vigilanza delle madri povere sulla onestà delle loro figlie era ridotta a niente. I giuristi ed i filosofi fecero tale opposizione a questo vizioso sistema che il Codice del 1853 dovette restringere il titolo di stupro per seduzione... ». Acconto al richiamo agli abusi, ci sono ovviamente gli argomenti « dei teorici » contro la seduzione: « non trovano giusto che quando due individui procedono concordi ad un unico fatto... l'uno sia punito l'altro sia impunito, anzi per sovrappiù premiato. L'appetito movente alla fornicazione è identico in ambedue: ambedue presentano un esercizio della loro attività libera: per sovrappiù la femmina oltre all'appetito carnale è spinta al male per il brutto impulso dell'avarizia e dell'ambizione. Si vuole impedire un male, e si crea un incentivo al male... » (p. 521).

4.2. *Consenso 'uguale' e depenalizzazione dello stupro semplice*

Nella retorica di quanti nel corso dell'Ottocento sostengono come 'necessaria' una completa depenalizzazione dello stupro semplice è ben presente il riferimento alla libertà e al peso giuridico 'uguale' del consenso della donna; ma dominante appare la preoccupazione di porre una tutela giuridica per l'onestà meno generosa, meno arbitraria rispetto a quella proposta nel passato. La visione mitizzata degli abusi e dei disordini sostiene il riferimento al silenzio della legge penale come ad una nuova forma di sanzione, come alla necessaria assunzione nel giuridico di un modello di onestà femminile più ristretto e più severo.

Le argomentazioni di quanti all'inizio dell'Ottocento ancora affermano la configurazione giuridica dello stupro semplice come delitto sono lineari e fortemente ancorate al modello dell'onestà, di cui si accettano le finalità, le tutele, il sistema di mediazioni imperniato su riferimenti presuntivi al consenso della donna⁽¹³³⁾. La difesa dello stupro semplice come reato sostiene la tenuta giuridica di una punizione indirizzata solo verso lo stupratore e di una tutela indirizzata verso la donna 'anche se consenziente': come accadeva nel modello di antico regime, gli argomenti oscillano tra il riferimento diretto ad un'onestà oggettiva prevalente sul volere dei singoli e il richiamo (presuntivo) ad un'onestà soggettiva della donna comunque presente. Il centro dell'attenzione non sta (soltanto) nella valutazione soggettiva del volere dei singoli, quanto nel riferimento ad un 'bene giuridico' prevalente: il riferimento alle volizioni dei singoli è importante, come lo è nel discorso dei giuristi di antico regime, perché essenziale ai fini di una tenuta complessiva del sistema dell'onestà (non si può prospettare una tutela per una vittima che ha volizioni disoneste), ma esso è ottenuto per via presuntiva, accettando, diciamo così, solo certezze relative riguardo alla 'vera' onestà della donna.

Nella prima metà dell'Ottocento Giuseppe Giuliani è tra i pe-

⁽¹³³⁾ Cfr. G. GIULIANI, *Istituzioni di diritto criminale col commento della legislazione gregoriana*, Macerata, 1840/1841², vol. I, pp. 308/309: «Ora se (...) è stato per tanti secoli così generale il consenso de' legislatori e delle nazioni su questa sanzione restringente la pena del delitto allo stupratore, deve esservi qualche ragione di giustizia e di politica che ciò consigli, e di questa dobbiamo andare in traccia ».

nalisti uno strenuo difensore dell'impianto tradizionale. « Lo stupro semplice è quello che interviene col consenso della stuprata e senza che la violenza o qualunque altra circostanza aggravante ne accresca l'entità » (134). Lo stupro semplice deve essere configurato, afferma Giuliani, come un delitto: realizza una violazione 'obiettiva' dell'onestà, al di là del consenso prestato dalla donna infatti si realizza una violazione dell'ordine delle famiglie, una violazione del « matrimonio, che dell'ordine di famiglia forma l'essenza il fondamento » (135). « Rendere più rari i matrimoni e così alterare l'ordine stabilito dalla natura per la prosperità e felicità del genere umano » è « l'effetto politico », il « vero danno politico », « vero delitto contro l'ordine delle famiglie » presente nello stupro semplice (136).

Chi propone la depenalizzazione di questo reato ignora, a dire di Giuliani, tale fondamento 'politico' della questione: difendere la sanzione rivolta soltanto contro lo stupratore, affermare l'esigenza di una tutela giuridica per la stuprata 'anche se consenziente' non significa confondere il diritto con la morale, ma semplicemente difendere con scelta politica l'ordine delle famiglie, la stabilità del matrimonio, 'la felicità del genere umano'. L'esigenza obiettiva di una difesa della società nega che la punizione sia posta in relazione

(134) G. GIULIANI, *Istituzioni di diritto criminale*, cit., I, p. 306. Su questo giurista si cfr. M. SBRICCOLI, *Giuseppe Giuliani, criminalista. Elementi per una biografia*, in S. Vinciguerra (a cura di), *I Regolamenti di papa Gregorio XVI per lo Stato pontificio (1832)*, Padova, 1998, pp. CCLIX e ss.

(135) G. GIULIANI, *Istituzioni di diritto criminale*, cit., I, p. 301. *Il Regolamento dei delitti e delle pene* di Gregorio XVI del 1832, all'art. 168, puniva lo stupro semplice « coll'opera pubblica di tre anni, quando il reo o non doti, o non sposi la stuprata ». Gli articoli 169 e 170 punivano « lo stupro qualificato da precedente promessa di matrimonio » e « lo stupro qualificato per violenza ».

(136) I delitti, classificati in riferimento all'ordine delle famiglie, possono violare o il matrimonio già contratto (adulterio, bigamia) o il matrimonio futuro (stupro, ratto, incesto): G. GIULIANI, *Istituzioni di diritto criminale*, cit., I, p. 302. La classificazione conserva tutte le distinzioni classiche in riferimento alla maggiore o minore gravità del « danno politico » e cerca in qualche modo di evitare contaminazioni tra diritto e morale: « il danno politico emergente dallo stupro è diverso secondo che egli cade nella vergine o nella vedova onesta: che nel primo caso si ha la deflorazione e la corruzione, nell'altro la corruzione soltanto. (...) E qui cade in acconcio rimarcare che l'accoppiamento dell'uomo con donna libera da altri violata *extra matrimonium* viene chiamato fornicazione per distinguerla dallo stupro; e siccome esso non presenta il danno politico, così è peccato ma non delitto ».

al peccato o alla morale: il reato esiste solo perché c'è un danno politico, « e dove questo esiste non si discute più di peccato soltanto, ma di delitto »⁽¹³⁷⁾.

Resta naturalmente la questione del consenso della donna: lo stupro semplice « interviene col consenso della stuprata ». Qui l'obiettivo principale di Giuliani è quello di evitare la rappresentazione di quel consenso come un consenso deviante e di negare che sia considerato 'uguale' al consenso prestato dall'uomo. Il consenso della donna è onesto e fa scaturire precise obbligazioni giuridiche in capo allo stupratore; il discorso penalistico si intreccia con le tutele civilistiche: la presenza del consenso della donna fa nascere l'esigenza che le si accordi il matrimonio o una riparazione giuridica suppletiva. Anche se consenziente la donna è onesta: consente alla sua deflorazione perché desidera il matrimonio, la sua volontà libera si muove comunque entro i confini dell'onestà ed è pertanto meritevole di protezione. Il consenso della donna ha dunque l'effetto di creare un'obbligazione in capo allo stupratore, quella del matrimonio; ma essendo tale obbligazione incoercibile, l'ordinamento la rende alternativa: lo stupratore è tenuto a riparare il danno provocato.

La questione del consenso della donna è completamente assorbita dal richiamo all'ordine: la volontà della donna è sempre indirizzata verso il matrimonio, non è mai di per sé 'deviante'. È su questo presupposto che si fonda l'intera difesa dello stupro semplice contro le tesi di 'Filangieri ed altri suoi seguaci': « Quando è che lo stupro comincia ad essere delitto? Quando lo stupratore si ricusa di sposare la stuprata. (...) allora e non prima incomincia il danno politico dello stupro. Dunque non è vero ciò su cui tanto declamano il Filangieri ed altri suoi seguaci, cioè che il delitto di stupro si verifica in ambi i coagenti dell'accoppiamento. Lo stupro politico si verifica nel solo stupratore ricusantesi di permanere in una unione che libero scelse, ed esponente così la sua compagna a perdere per sempre la speranza delle nozze con evidente discapito della riproduzione della specie. La legge repressiva adunque di questo delitto

⁽¹³⁷⁾ G. GIULIANI, *Istituzioni di diritto criminale*, cit., I, p. 307.

deve colpire il solo stupratore, come il solo che dà opera al danno politico » (138).

A ben vedere dunque la pena nei confronti dello stupratore non è proprio una pena, ma una protezione per l'onestà del consenso della donna. In che consiste — si chiede Giuliani — la pena per lo stupratore? « La pena, se tale può dirsi » sta nell'alternativa tra 'dotare o sposare': « Ma questa alternativa in cui viene posto lo stupratore, può ella chiamarsi pena? S'egli sceglie la prima parte non fa che adempiere un obbligo già contratto; s'egli sceglie la seconda, non fa che risarcire possibilmente il danno recato, che peraltro non è mai efficacemente risarcito, se non con il matrimonio. Non si dica più dunque che dello stupro sono due i correi, che l'uno è punito e che l'altro è premiato; ma si dica con maggior verità che uno solo è l'agente del delitto, e che la pena di lui è limitata alla rifazione del danno cagionato col fatto proprio, colla sua ricusa di adempiere ad un'obbligazione spontaneamente contratta » (139).

La donna che consente allo stupro non realizza dunque alcun 'danno politico'; l'offesa rivolta dalla donna all'onestà e alla morale resta giuridicamente invisibile, irrilevante (esiste il peccato, ma le leggi non debbono curarsi dei peccati (140)). L'intera ricostruzione si fonda sul presupposto che il consenso della donna sia meritevole di tutela: il delitto di stupro esige l'onestà della donna (141), si fonda sulla presunzione di un consenso rivolto verso l'ordine del matri-

(138) *Ibidem*, I, p. 311. Cfr. anche Jacopo Buonfanti che si limita a proporre semplici variazioni retoriche sulle argomentazioni di Giuliani: « l'argomento più specioso che si porta in campo dai sostenitori della impunità in parola, e che trovasi sempre pronto sulle labbra anco degli uomini più volgari (...) cioè la ingiustizia di vedere in uno stesso delitto un coagente punito, l'altro premiato: argomento che per la frode che racchiude potendo a primo aspetto sorprendere la buona fede d'alcuno dei nostri lettori, è di tutto lo interesse che venga da noi con diligenza esaminato, all'oggetto di scuoprirne la vanità, e di smascherarne la impostura ». J. BUONFANTI, *Manuale teorico-pratico di diritto penale*, Pisa, 1849, pp. 348 e ss. (la citazione è a p. 358).

(139) G. GIULIANI, *Istituzioni di diritto criminale*, cit., p. 310.

(140) Riprendendo ed estremizzando le posizioni di Giuliani, Buonfanti ribalta sui fautori della depenalizzazione l'accusa di confondere il diritto con la morale, il delitto con il peccato (J. BUONFANTI, *Manuale teorico-pratico di diritto penale*, cit., pp. 359 e ss.).

(141) « Estremo principale e fondamentale dell'azione di stupro semplice è l'onestà della donna. Nelle donzelle nubili questo estremo è una presunzione di natura... ». J. BUONFANTI, *Manuale teorico-pratico di diritto penale*, cit., p. 361.

monio. La scelta dell'ordinamento è quella di accordare alla donna onesta una tutela e di considerare lo stupratore come il solo responsabile ('uno solo è l'agente del delitto') costringendolo a porre in essere una riparazione: 'la pena di lui è limitata alla rifazione del danno ragionato col fatto proprio'.

Si presume dunque che il consenso femminile sia indirizzato verso il matrimonio e da ciò si fa scaturire la protezione dell'ordinamento. La tutela è completamente rivolta verso l'onestà ed è naturale pertanto che essa scompaia in assenza di onestà della donna, quando il consenso non può essere riscattato dal richiamo al matrimonio. In questi casi la responsabilità dello stupratore « svanisce »: se la donna « avanti il preteso stupro aveva già rinunciato al suo pudore »; « se dopo lo stupro ha fatto copia di sé ad altri »; « se prima o dopo lo stupro stesso avrà menato una vita manifestamente disdicevole al pudore »; se ha contratto matrimonio con altri; « se essa stessa ricusa di sposare lo stupratore »⁽¹⁴²⁾ (« caso rarissimo pel grande interesse che la donna ha di riparar la sua fama »⁽¹⁴³⁾). Il delitto non scompare dunque di fronte al consenso ma di fronte alla disonestà.

Le ragioni poste a fondamento della depenalizzazione dello stupro semplice per capovolgere quest'impostazione puntano sul tema della libertà della donna: il consenso della donna è reale, non può essere interpretato in necessaria conformità all'onestà anche quando si è manifestato fuori dal matrimonio; la volontà libera della donna ha un peso giuridico uguale a quello dell'uomo, la donna è 'correa', 'colpevole' come l'uomo, 'uguale' deve pertanto essere la valutazione del giurista.

Criticando gli argomenti di Giuliani, è un illustre giurista toscano, Giuseppe Puccioni, a presentare la non punibilità dello stupro semplice come sanzione e, al tempo stesso, come difesa estrema della virtù delle donne: la legge, la prassi dei tribunali — scrive — non può contrastare con « la prima fra le virtù che la natura insinua nella donna », « la pudicizia »; l'abbandono volontario della pudicizia non può essere guardato con indulgenza dalla legge, o addirittura premiato (abilitando le donne a « divenire accusatrici

⁽¹⁴²⁾ G. GIULIANI, *Istituzioni di diritto criminale*, cit., pp. 311 e 312.

⁽¹⁴³⁾ *Ibidem*, p. 313.

impudenti di colui al quale volontariamente cederono»; «vinte da mezzi comuni e volgari di una seduzione, che non deprime la volontà, ma eccita la concupiscenza»). La conseguenza, logica più che paradossale, è che la pena, qualora alla sanzione del silenzio si preferisca ancora l'uso diritto, dovrà essere graduata in relazione alle colpe reali: «Se la legge civile trova nello stupro semplice le caratteristiche di un delitto, deve essere severa più con la femmina che con il maschio, perché la femmina repudia ciò che costituisce la difesa del suo sesso, quel pudore che la rende venerata e cara agli uomini» (144).

La non punibilità dello stupro semplice ruota sul perno del consenso libero prestato dalla donna, ma la richiesta che la sostiene è richiesta di restaurazione dell'onestà 'vera' e di difesa del pudore. Il discorso può diventare più raffinato dal punto di vista tecnico, come accade in Francesco Carrara, ma la mentalità di fondo non muta: l'obiettivo resta quello di un'affermazione piena dell'onestà della donna; le preoccupazioni principali della ricostruzione giuridica sono dettate dalla ripugnanza verso qualsiasi forma di protezione indirizzata verso una donna indegna, verso una donna che ha ripudiato 'quel pudore che la rende venerata e cara agli uomini'.

«Lo stupro semplice — scrive Carrara — è quello che cade su donna o vergine, o onesta, la quale libera padrona del suo corpo ne ha *con libero e valido consenso* dato balia al proprio amatore» (145). Il penalista deve porre al centro della sua attenzione il consenso 'libero e valido' prestato dalla donna senza alterarlo con il riferimento a protezioni civilistiche, senza inquinare il discorso con falsanti presunzioni. L'ottica del penalista non può essere quella di fornire una riparazione alla donna, di supplire con la pena alla

(144) G. PUCCIONI, *Il Codice penale toscano illustrato sulla scorta delle fonti del diritto e della giurisprudenza*, Pistoia, 1857, vol. IV, pp. 343 e 344.

(145) F. CARRARA, *Programma*, cit., *Parte speciale*, II, § 1485, p. 229 (corsivo mio). Ciascuno poi esprime la sua opposizione contro la classificazione antica («vieta e insostenibile») con la retorica che più gli è congeniale, ma l'elemento centrale della questione non muta: «Lo stupro consentito, che è quello che si compie sopra donna vergine ed onesta la quale, potendo a suo libito disporre del proprio corpo, annuisce a che l'amante ne colga il primo fiore, ne corrompa l'illibatezza, è un contratto bilaterale, in cui nulla ha da vedere il Codice penale» (così G. ZIINO, *Stupro e attentati contro il pudore e il buon costume* cit., p. 900).

mancata scelta matrimoniale: « è un'idea del tutto nuova nel giure penale — ironizza Carrara — che l'inadempimento di un obbligazione costituisca delitto »; tale questione non riguarda il penalista (« per le indennità ad un danneggiato porgono tutela bastante i tribunali civili »⁽¹⁴⁶⁾). Giuliani è dunque legato a confusioni antiche, le sue tesi non possono che essere guardate con sufficienza da chi deve individuare il bene da tutelare consapevole della distinzione netta tra diritto e morale, consapevole del valore da accordare alle scelte di libertà dei singoli. Lo stupro semplice non è delitto perché è impossibile fondare giuridicamente, come vorrebbe Giuliani, lo schema del consenso onesto della donna, perché è irrilevante per il penalista che quel consenso possa (forse) essere meritevole di una protezione civilistica. Occorre far riferimento solo ad alcuni dati certi: « dove intervenne consenso libero e pieno della donna, non vi è delitto, perché la oggettività del reato non può trovarsi che nella lesione del diritto di lei ». Il penalista deve, dunque, superare i dati che « appartengono alla storia »⁽¹⁴⁷⁾ a vantaggio di elementi logici e razionali: « Non vi è principio giuridico che valga a giustificare la persecuzione penale dello stupro semplice quando si tenga fermo il cardine della distinzione tra peccato e delitto »⁽¹⁴⁸⁾.

Negata la punibilità dello « stupro semplice », salta l'intero impianto ricostruttivo di antico regime, è superfluo il riferimento ad un composito sistema di 'qualificazioni'. Carrara ne ha lucida consapevolezza: « non può qualificarsi ciò che nello stato semplice non è delitto »; « ciò che dà al fatto la essenza di delitto non è qualifica ma elemento costitutivo del malefizio »⁽¹⁴⁹⁾. E, pertanto, la violenza non può certo configurarsi come mera qualificazione dello stupro, la violenza è elemento costitutivo del malefizio.

Occorre dunque considerare il solo dato della presenza del consenso della donna e trarre la necessaria conseguenza per cui quel consenso elimina sempre il delitto quando è 'destituito di ogni valore giuridico': « Riconosciuto il principio che la oggettività del delitto di stupro deve trovarsi nella offesa del diritto della donna; e ricordato

⁽¹⁴⁶⁾ F. CARRARA, *Programma*, cit., *Parte speciale*, II, § 1488, p. 243.

⁽¹⁴⁷⁾ *Ibidem*, § 1481, p. 221.

⁽¹⁴⁸⁾ *Ibidem*, § 1488, p. 243.

⁽¹⁴⁹⁾ *Ibidem*, § 1484, pp. 228 e 229.

l'altro principio che essa è libera disponente del corpo suo, non è possibile trovare elementi di seduzione se non là dove il consenso della donna rimanga destituito di ogni valore giuridico»⁽¹⁵⁰⁾. Il mutamento rispetto al passato sta dunque nell'espansione del territorio caratterizzato dal consenso libero della donna: la donna 'proprietaria e libera disponente del proprio corpo' esprime un « consenso libero e pieno » ed è pertanto responsabile, è autonoma custode della sua virtù; quel consenso non può essere ingabbiato in presunzioni volte a fissare nel giuridico realtà immaginarie. Il diritto pertanto deve tacere, non può intervenire per falsare tale realtà evidente.

Questa catena di enunciati non si presenta nelle pagine di Carrara, come in quelle dell'intera penalistica dell'Ottocento, mai 'pura': il richiamo alla libertà è sostenuto dall'incapacità di abbandonare la logica di antico regime e si presenta soprattutto come uno strumento atto ad individuare comportamenti moralmente 'virtuosi', a determinare le zone in cui non può intervenire la protezione della legge.

La richiesta del silenzio della legge è un mero perfezionamento del discorso sull'onestà. Nella ricostruzione di Giuliani il delitto — come abbiamo visto — non scompare di fronte al consenso ma di fronte alla disonestà della donna. Nella posizione di Carrara il delitto scompare di fronte al consenso della donna ma, a ben vedere, scompare (deve necessariamente scomparire) perché continua ad essere prova della disonestà.

Non è l'attenzione verso la libertà della donna che ci dà la misura della distanza esistente tra le posizioni di Giuliani e quella dei penalisti favorevoli alla depenalizzazione, quanto l'esigenza di porre strumenti diversi per ottenere l'ordine e la 'vera' onestà delle donne: la questione non sta nel far riferimento o meno al libero consenso della donna, ma nel ritenere o meno quel consenso destituito di valore giuridico; la questione sta, come sempre, nell'interpretazione del consenso della donna. E la valutazione di quel consenso è tutta filtrata dall'onestà, è scontro tra presunzioni diverse riguardo al consenso femminile. Giuliani appartiene al passato perché nega in

(150) *Ibidem*, § 1503, p. 272.

partenza un consenso disonesto della donna (ipotizza che quel consenso sia sempre diretto verso il matrimonio); Carrara è 'realista' guarda a quel consenso libero senza filtri e lo ritiene sempre indegno della protezione della legge.

La questione implicita è l'affermazione di un parametro giuridico per scorgere l'onestà vera della donna, l'onestà delle sue invisibili volizioni. La questione è, come per i penalisti di antico regime, quella della lettura della volontà invisibile. L'enfasi posta sulla libertà del consenso della donna, il richiamo alla donna 'libera disponente del proprio corpo', non muta la ricerca da parte dei giuristi dell'onestà, l'esigenza di rintracciare segni per stabilire l'onestà 'vera' delle volizioni. I riferimenti dei penalisti alla volontà libera sono nel corso dell'Ottocento semplice presa d'atto della volontà disonestà non suscettibile d'interpretazione; il silenzio della legge penale di fronte a quel libero consenso è solo constatazione dell'impossibilità di provare l'onestà interiore racchiusa dietro a quel consenso.

Occorrono certezze indiscutibili: le critiche nei confronti della « poetica presunzione » per cui la donna fosse da considerare sempre sedotta, la critica nei confronti del « mostruoso risultato » per cui « la donna che ha liberamente concorso al delitto non viene punita, viene anzi premiata »⁽¹⁵¹⁾, demoliscono le precedenti costruzioni immaginarie riguardo all'onestà della donna e indicano la via (scientifica, severa, rigorosa) per il suo superamento: negare sempre protezione giuridica a donne la cui onestà non possa essere verificata in segni visibili e certi.

La caduta della tutela penale nega le protezioni antiche e benevole per la donna: la 'depenalizzazione' si pone come sanzione, come affermazione di una morale rigorosa contro le confusioni del passato. La depenalizzazione dello stupro, il passaggio dallo stupro alla violenza carnale si presenta come una logica conclusione di un lungo percorso del pensiero giuridico, rappresenta l'approdo alla certezza. Al di là di ogni interpretazione mutevole, la donna consenziente perde ogni protezione; la depenalizzazione valorizza il

⁽¹⁵¹⁾ *Ibidem*, § 1486, p. 235.

consenso della donna e indirizza la tutela solo verso un'onestà che sia rigorosamente accertata.

Il richiamo al consenso libero si limita a combattere le scelte antecedenti e a mostrare semplicemente un mondo 'opposto' a quello implicito nelle presunzioni di onestà. È sempre la prospettiva della degenerazione della vecchia protezione ad esaltare nelle pagine dei giuristi l'immagine della donna 'consenziente': il consenso libero è un consenso colpevole, è un consenso 'puro' solo perché non può più essere trasformato in dissenso attraverso l'uso di presunzioni; è un consenso che non merita più protezione, è un consenso da sanzionare.

È sempre la considerazione delle degenerazioni delle vecchie protezioni a creare il discorso giuridico sul consenso femminile. La critica nei confronti della prassi del dotare o sposare, nei confronti della presunzione di una donna sempre sedotta, insiste, sì, sul libero consenso, sulla spontanea scelta della donna, ma è incapace di prendere sul serio quel consenso e si sorregge ancora sulla logica della sanzione per l'onestà perduta, utilizzando pene ritenute più efficaci: « è utilissimo freno — scrive Carrara — il pericolo della gravidanza, la tema del disonore, la prospettiva delle nozze a lei rese difficili per la caduta. Togliete cotesto freno, e la donna non più è rattenuta dal cadere per un timore, ma vi è sospinta per una speranza caldissima »⁽¹⁵²⁾.

Non mi pare si tratti della semplice compresenza di argomenti 'vecchi' e 'nuovi', « onorevole compromesso tra audacia illuministica e rispetto della tradizione »⁽¹⁵³⁾; siamo infatti di fronte ad una

⁽¹⁵²⁾ *Ibidem*, § 1487, pp. 233 e 234: « La presunzione di seduzione della donna, che è un'ipotesi assai problematica nella vita reale anche prescindendo dallo stimolo di siffatta legislazione [dotare e/o sposare], diventò un'iperbole per la triste opera della medesima. Nella donna, che agli sfoghi carnali viene sospinta dalla natura sua con impulso più energico, è utilissimo freno il pericolo della gravidanza... ». Naturalmente anche in Carrara la critica nei confronti delle degenerazioni delle antiche tutele, che accompagnavano ed erano generate dall'immagine 'sognata' e 'poetica' della donna, occupa un posto di rilievo: « ...la legge che faceva mostra di proteggere la moralità della famiglia, eccitava la dissoluzione della famiglia, il disordine dei coniugii, e per tutto una ripetizione di pessimi esempi » (§ 1487, pp. 234 e 235).

⁽¹⁵³⁾ G. FIANDACA, *I reati sessuali nel pensiero di Francesco Carrara: un onorevole compromesso tra audacia illuministica e rispetto per la tradizione*, in Francesco Carrara nel

linearità disciplinare che propone l'immagine 'nuova' del libero consenso incapace di svincolarsi dal filo conduttore delle ricostruzioni 'antiche', incapace di prendere sul serio 'il diritto leso' della donna e di configurare una tutela piena per quel diritto.

C'è una sostanziale continuità con il discorso di antico regime: a dettare le regole non è il disinteresse nei confronti della virtù della donna, ma è ancora il suo sogno. Il silenzio del diritto è sanzione contro la trasgressione, la perdita della protezione è pena finalizzata a realizzare gli stessi obiettivi della vecchie tutele. La perdita delle protezioni è preventiva sanzione per le sventure della virtù: la 'protezione' accordata dal diritto continua ad essere pensata in riferimento al vecchio ordine, in riferimento ad un ideale, ora infranto, della 'donna virtuosa'. L'immagine fissa di un consenso femminile assente (e di una donna sempre virtuosa), le presunzioni su cui la giurisprudenza fondava le sue conclusioni conducevano ad una applicazione 'sconveniente' delle tutele; il consenso 'uguale' della donna, il riconoscimento di una 'parità di scelta' indica la fine di quel mondo senza trasformarsi in costruzione attenta alle scelte della persona. La valutazione 'uguale' del consenso non rivendica ulteriori coerenze dogmatiche, si arresta alla demolizione delle antecedenti protezioni; anzi, è strumento per l'affermazione di un nuovo e più severo tipo di controllo fondato sul silenzio della legge.

4.3. *L'ambigua seduzione di Carrara*

La ricostruzione che Carrara ci offre di tre periodi nella storia dello stupro semplice conferma l'ambiguità del riferimento al libero consenso della donna: il primo periodo — scrive — è caratterizzato dalla 'punizione di entrambi i partecipi' (qui si confonde il delitto con il peccato; il sistema penalistico si fonda su « idee torte », come quella di « punire il concubito con vicendevole assentimento consumato tra due persone libere »); nel secondo periodo si punì solo l'uomo senza punire invece la donna (qui « la oggettività dello stupro semplice si venne a trovare nei diritti della donna », fondandosi sull'idea della « presunta seduzione della donna »); il terzo

primo centenario della morte (Atti del Convegno internazionale, Lucca-Pisa 2/5 giugno 1988), Milano, 1991, pp. 513 e ss.

periodo ha il merito di rendere visibile il consenso della donna e, forte della distinzione tra peccato e delitto, nega qualsiasi punizione ⁽¹⁵⁴⁾.

Centrale nei passaggi da un periodo all'altro è la questione del consenso femminile: già nel primo periodo, in base alla « poetica presunzione » della seduzione, ci furono pene più lievi per la donna; tale situazione fu generalizzata nel secondo periodo in cui le presunzioni di seduzione furono così ampliate da condurre al « mostruoso risultato » di non punire, ed anzi di premiare (con la dote e/o con il matrimonio), la donna che aveva liberamente concorso al reato ⁽¹⁵⁵⁾. Tali presunzioni sono naturalmente impossibili nel nuovo ordine dogmatico (il terzo periodo cui fa riferimento Carrara) che individua l'essenza del reato nella mancanza di consenso (« dato il consenso il delitto sparisce ») e, in nome di questo principio, respinge le confusioni antecedenti, contrasta con coerenza e rigore il « sogno » racchiuso nelle presunzioni che accordavano protezioni ignorando che « dove la donna consente al proprio disonore non può lagnarsi che il suo diritto sia leso » ⁽¹⁵⁶⁾.

L'abbandono della 'poesia' della seduzione per la più prosaica rappresentazione della lesione del diritto segna dunque la linea di confine: da una parte protezioni giuridiche accordate in riferimento a vaghi modelli morali di onestà e di onore familiare, dall'altra una laica separazione tra diritto e morale, una scientifica valutazione degli spazi del consenso e del dissenso; da un lato un modello preventivamente orientato ad accordare protezioni oggettive (sostenuto da presunzioni che, trasfigurando 'il consenso della donna al proprio disonore', mutavano la *socia criminis* in vittima), dall'altro lato un modello che costruisce il reato sul « dissenso del soggetto passivo » e accorda protezioni specifiche alla persona e non più all'ordine delle famiglie.

Fondandosi su tali contrapposizioni le pagine di Carrara disegnano dunque l'inizio di un nuovo periodo, mostrano attraverso contrasti netti l'abisso che separa il presente, fondato sulle consa-

⁽¹⁵⁴⁾ F. CARRARA, *Programma*, cit., *Parte speciale* II, § 1486, p. 235.

⁽¹⁵⁵⁾ *Ibidem*, § 1486, p. 235.

⁽¹⁵⁶⁾ *Ibidem*, § 1488, p. 238.

pevolezze fornite alla scienza giuridica dalla 'età dei lumi', dalle incertezze, dalle confusioni, dai sogni del passato.

La scienza afferma le logiche deduzioni dei suoi principi: « la verità è una »⁽¹⁵⁷⁾ e va imposta contro le 'false' presunzioni dei Tribunali. Il richiamo al libero consenso della donna è utilizzato per indicare che è mutato quello che il giurista deve ricercare, quello che deve presupporre, quello che deve leggere nelle apparenze. Mutano le presunzioni del diritto, muta il riferimento all'onestà della donna: abbandonate le presunzioni del passato la scienza deve essere logica, deve supporre che lo 'stupro semplice' sia stato sempre 'volontario per tutte e due le parti'; deve 'presumere' che la donna abbia « consentito per piacimento suo... ».

Non c'è più spazio per presunzioni di seduzione: l'onestà ingannata deve cedere il passo; l'immagine della donna da proteggere (perché sempre sedotta) deve cedere il posto ad una rappresentazione giuridica 'uguale' del consenso. Esiste un consenso libero che il giurista deve porre alla base della sua ricostruzione, un consenso 'vero'. Tale ricostruzione ha senso solo se si esclude che la veridicità del consenso della donna possa essere costantemente posta in discussione, solo se si ritiene che quel consenso sia in grado di resistere al raggirio e alla persuasione, sia in grado di far fronte alla seduzione. L'onestà non può essere tutelata oggettivamente dall'ordinamento, la donna è libera di consentire e va responsabilizzata: consente 'per piacimento suo', sceglie liberamente. La seduzione, trasposizione 'discrezionale' di un sogno giurisprudenziale, è condannata a scomparire per coerenza scientifica.

Contro le confusioni antecedenti all'età dei lumi la scienza giuridica pone dunque rigorose certezze, estremizzando solo due situazioni: quella della violenza 'vera' (in cui l'assenza del libero

⁽¹⁵⁷⁾ « Su questo punto — scrive Carrara — io non mi rimuovo dalle convinzioni mie. Se il giure penale è un'arte empirica gettiamo la penna, e cessiamo di meditarne gli arcani principii che come tale non ha: ma se il giure penale è una scienza, e vogliamo mantenerlo a codesta sua altezza, esso deve avere dei principii; e questi non possono riconoscersi come veri, quando non sono accettabili in tutte le loro logiche deduzioni, perché la verità è una, e sotto ogni forma deve risultare verità ». F. CARRARA, *Programma*, cit., II, § 1493, p. 250. Ai principii giuridici 'fondati sul sogno' Carrara oppone la realtà empirica, all'impossibilità 'empirica' di « far correre in tutti i casi » un principio oppone la proiezione assolutistica della verità (o del nuovo sogno) della scienza.

consenso della donna è testimoniata da una resistenza visibile, certa) e quella del libero consenso (sempre vero: 'la donna presumesi aver consentito per piacimento suo'). A questi due estremi si fa implicitamente riferimento per rintracciare l'onestà e la disonestà. La violenza è l'unica prova 'certa' dell'onestà vera: « la più splendida testimonianza che possa offrire una donna della sua pudicizia — scrive con trasporto Carrara — è quella di una violenza patita e della datane querela » (158). Oltre quello spazio non esistono certezze, non esistono 'splendide testimonianze' dell'onestà. La giurisprudenza antica aveva dilatato lo spazio dell'onestà oltre tale certezza, affidandosi a benevole congetture e presunzioni; rifiutando ogni riferimento alla seduzione la scienza ristabilisce l'ordine.

Lo spazio intermedio tra consenso e dissenso, quell'enorme spazio costellato d'incertezze e di dubbi la cui soluzione era affidata alle presunzioni di seduzione, scompare ed è assorbito nella 'presunzione di consenso': la donna non può ricevere alcuna protezione, ha consentito sempre 'per piacimento suo'. Occorre essere consapevoli, del resto, della « facilità con cui le femmine allegano sempre di essere state sedotte, mentre le poverine furono invece bene e meglio le prime a cercare e desiderare »; « chi allega di essere stato ingannato meramente per le parole altrui, fu ingannato perché volle esserlo » (159).

All'interno di questo schema così netto Carrara propone comunque un recupero dogmatico della seduzione: lo « stupro con seduzione » può essere conservato — afferma — non come una *qualifica* (non cioè come impossibile qualifica dello stupro semplice che non rappresenta più un delitto), ma « come una condizione della imputabilità politica dello stupro » (160). Solo da questo punto di vista la seduzione può ancora conservare un ruolo dogmatico per

(158) F. CARRARA, *Violenza carnale e meretricio putativo*, in *Opuscoli*, cit., III, pp. 211 e ss., p. 232.

(159) F. CARRARA, *Programma*, cit., *Parte speciale* II, § 1496, p. 259 (nota).

(160) *Ibidem*, § 1500, p. 267. Cfr. anche § 1482, p. 223: « Io definisco lo stupro — la conoscenza carnale di donna libera ed onesta, preceduta da seduzione vera o presunta, e non accompagnata da violenza ». Sul punto cfr. G. FIANDACA, *I reati sessuali nel pensiero di Francesco Carrara*, cit., p. 522.

discriminare tra lo stupro come fatto non imputabile e lo stupro elevabile al grado di delitto ⁽¹⁶¹⁾.

L'obiettivo è quello di porre ordine scientifico, di fissare con logica i principi, sistematizzando e correggendo le teorie degli « antichi dottori ». Il richiamo alla seduzione permette di classificare una situazione particolare del « soggetto passivo » del delitto, situazione non equiparabile, con « falsa » ed « impolitica » presunzione, all'assenza di consenso determinata dalla violenza ⁽¹⁶²⁾, né evidentemente al vero consenso. Il rigore scientifico esige un'appropriata classificazione di quest'ipotesi intermedia: l'analisi del vizio del consenso determinato dalla seduzione, permette di coglierla evitando un appiattimento di situazioni di diversa gravità. Esiste — sostiene Carrara — una diversità sostanziale tra « la semplice assenza di consentimento efficace » e « la presenza positiva di un dissenso »; una distinzione che rende sofisticato il brocardo per cui « chi non è capace di volere vuole il contrario » ⁽¹⁶³⁾. Con Hommel si può dire che *l'incapace di volere* è però *capace di non volere*: tale situazione non può essere parificata con una finzione, 'violenza figurativa', alla vera violenza, perché chi « non è capace di valido consenso giuridico è però capace di consenso naturale, ed è capacissimo di dissenso » ⁽¹⁶⁴⁾.

La ricostruzione tende ad inquadrare con puntigliosa esattezza la situazione dell'incapace. La preoccupazione è quella di affermare che l'abuso di donna incapace sia imputabile come delitto diverso dalla violenza (vera) e pertanto non classificabile come 'violenza presunta': « tra l'inganno con cui s'illaquea una mente inesperta e debole, e la violenza con cui si comprime una volontà renitente vi è differenza morale »; « disparità che non può disconoscersi dalla giustizia distributiva » ⁽¹⁶⁵⁾. La « verità delle cose » e il bisogno di

⁽¹⁶¹⁾ F. CARRARA, *Programma*, cit., *Parte speciale* II, § 1482, p. 224.

⁽¹⁶²⁾ *Ibidem*, § 1490 e ss., pp. 243 e ss. Tra le ipotesi assimilabili alla violenza Carrara annovera quella della « donna ebra » e della « donna dormiente », ipotesi in cui la volontà è vinta da una forza materiale: « quella naturale del sonno »; « quella artificiale del vino e dell'etere ». Qui esiste il « dissenso, vi è la forza meccanica che comprime il corpo e rende inetta la volontà » (*ibidem*, § 1499, pp. 255 e 256).

⁽¹⁶³⁾ *Ibidem*, § 1493, pp. 250 e ss. La polemica è rivolta contro Carpzov.

⁽¹⁶⁴⁾ *Ibidem*, § 1494, p. 254.

⁽¹⁶⁵⁾ *Ibidem*, § 1492, p. 249.

« una giusta proporzione delle pene » esigono dunque che da determinate condizioni del soggetto passivo non si possa presumere la violenza, ma soltanto la seduzione.

La poetica presunzione di seduzione, fondata sul sogno di una necessaria onestà della donna, cede dunque il posto ad una presunzione più prosaica, dettata (« dal punto di vista della scienza ») per l'abuso della « impubere » e della « demente », menti inesperte e deboli, capaci però di esprimere dissenso ⁽¹⁶⁶⁾. L'importante è essere rigorosi nelle distinzioni, l'importante è rinunciare ad ogni finzioni: consapevole di ciò, consapevole dell'impossibilità di parificare l'abuso sulla « demente » e sulla « impubere » con la violenza effettiva, il legislatore — aggiunge Carrara — potrà ben scegliere la strada di una punizione maggiore dello stupro per seduzione rispetto allo stupro violento.

Solo in riferimento a queste ipotesi si può conservare immutata tutta la retorica antica sulla pericolosità della seduzione e si possono recuperare tutti i ruoli classici. Parlando della 'seduzione presunta' riguardo alla « impubere » e alla « demente » ci si può lasciare andare a configurare un mondo che il giurista sa di dover negare riguardo alle donna dalla volontà libera: ritorna intatta la virtù turbata dal seduttore, dalla sua insidia perfetta e dalla sua ipocrisia; al confronto il responsabile di uno stupro violento appare schietto e coraggioso: capace di accettare il rischio (« il violentatore corre eziandio pericolo di salute e di vita »), ricorre alla forza ma si astiene dall'inganno e dalla frode (« più freddamente calcolata... che non la violenza »); e ritorna il meccanismo ben radicato nel sistema di antico regime dell'ascesa della seduzione verso, e oltre, la violenza ⁽¹⁶⁷⁾. Ma quest'immutato apparato argomentativo volto a

⁽¹⁶⁶⁾ Non è certo sufficiente far riferimento alla « indifferenza » oppure alla « inettitudine giuridica del soggetto passivo » per poter richiamare la violenza. Cfr. *ibidem*, §§ 1492 e ss., in particolare pp. 248 e 255 e ss. La seduzione presunta può emergere, secondo Carrara, oltre che dalla condizioni del soggetto passivo anche da quelle del soggetto attivo: « tutore che abusi della pupilla »; « padre adottivo che abusi della adottata »; « carceriere che abusi della donna carcerata ». Cfr. *ibidem*, § 1501, p. 268.

⁽¹⁶⁷⁾ « Solone proclamò francamente doversi con severità maggiore reprimere lo stupro per seduzione che non il violento: perché se questo contamina il corpo della donna compressa, quello vizia ad un tempo l'anima ed il corpo... Di vero, cosa ha dessa

proteggere l'anima è giuridicamente ridotto a nulla nei confronti della donna, lì vale l'unico insuperabile limite della violenza, è solo nella violenza che si può scorgere la purezza dell'animo, l'onestà vera ⁽¹⁶⁸⁾.

L'eco dei dibattiti di antico regime riaffiora, dunque, appieno nel riferimento alla 'seduzione presunta' riguardo alla 'impubere' e alla 'demente'; ma occorre soffermarsi, più che su questa riproposizione, diciamo così, settoriale della seduzione, sul rifiuto di qualsiasi considerazione ampia, 'presuntiva' della violenza che è la finalità dell'intera ricostruzione.

La violenza presunta è ritenuta ripugnante, la violenza presunta è pericolosa, può racchiudere anche nel caso della donna « demente

in sé guardata la violenza, per cui debba di tanto considerarsi maggiore la sua criminalità, che non quella della frode?... La vittima dell'uno è immolata ridendo. La vittima dell'altro è immolata tremante. Ma ambedue sono immolate, e la vittima della frode benché più tardi conscia del proprio danno non per questo lo risente minore, o meno doloroso: né la vittima fu meno vittima perché non soggiacque resistente e spossata dopo inutile lotta, ma pose alla scure il collo coronato di fiori, e spirò fra cantici e suoni, inebriata di olezzanti profumi. Né la difesa della pudicizia è da augurarsi più felice contro un'insidia perfettamente tessuta, che contro l'assalto della forza brutale, spesso resa impotente per causa dello stesso furore... La frode nello stupro riesce ugualmente alla lesione del diritto; se non che forse in quella è più sicura la riuscita e meno rischioso il cimento, e perché il seduttore non corre altro rischio tranne quello del non riuscire, mentre il violentatore corre eziandio pericolo di salute e di vita. E pure il pregiudizio dei tempi nostri permette che si riverisca come onorabile il cittadino seduttore fortunato, e guarda come infame il violentatore! Tale e tanto è il fascino della ipocrisia e delle leggiadrie mefistofeliche con cui si abbiglia la figura di satana ». F. CARRARA, *Programma*, cit., *Parte speciale II*, § 1496, pp. 257 e 258.

⁽¹⁶⁸⁾ Esigenze di simmetria impongono di affiancare alla seduzione presunta un richiamo alla « seduzione vera »: presente là dove il consenso della donna « rimanga destituito di ogni valore giuridico », ove sia presente un « inganno che renda inetto il consenso dell'ingannato a ragione del dolo dell'ingannatore » (*ibidem*, § 1503, pp. 272 e 273). L'analogia tra la situazione della « impubere » e della « demente » con la donna vittima di una seduzione vera è, del resto, evidente per Carrara: in entrambi i casi « la donna ha prestato un'apparenza di consenso perché inconscia del male che faceva » (*ibidem*, § 1500, p. 268). La seduzione presunta resta, però, la sola coerente nel sistema di Carrara. La possibilità di un ritorno generalizzato della 'seduzione vera' è esclusa: la centralità del 'consenso di lei', l'individuazione della « oggettività del reato... nella lesione del diritto di lei », impone, come abbiamo visto, una diversa immagine della donna. La 'seduzione vera' di Carrara rimane un corpo estraneo della ricostruzione, ed è infatti da delimitare contro ogni possibile interpretazione giudiziale 'antica'.

od alterata di mente » una pericolosa disonestà celata dietro 'l'apparente demenza' (169), e il diritto non può tutelare tale situazione equiparandola all'onestà vera, al reale dissenso della donna che si manifesta solo nella sua opposizione alla violenza vera, reale, effettiva, che è prova questa sì visibile, 'splendida testimonianza', della vera pudicizia della donna.

L'enfasi posta sul libero consenso della donna è speculare a quella posta sulla « violenza vera »: serve per negare qualsiasi tolleranza verso disonesti cedimenti femminili, per negare che la protezione della legge scaturisca dalla complicità delle donne nel delitto, trasformando la correa in accusatrice. La considerazione giuridica del consenso femminile esige, del resto, coerenze dogmatiche, indica come necessario modello di riferimento quello della « donna che consente al proprio disonore ». Reminiscenza retorica di un passato non lontano, la donna che « inconscia del male » presta « un consenso apparente » è destinata a scomparire dalle pagine della penalistica, è una figura estranea alle nuove esigenze del rimedio penale, contrasta con il rigore dogmatico.

L'ingiustizia che il giurista non è disposto ad accettare è quella di una protezione accordata nei confronti di una donna 'immeritevole', è quella di una tutela accordata nei confronti di un'ingannevole apparenza. Lo svelamento delle apparenze, la ricerca di una natura femminile autentica finisce col rappresentare una sorta di ossessione retorica del giurista che si dice attento alla sola lesione del diritto. La scelta estremizza i modelli di riferimento sottesi alle 'antiche presunzioni' e induce anche il giurista più accorto a svilup-

(169) Carrara si oppose all'inserimento nel Codice di questa ipotesi come presunzione di stupro violento. Gli argomenti addotti sono significativi: « se in fatto non vi è violenza è pericoloso il presumerla, giacché avviene talora che ragazze apparentemente idiote, siano però espertissime in tale materia; sicché potrebbe accadere che dopo aver adescato un ignaro giovane, si valessero della loro apparente demenza per estorcere danaro con minaccia di un processo per stupro violento. La legge deve occuparsi della vera violenza, la quale sta nell'abuso dell'impotenza a resistere in cui si trova la persona violata... Concludono doversi bensì tutelare l'impotenza a difendersi, ma non circondare di pericoli e di insidie una tendenza naturale dell'uomo ». *Il progetto del Codice penale e di polizia punitiva pel Regno d'Italia coi lavori preparatori per la sua compilazione...*, vol. I, Firenze, 1870, p. 501 (nella discussione relativa all'articolo 272 del progetto).

pare le necessarie conseguenze di un richiamo al libero consenso ancora tutto immerso in una mentalità volta a ricercare la vera onestà della donna. Si può dunque senza percepire contrasti (quantomeno scientifici) ritenere che la violenza carnale sia tra i delitti rivolti 'contro la persona umana', contro la libertà sessuale⁽¹⁷⁰⁾, e ricercare nella stesso tempo nella subita violenza la testimonianza della vera onestà, bilanciando con liberale severità il « capriccio » e « l'avidità » di « una femminuccia » con la libertà personale e il patrimonio dell'uomo accusato⁽¹⁷¹⁾, incrinando senza tante sottigliezze la violenza sessuale anche di fronte al 'meretricio putativo'⁽¹⁷²⁾ e spostando con estrema naturalezza il discorso dal *praesumitur seducta* al *praesumitur meretrix*⁽¹⁷³⁾.

Oltre la questione tecnica (ma sarebbe più esatto dire entro le questioni tecniche), traspare una sorta di predisposizione a vedere un nuovo mondo: le presunzioni in cui credere sono diverse, ma la

⁽¹⁷⁰⁾ La lesione 'primaria ed essenziale' sta, si afferma riprendendo Carrara, nella lesione del diritto individuale. Cfr. la sintesi delle diverse posizioni fornita da C. BIANCHEDI, *Violenza carnale*, in *Il Digesto italiano*, XXIV, 1914-1921 (la voce è datata 1919), p. 1078.

⁽¹⁷¹⁾ « Certamente furono esose le leggi dei tempi di ferro che nella effrenata potestà dell'uomo posero miseramente le donne: ma non meno esosa sarebbe cotesta giurisprudenza che in balia del capriccio e dell'avidità di una femminuccia ponesse l'uomo e l'onore suo ed il suo patrimonio e la sua libertà personale » (F. CARRARA, *Violenza carnale e meretricio putativo*, cit., p. 232).

⁽¹⁷²⁾ Nel caso della violenza carnale — argomenta Carrara — « il putativo equivale al vero per fine di scusare ». La minorazione di pena (prevista nell'art. 290 del Codice penale toscano) procede non solo quando la donna rapita o violentata era « *in rei veritate* una meretrice, ma anche quando il colpevole ebbe ragione di crederla tale » (F. CARRARA, *Violenza carnale e meretricio putativo*, cit., p. 243). Cfr. anche in *Il progetto del Codice penale e di polizia punitiva per il Regno d'Italia*, cit., p. 503, riguardo all'art. 276 del progetto che fissava una diminuzione della pena per lo stupro violento commesso nei confronti di una meretrice: « il prof. Carrara propone di sostituire alle parole *che il reo sapeva iscritta nel registro delle meretrici* le parole notoriamente disonesta, sia per evitare l'espressa menzione della turpitudine del meretricio e della ingerenza governativa nel regolarlo, sia perché l'offesa al pudore manca non solo per le meretrici, ma per qualunque donna notoriamente spudorata, quand'anche non faccia commercio di sé ».

⁽¹⁷³⁾ Nella continua tensione presente nei testi di diritto comune verso l'individuazione della onestà vera della donna si possono facilmente rintracciare supporti, e Carrara non esita ad utilizzarli (si cfr., ad esempio, in *Violenza carnale e meretricio putativo*, cit., p. 244).

mentalità di fondo che spinge a ‘svelare le apparenze’ non appare mutata. La ragione scientifica volta alla rigorosa individuazione di specifiche lesioni del diritto, attenta al valore del libero consenso e ai soli danni socialmente rilevanti, propone un tragico apologo delle virtù, della castità, dell’onestà, del pudore... Tragico perché afferma quel modello solo attraverso l’ingannevole retorica del suo opposto, mostrando una realtà che spietatamente indica (deve indicare al giurista) le sventure della virtù.

4.4. *Le ‘sventure della virtù’ e lo ‘stupro violento’*

La retorica di fondazione dell’abbattimento delle tutele collegate ai *delicta carnis* è ambigua. La considerazione della degenerazione delle tutele per l’onestà resta il motivo dominante: la fine del sogno dei giureconsulti di antico regime impone il riferimento ad un’immagine femminile certa, i giuristi abbandonano principi giuridici immaginari per volgersi alla realtà. « La legge per quanto impolitica avria pur dovuto tollerarsi se un sommo principio giuridico l’avesse renduta doverosa. Ma il principio giuridico non era che un sogno, perché dove la donna consente al proprio disonore non può lagnarsi che il suo diritto sia leso » (174).

Il riferimento al libero consenso della donna è inteso come la fine nel giuridico di un modello femminile ‘poetico’, ‘cavalleresco’. Nel corso dell’Ottocento gli inviti ad abbandonare definitivamente il sogno per la realtà sono costanti: si esige l’abbandono della poesia e un sistema penalistico coerentemente fondato su una valutazione ‘uguale’ della responsabilità dei soggetti, su una distribuzione ‘meritata’ delle tutele.

La valutazione uguale del consenso (« la donna consente ») è l’elemento retorico centrale della ‘nuova’ costruzione; ma gli echi ‘antichi’ non sono scomparsi: il giurista continua ad indicare alla donna modelli di virtù e di onore, propone ‘freni’ più efficaci, sanzioni meno flessibili. L’immagine dell’onestà femminile da abbattere nelle supposizioni dei tribunali, continua a influenzare l’attribuzione della tutela, a segnare criteri di meritevolezza: la protezione

(174) F. CARRARA, *Programma*, cit., *Parte speciale* II, § 1488, p. 238.

della legge penale viene meno, il diritto tace perché la donna manifesta un consenso deviante, perché « consente al proprio disonore » e non può « lagnarsi » della sua caduta; perché la donna non è ingannata ma « aveva piacere di essere ingannata » ⁽¹⁷⁵⁾.

Il modello della donna onesta e virtuosa non scompare (resta l'unico modello femminile degno di tutela giuridica) e continua a dettare le linee di fondo della ricostruzione. È la difesa di quel modello attraverso la sua negazione nel giuridico, attraverso l'enfasi del suo opposto. La rinnovata difesa della virtù si ottiene imponendo il silenzio ⁽¹⁷⁶⁾, privilegiando al rimedio la sanzione: il diritto sostiene quanto la 'natura' impone alla donna attraverso una funzione pedagogica, mostrandole il peso delle responsabilità del suo libero consenso, l'insopportabile solitudine generata dal suo 'colpevole consenso'. Il diritto penale 'moderno' ricomponе solo nel silenzio la sua immagine femminile, ed è ancora un'immagine antica, 'un sogno'.

La smatellamento dei *delicta carnis* realizzato 'contro' l'assetto giuridico di antico regime, ripropone nel corso di tutto l'Ottocento il tema cruciale di quel modello, quello della protezione da accordare solo alla donna veramente onesta ⁽¹⁷⁷⁾.

⁽¹⁷⁵⁾ *Ibidem*, § 1509, p. 284.

⁽¹⁷⁶⁾ Da Servan a Galanti, da Filangieri a Carrara appare chiaro oramai che le aule dei tribunali non sono più luoghi adatti per l'onestà e la pudicizia. I giudici devono scegliere di conseguenza, consapevoli che le donne che affollano i Tribunali non hanno più niente in comune con la 'donna onesta' tutelata nelle antiche supposizioni, perché la donna che rivendica la sua onestà in giudizio privilegia il clamore e la pretesa di una protezione (per un delitto che la vede 'complice accusatrice') alla dignità del silenzio. La protezione per la virtù svanisce nel momento in cui, non più concessa, è rivendicata: la stessa pretesa nega la virtù, fa svanire il diritto e il fondamento della protezione.

⁽¹⁷⁷⁾ Il tema resta poi ben radicato nella cultura giuridica successiva che continua a guardare alla depenalizzazione come sanzione. Si cfr., a mo' di esempio, la giustificazione fornita da Manzini al venir meno della punibilità della « seduzione fraudolenta »: « Conveniamo che l'abolizione di questa incriminazione fu saggia e provvida, perché le anticipazioni matrimoniali da parte delle ragazze già mature (...) rivelano una sintomatica facilità di scappucciare, le cui conseguenze è giusto che stiano a carico di chi possiede siffatta eccezionale debolezza, come ogni altro difetto personale. C'è poi da scommettere che la massima parte delle 'sedotte' con promessa di matrimonio, le quali furono prodighe nell'anticipare le loro grazie al seduttore, non gli avrebbero anticipato la croce d'un quattrino neppure se si fosse trattato di salvarlo dal suicidio » (V. MANZINI, *Trattato*

I discorsi dei giuristi sulla violenza carnale (quella vera, reale, effettiva) e il costante timore che il diritto penale possa offrire ancora una protezione immeritata mostrano come in uno specchio le contraddizioni affioranti dalla depenalizzazione dello stupro semplice e delle sue qualificazioni. La tutela accordata dalla legge è pensata come più specifica, più esigente; l'esigenza di smantellare le vecchie protezioni (immeritate) esaspera gli estremi, esige che la ricerca della verità presente oltre le ingannevoli apparenze sia fissata in rigide certezze, guardando solo a dati indiscutibili per evitare che si ripropongano protezioni flessibili, ampie e 'pericolose'. La presenza del dissenso vero della donna a ogni relazione sessuale fuori dal matrimonio resta nella mentalità dei giuristi una prova di onestà; tale prova non è più affidata a finzioni romantiche in grado di trasformare consenso in dissenso, 'correa in accusatrice'. Anche di fronte a 'seduzioni straordinarie' la donna è responsabile, 'capace di resistere', è libera.

L'implicita ricerca di una sanzione per il consenso colpevole della donna attraversa i lavori preparatori del Codice penale italiano del 1889, sostiene la decisa opposizione ad ogni proposta volta a considerare la questione di una protezione più ampia rispetto a quella fissata dal solo richiamo alla violenza 'vera', il rifiuto di qualsiasi interesse del diritto penale per la promessa di matrimonio, per la seduzione, per la corruzione 'rivolta a soddisfare la propria libidine' (178). L'esigenza più avvertita è quella di distinguere nettamente violenza vera e « consenso libero e serio ». Individuati i casi di 'violenza presunta' (179), l'obiettivo del legislatore è quello di evitare ogni confusione, di distinguere per evitare riproposizioni di costruzioni in grado di generare abusi, protezioni immeritate (180).

di diritto penale italiano, Torino, 1915, vol. VI, pp. 535 e 536). Sulla questione cfr. comunque *infra* IV. 3.

(178) Cfr. M. AVERARA, *Seduzione*, in *Enciclopedia giuridica italiana*, XV, 2, 1915, pp. 39 e ss. Cfr. *infra* IV. 3.

(179) Memori della « lacuna vivamente deplorata » presente nel Codice penale francese del 1810, il legislatore decide di accogliere nel Codice la « violenza presunta » per ragioni di età (minori di anni dodici, e minori di 15 in talune ipotesi particolari).

(180) « ...era strano che si mettessero in un fascio atti così diversi l'uno dall'altro: il ruffianesimo e l'amore o foss'anco il libertinaggio, il lenone e il seduttore, l'atto di chi per soddisfare la propria passione o per appagare la propria lussuria induce alle sue voglie

Non devono esistere dubbi sul dissenso vero della donna: le definizioni, generali e astratte, si presentano come ricerca di un'onestà femminile ancora degna di tutela; nei segni della violenza deve essere possibile rintracciare la prova dell'onestà, la prova indiscutibile della assenza di un libero consenso della donna ⁽¹⁸¹⁾; l'affermazione del silenzio della legge rispetto alle mutevoli presunzioni di onestà diffuse nel passato è inteso come espressione di una necessaria separazione del diritto dalla morale e, nello stesso tempo, come fissazione di una sanzione più efficace.

L'intreccio tra i diversi aspetti affiora nella replica di Zanardelli a chi nel dibattito al Senato aveva richiesto con toni solenni l'introduzione di una « una sanzione speciale per la seduzione ». Zanardelli oppone alle « nobili parole per la rivendicazione dell'onore delle fanciulle » le distinzioni della scienza (il Codice penale non può porre « riparo a tutte le immoralità che avvelenano le sorgenti della vita sociale », non può confondere il diritto con la morale ⁽¹⁸²⁾) e le

un adolescente » (ZANARDELLI, *Progetto del Codice penale per il Regno d'Italia... presentato dal Ministro di Grazia e Giustizia e dei Culti*, seduta del 22 novembre 1887, cit., p. 220).

⁽¹⁸¹⁾ La discussione sulla definizione da dare allo stupro violento risente dell'esigenza di fissare tale certezza. Nella resistenza si ricerca una prova d'onestà; ad esempio: si discute se lo stupratore debba 'togliere alla vittima i mezzi di difesa' oppure se debba 'ridurla nell'impotenza di resistergli', o se sia sufficiente il riferimento al 'costringimento': « ...ridotta nell'impotenza di resistere esprime un concetto obiettivo, troppo assoluto e di difficilissima prova, potendosi sempre immaginare che con suprema difesa, per se stessa possibile, ma alla quale forse la vittima, nel naturale suo turbamento non ha rivolto il pensiero, avrebbe potuto evitare il danno; mentre considerando la possibilità della resistenza, non in astratto, ma in rapporto alla vittima, è evidente che dee bastare a costituire il reato che alla violenza usatale la *vittima non abbia potuto resistere* » (*Il progetto di Codice penale e di polizia punitiva*, cit., vol. II, verbale 41, seduta del 20 dicembre 1869, p. 287). A partire dal progetto del Vigliani (1874) si parla di « costringimento alla congiunzione carnale ». La dizione usata sino al 1883 è quella di « stupro violento » (« sembra alla commissione che la parola stupro, specialmente nel significato consacrato dall'uso e dalle precedenti legislazioni, sia più acconcia a rendere il concetto del reato di cui trattasi »: così nel verbale della seduta del 20 dicembre richiamato sopra); poi si farà riferimento invece a quella di « violenza carnale » (cfr. sul punto la già citata relazione di Zanardelli presentata nella seduta del 22 novembre 1887, pp. 214 e ss.).

⁽¹⁸²⁾ « L'onorevole Senatore Massarani chiese (...) nel Codice speciali sanzioni per la seduzione, facendo notare come questo triste fattore di immoralità sconvolga le basi

sostiene puntualmente con la retorica di una depenalizzazione necessaria come sanzione, come solo mezzo per evitare gli ‘abusi delle donne’. Nel progetto di Codice — afferma Zanardelli — si prevede la « violenza reale » e, in specifiche ipotesi, si richiama « la violenza presunta »: « all’infuori di questi casi, ed in donna libera, ed in età capace di consenso, come potrebbe cercarsi altra frode che non sia la *fraus grata puellis* del poeta latino? Potrà dubitarsi se sia troppo basso il limite di dodici anni fissato dal progetto per la presunzione della violenza e quella di quindici fissato per la corruzione... ⁽¹⁸³⁾ ma oltre una certa età e quando non si violano speciali doveri di custodia o di relazione familiare, ed interviene uno spontaneo consenso, non parmi che sia compito del Codice di dettare sanzioni penali » ⁽¹⁸⁴⁾.

Quello che colpisce però sono gli argomenti utilizzati per sostenere il silenzio del Codice penale nelle ipotesi in cui interviene « uno spontaneo consenso »: non si possono dettare regole perché occorre evitare gli inconvenienti e le corruzioni realizzate in passato, perché il diritto penale non può neppure indirettamente porre una coazione verso la libertà del matrimonio, non può agevolare la

della famiglia e della società, provocando suicidi e producendo veri e propri assassini morali di povere fanciulle sedotte, e dando vita, inoltre, ad una schiera di esseri diseredati destinati alla sventura. Tali nobili parole per la rivendicazione dell’onore delle fanciulle non possono non trovare eco in ogni animo gentile. Ma qui la questione deve essere posta sopra un altro terreno. Deve e può un Codice penale provvedere a tutte le immoralità che avvelenano le sorgenti della vita sociale? Oppure l’ufficio suo è di intervenire soltanto allorché vi sia un diritto violato per violenza o per frode? Niuno vorrà dubitare che quest’ultimo sia l’ufficio del Codice penale. Esso non può nella incriminazione dei fatti contro il buon costume aver riguardo alla semplice incontinenza ed ai danni che ne derivano; ma può guardare soltanto al diritto infranto di chi soggiace all’altrui libidine, senza di che uscirebbe dal campo giuridico per invadere il campo della morale » (*Discorso al Senato del Regno — 15 novembre 1888*, in *Discorsi parlamentari di Giuseppe Zanardelli pubblicati per deliberazione della Camera dei deputati*, Roma, 1905, Vol. II, p. 321).

⁽¹⁸³⁾ « ed in ciò ... prendo impegno di esaminare se non si possa per avventura elevare questi limiti di età ». Il testo definitivo porterà il limite d’età del minore verso cui si può commettere corruzione a sedici anni (art. 335). Cfr. *Relazione a S.M. il Re del Ministro Guardasigilli (Zanardelli) nell’udienza del 30 giugno 1889 per l’approvazione del testo definitivo del Codice penale*, Roma, 1889, p. 132.

⁽¹⁸⁴⁾ ZANARDELLI, *Discorso al Senato del Regno — 15 novembre 1888*, cit., p. 321.

‘spontanea corruzione’ delle donne ⁽¹⁸⁵⁾; e, a meno che non si pretenda di realizzare un’impossibile ingerenza poliziesca in tutte le relazioni sessuali, il diritto penale non può prestare tutele in considerazione della « condizione dei figli condannati a vivere senza aiuti, senza affetti, senza benefici » ⁽¹⁸⁶⁾. Il diritto penale liberale non può dunque supplire in alcun modo al diritto civile, alle scelte di libertà fissate per il matrimonio, alle responsabilità gravanti sui singoli (e sui figli), non può valicare i confini fissati dall’obiettiva lesione del diritto. Il rigoroso silenzio del diritto penale moderno, del resto, ha un fondamento ‘concreto’ negli esempi posti dall’esperienza del passato; il legislatore deve essere consapevole degli errori e dei disordini realizzatisi quando il richiamo alla sanzione era utilizzato per sostenere protezioni di stampo civilistico.

Quegli errori, quei disordini mostrano anche nel presente quale sia la mappa dell’onestà vera che il diritto è chiamato a tutelare: « A trattenermi dal seguire la via indicata con nobili intenzioni dall’onorabile Massarani, mi basterebbe la cattiva prova fatta dalle disposizioni che in antico punivano largamente la seduzione nel mezzogiorno d’Italia. Ivi, esse anziché essere freno al malcostume, riuscivano ad incoraggiarlo, per le speranze che le donne concepivano di assicurarsi un matrimonio colla concessione di tempestivi e procaci favori. Il danno andò tant’oltre che fu necessità pubblicare nel 1779 quella famosa prammatica in cui fu disposto: ‘che niuna donna ... possa più avere azione penale di stupro ... eccetto l’unico e solo caso dello stupro commesso con vera reale ed effettiva violenza, perché le donne non devono approfittare della loro complicità nel delitto’ ... » ⁽¹⁸⁷⁾. E per questa via il discorso sullo

⁽¹⁸⁵⁾ « l’esperienza ha dimostrato che le pene contro il seduttore non han giovato alla morale pubblica, non hanno preparato matrimonî felici, non hanno reso più cauti i giovani, e quanto alle fanciulle raggiunsero un effetto contrario, eccitandole a darsi in braccio, alle prime blandizie, ai più imprudenti ed ai più ricchi per la prospettiva di un matrimonio imposto con la minaccia di un processo. In tal modo si contraddirebbe anche alla legge civile la quale pose per norma nel matrimonio la libertà di consenso, reputando improvvida, funesta per questo legame indissolubile ogni specie di coazione. Non conviene dunque nemmeno per questo caso rimetter in onore il vecchio principio *aut nubeat, aut dotet, aut triremes* » (*ivi*).

⁽¹⁸⁶⁾ *Ibidem*, p. 321.

⁽¹⁸⁷⁾ *Ibidem*, p. 322. In forma meno diffusa gli argomenti sono poi ripresi in

spontaneo e libero consenso torna a proporsi come discorso sul consenso disonesto, sul consenso colpevole.

Lo scontro riguardo alla presenza di protezioni giuridiche nei confronti della donna (così come accade nel diritto civile) è determinato ancora dalla rappresentazione dell'onestà della donna. Chi si oppone alla rigidità dello schema 'sanzionatorio' nei confronti della libertà della donna cerca di mutare l'immagine di riferimento e, richiede tutele per un'onestà femminile che è ancora presente, che è ancora possibile scorgere ⁽¹⁸⁸⁾. Ritiene troppo rigido lo schema di 'non intervento' del diritto penale Pietro Ellero che lamenta la mancata considerazione dello « stupro semplice che si commette con sole astuzie » ⁽¹⁸⁹⁾ e soprattutto insiste sulla particolare situazione dei matrimoni solo ecclesiastici: non si possono accumulare in una situazione formalmente uguale scelte di libertà che sono diverse; non si può, tacendo, sanzionare in omaggio alle forme del diritto civile anche la situazione di 'vera onestà' della donna che cede « l'anima sua e il suo corpo a chi le abbia giurato fede sull'altare » ⁽¹⁹⁰⁾.

Il disinteresse del diritto penale per la materia del matrimonio è collegato in modo troppo meccanico — afferma Ellero — alla visione formalistica del diritto civile: « sta bene che il diritto civile, diritto formale, possa non dare valore alcuno al matrimonio ecclesiastico, ma il diritto penale, diritto essenziale, guarda alla verità e realtà delle cose, secondo cui le credenze, i costumi, gli affetti qui tra noi danno valore pari, se non maggiore alla predetta forma... Io non dico di dare al matrimonio ecclesiastico una conferma, che appunto non gli si vuol dare; dico che chi si avvale di questa maniera di *seduzione irresistibile* per procacciarsi amplessi e finte mogli e poi tradirle, questi debba portarne il fio » ⁽¹⁹¹⁾.

Relazione a S. M. il Re del Ministro Guardasigilli (Zanardelli) nell'udienza del 30 giugno 1889, cit., pp. 131 e ss.

⁽¹⁸⁸⁾ Me ne occuperò diffusamente nel prossimo capitolo.

⁽¹⁸⁹⁾ P. ELLERO, *Sul progetto di Codice penale per il Regno d'Italia*, s. I., 1868, p. 35 (le osservazioni di Ellero fanno riferimento al Progetto di Codice penale del 1868).

⁽¹⁹⁰⁾ *Ibidem*, p. 36.

⁽¹⁹¹⁾ *Ibidem*, p. 36. Cfr. anche sul punto F. CARRARA, *Le tre concubine*, in *Opuscoli di diritto criminale*, cit., vol. IV, pp. 469 e ss. in cui si nega appassionatamente, in nome del « vero liberalismo », « il liberalismo giuridico » (p. 497), qualsiasi intervento del

Il riferimento ad un'onestà della donna racchiusa oramai nella sola resistenza alla violenza (vera reale effettiva) genera dunque disagio ogni qual volta appare comunque evidente un'onestà che il diritto, 'che guarda alla verità e alla realtà delle cose', non può ignorare: lo sguardo, anche in chi si oppone, è comunque costantemente rivolto all'onestà.

Allo stesso modo nella configurazione della 'violenza vera' affiorano di continuo i contrasti di una costruzione tutta improntata a considerare la sola onestà della donna. In Lucchini il contrasto tra centralità del riferimento al dissenso del soggetto passivo del reato e incapacità di collocare il reato « nel novero di quelli che si dicono 'contro la persona' » emerge con nettezza: l'essenza dello stupro (inteso nel senso ristretto di « cognizione carnale non accompagnata dal consenso della donna ») non riesce ad essere racchiusa nel riferimento alla violenza come principale elemento costitutivo del reato ⁽¹⁹²⁾. Nel caso dello stupro « l'entità della lesione giuridica » non riesce ad essere racchiusa nel riferimento al dissenso della donna, pertanto « la tutela [per] presidiare la libera disponibilità sessuale della donna » ⁽¹⁹³⁾ si colora immediatamente di richiami

diritto penale per sanzionare la scelta del solo matrimonio religioso; e, soprattutto Id., *Il delitto e il matrimonio ecclesiastico*, in *Opuscoli*, cit., vol. V, pp. 109 e ss. in cui, di fronte alle critiche ricevute, Carrara precisa la sua posizione: « È singolare questa vostra tenerezza per la prole illegittima, improvvisamente eccitata dal sopraggiungere di un sacramento », p. 116. La protezione dei figli naturali (e non solo di quelli nati dai matrimoni ecclesiastici: « si ostenta pietà verso la prole dei matrimoni ecclesiastici perché a lei manca una veste civile... mentre alla prole che davvero è infelice si chiude la porta ad ogni speranza di procacciarsi il nome ed il pane », p. 120) deve essere assicurata « senza mettere in moto il magistero penale per *delitti immaginari* » (« non si punisca ... con prescrizione universale il matrimonio ecclesiastico nel suo momento di atto religioso: se ne puniscano gli *effetti* tutte le volte che si estrinsecano in una lesione giuridica. Alla attuazione di questo concetto non occorre creare delitti *nuovi*... », pp. 115 e 121), ma soprattutto ponendo in discussione quell'assoluto divieto della ricerca della paternità esaltato dai « Gallomani » (cfr. su quest'ultimo punto la lunga nota alle pp. 118-120).

⁽¹⁹²⁾ Come invece, a dire di Lucchini, era possibile fare nel caso di rapporti sessuali violenti tra persone dello stesso sesso. L. LUCCHINI, *Nozione e penalità in generale delle illecite congiunzioni carnali. Studio comparato di legislazione italiana e straniera*, in *Rivista Penale*, XI, 1879, pp. 481 e ss. (in particolare pp. 490 e 494).

⁽¹⁹³⁾ L. LUCCHINI, *Nozione e penalità in generale delle illecite congiunzioni carnali*, cit., p. 493.

ulteriori alla « debolezza naturale, fisica e morale della donna », a pervasivi interessi famigliari e sociali. Sulla linea di questo contrasto, l'alternativa torna ad essere quella di un'espansione degli spazi di tutela dell' « onore femminile », impossibile da delimitare con il solo richiamo alla violenza 'vera, reale, effettiva': « Senza smarrirmi nella lirica, io credo che sia debito dello Stato circondare di tutte le sue maggiori sollecitudini la donna, che nella società e nell'umanità rappresenta una delle più possenti forze della vita sociale, delle umane vicende e del pubblico costume. Ed in questo doveroso compito dello Stato parmi che si dovrebbero seguire l'esempio di quelle legislazioni straniere, le quali puniscono non solo lo stupro commesso con violenza, ma pure la fornicazione commessa con artificiosi raggiri... ». Lì dove per « fornicazione » si intende « cognizione carnale fuori matrimonio di donna consenziente » (194).

Le incertezze sistematiche nascono dal contrasto tra l'esigenza di porre ancora « una tutela speciale dovuta alla donna » e la linea di fondo che caratterizza l'intero dibattito, quella per cui « non merita protezione la donna la quale dimentica dei suoi doveri, si dà prima del matrimonio » (195). La via privilegiata resta comunque quella di una semplice estremizzazione della negazione della tutela,

(194) *Ibidem*, p. 495.

(195) Nella discussione riguardo alla corruzione (di persona minore di anni 15; poi sedici nel testo definitivo) mediante atti di libidine Lucchini ritiene che si debba escludere l'interpretazione che fa riferimento alla 'seduzione con promessa di matrimonio' (com'era disciplinata dal art. 500 del Codice penale sardo): « il presente [articolo] prevede non il fatto della seduzione in sé stessa, ma il fatto di chi valendosi di artifici abbia corrotto la donna minore di quindici anni. Non basta quindi la sola promessa di matrimonio. Per aversi il reato in esso preveduto non basta il semplice abuso, ma occorre la corruzione ». Posto di fronte all'esplicita richiesta di far riferimento anche alla « seduzione sotto seria promessa di matrimonio », Lucchini « osserva che veramente non merita protezione la donna la quale, dimentica de' suoi doveri, si dà prima del matrimonio; ma tuttavia non è alieno dall'aderire alla proposta, come espressione della tutela speciale dovuta alla donna ». *Verbali della Commissione istituita con Regio Decreto 13 dicembre 1888 allegati alla relazione con la quale il Ministro Guardasigilli (Zanardelli) presenta il Codice Penale a S. M. il Re nell'udienza del 30 giugno 1889*, Roma, 1889, (verbale 28, seduta dell'11 marzo 1889), pp. 561 e 562. La proposta della Commissione non viene poi accolta da Zanardelli (« per le ragioni che esposi nella discussione innanzi al Senato »). Cfr. *Relazione a S. M. il Re del Ministro Guardasigilli nell'udienza del 30 giugno 1889*, cit., p. 132.

quella di una configurazione piena della tutela nei soli limiti della violenza vera.

Nell'intero dibattito l'enfasi posta su consenso femminile libero, spontaneo, continua ad affiorare semplicemente in contrasto con il disordine del passato, come presa d'atto dell'impossibilità di interpretare il consenso per raggiungere un risultato immorale e inefficace. In tale contesto anche il richiamo alla violenza sessuale resta imprigionato nelle convinzioni del passato; « la violenza carnale » resta una figura *residua* rispetto al vecchio ordine. Certo, « la essenza sta nel dissenso del soggetto passivo », ma tale affermazione mostra soprattutto la polemica contro le confusioni del passato e le degenerazioni delle protezioni, contro i sogni di virtù, poesia tradotta in principio giuridico: l'importante è soprattutto non riprodurre protezioni non meritate, evitare che la correa si faccia accusatrice, non tutelare chi è colpevole col consentire e non merita protezione. La scienza penalistica deve essere rigorosa: « dato il consenso... il delitto sparisce ».

Nella mentalità dei giuristi la violenza carnale continua ad appartenere al vecchio mondo, è in continuità con le vecchie protezioni, se ne distacca solo quantitativamente, resta l'unica tutela ancora meritata. Costruita su 'dissenso' e 'consenso', non può più essere configurata senza contrasti in relazione all'ordine delle famiglie, in relazione all'onestà oggettiva, ma non riesce però ad essere pensata come « delitto contro la persona ». Il consenso è 'colpevole': elimina ogni protezione, ottiene la sanzione del silenzio. Il consenso si presume: traspare dalle immagini femminili nate dalle degenerazioni delle tutele, dalla donna disegnata dalla giurisprudenza e dal legislatore, è presente dietro le ingannevoli apparenze, è nell'ordine generale e comune delle cose indicato dall'esperienza del passato.

Il 'dissenso' della donna alla violenza sessuale per esser 'vero' deve riscattare la colpevolezza del consenso, fugare ogni ombra di correttezza della donna. E la donna infatti deve mostrare molto più di un rifiuto per essere degna di protezione: nel suo dissenso (vero reale effettivo) il giurista deve, d'altra parte, poter scorgere ancora la pienezza di una tutela accordata alla virtù. Si possono pertanto semplicemente trascrivere sul punto le convinzioni dogmatiche antiche, affidarsi alle presunzioni da cui desumere la 'sostanza' del dissenso: « la resistenza » non deve indebolirsi neanche per un sol

momento, deve mostrare un'onestà della donna che deve essere piena e perfetta.

Non è il caso d'intrattenersi sul caso di scuola della violenza alla meretrice (violazione 'perfetta' del diritto di « personale proprietà », delitto completo nella sua 'essenza' ma di 'peso minore') ⁽¹⁹⁶⁾ oppure sul 'matrimonio riparatore' (« la più grande riparazione che si possa dare da un colpevole ad una fanciulla disonorata »: « essendo giusto ed equo non tenere separate due persone strettesi oramai tra loro con uno dei vincoli più sacri »: la violenza sessuale!) ⁽¹⁹⁷⁾, né sui profili della collocazione sistematica della violenza. È sufficiente continuare a considerare il solo dato dell'interpretazione del libero consenso e quello che i giuristi ricercano 'oltre' il consenso e il dissenso della donna.

Nei processi per violenza (quella vera reale effettiva) si afferma senza contrasti una simmetria spietata con il silenzio della legge come sanzione. Se il silenzio è sanzione del colpevole consenso, la ricerca del dissenso dovrà essere rigorosissima, spietata. Che cosa i giudici devono scorgere nel fatto? qual è la sostanza da ricercare dietro le apparenze? È una ricerca ossessiva dell'*evidenza* della 'nuova realtà' femminile: onestà simulate, ritrosie ingannevoli, 'cerimonie di pudore' sotto cui la donna 'cela i veri desideri suoi', donzelle 'scottate' da fuochi che hanno esse stesse incautamente acceso, vittime apparenti, sedotte seduttrici, falsi dinieghi, finzioni di resistenza (la resistenza deve essere viva, seria, tenace e costante, deve cedere solo alla forza che si manifesti prima, durante e dopo la perpetrazione del reato), resistenze che incitano all'amplesso, 'semplici riluttanze' e opposizioni 'fiacche' ('figlie dell'ultimo pudore che sfuma'), apparenze di fuga (e si cita Tasso: « fugge e fuggendo vuol che altri la giunga »), apparenze di lotta, 'parvenze di combattimenti' (« pugna e pugnando vuol che altri la vinca »), apparenze di

⁽¹⁹⁶⁾ L'art. 350 del Codice Zanardelli diminuisce la pena « dalla metà ai due terzi » quando il delitto sia commesso « sulla persona di una pubblica meretrice ».

⁽¹⁹⁷⁾ Cfr., per tutti, i lirici riferimenti di Vigliani riguardo alla forza 'purificatrice' del matrimonio tra la stuprata (per 'stupro violento') e lo stupratore, in *Progetto del Codice penale del Regno d'Italia pregeudato dalla Relazione ministeriale presentata al Senato del Regno nella tornata del 24 febbraio 1874 dal Ministro di Grazia e Giustizia (Vigliani)*, Roma, 1874, p. 143. L'art. 352 del Codice Zanardelli stabilisce (anche in riferimento alla violenza carnale) che « va esente da pena » chi contrae matrimonio con la persona offesa.

sdegno (Ariosto: «...ancorché se ne mostri disdegnosa»), sono l'immane corollario retorico per distinzioni di classica e labile nettezza, 'oneste' e 'perdute', 'deflorate' e 'traviate', non vittime ma «impudentissime e bugiardissime meretrici». Le presunzioni legali degli «antichi giureconsulti» si saldano ora coerentemente con l'immaginario del giurista: non ci sono più, del resto, protezioni da accordare a chi amministra male la virtù. Cancellata la poesia come principio giuridico, non si smette di ricorrere ai poeti, «egregi conoscitori dell'animo umano»⁽¹⁹⁸⁾. Nella sua interpretazione del consenso libero il giurista moderno con maggior rigore dei giureconsulti d'antico regime è impegnato ad andar oltre la superficie e a cogliere 'la sostanza interiore', non vuole né deve accontentarsi dell'apparenza dell'onestà, deve negare 'le simulazioni', «le recite»,

⁽¹⁹⁸⁾ Non è il caso di insistere nelle citazioni che, a onor del vero, potrebbero spesso essere riprese senza molta fatica anche nella giurisprudenza dei nostri giorni (la mentalità dei giuristi che interpreta il 'libero consenso' della donna è più lenta degli stessi interventi legislativi: mentre sto rielaborando questo lavoro, le prime pagine dei quotidiani sono dedicate a una sentenza della Cassazione che lega il consenso e il dissenso della donna ai suoi capi di abbigliamento più o meno facili da sfilare...). Rimaniamo all'Ottocento: si cfr. soltanto, a mo' di esempio, riguardo all'uso dei poeti G. CARMIGNANI, *Accusa di stupro violento* (1831), in *Cause celebri*, cit., III, pp. 341 e ss. in cui si mostra in tema di violenza la stessa 'natura femminile' da svelare riguardo a una *Accusa di stupro con precedente promessa di matrimonio*, cfr., in *ibidem*, p. 437: «Il pudore è spesso una cerimonia, sotto la quale la femmina cela a stento, e con pena, i veri suoi desideri. Lo dissero i poeti, e meglio d'ogni altro il Ferrarese...». E segue naturalmente l'immane citazione di un'ottava dell'*Orlando Furioso* (I, 58) fortunatissima nelle pagine dei giuristi, affiancata da altre autorità: Properzio, Terenzio, Ovidio, Virgilio, Catullo, Boccaccio, Tasso... Accentuazioni 'scientifiche' dei modelli antecedenti, che non arrecano però sostanziali mutamenti all'immagine 'dogmatica' della donna e che non rinunciano ai poeti, si possono leggere in P. VIAZZI, *Sui reati sessuali. Note e appunti di psicologia e giurisprudenza* (con prefazione di Enrico Morselli), Torino, 1896, (in particolare pp. 12 e ss. le pagine sulle «*Sedotte seduttrici*») e in G. ZIINO, *Stupro e attentati contro il pudore*, cit., p. 910. Per un sintetico affresco delle convinzioni diffuse nella Scuola Positiva riguardo alla donna è qui sufficiente rinviare a E. FERRI, *La donna delinquente* (Recensione a Lombroso e Ferrero, *La donna delinquente la prostituta e la donna normale*, Torino, 1893, in *La Scuola Positiva* (aprile 1893) e poi in FERRI, *Studi sulla criminalità*. L'invito a non scherzare col fuoco è in Carrara (*Programma*, II, § 1540, p. 353). Sulla resistenza cfr., per tutti, G. CRIVELLARI, *Il Codice penale per il Regno d'Italia*, cit., vol. VII, pp. 479 e 529 e ss.; e *Prima raccolta completa di giurisprudenza sul Codice penale*, III, Milano, 1923, art. 331 (ho ripreso nel testo la massima n. 93: Appello di Torino, 13 marzo 1894).

« smascherare il vero temperamento », « il vero volto » della donna per evitarne gli abusi... (199).

Consenso e dissenso restano ancora caselle bianche da immaginare in libertà, e il parametro fondamentale è dato da una tutela incapace di liberarsi dal fantasma dello stupro semplice, incapace di rivolgersi alla libertà senza osservarla attraverso il filtro della 'vera' onestà della donna.

5. *Coerenze dogmatiche: i civilisti e il silenzio della legge come sanzione*

Le ricostruzioni dei civilisti ripropongono le stesse convinzioni di fondo presenti nel discorso penalistico. La caduta di un fondamento comune cui attingere per delineare la protezione per l'onestà priva i civilisti di un solido punto di riferimento e li costringe ad oscillare tra coerenti affermazioni delle sanzioni implicite nel silenzio del Codice penale e recupero di presunzioni diffuse nel modello d'antico regime.

Occorre comprendere innanzi tutto il richiamo dei civilisti al 'rigore' dei Codici riguardo alla valutazione della volontà della donna che è diffuso in tutto l'Ottocento. Per farlo può essere utile richiamare uno scritto noto soprattutto come difesa del divieto di ricerca di paternità (200), ma degno di più ampia attenzione in

(199) Qui occorre invece un rinvio. Il testo è linea, mi pare, con gli altri citati sopra, ma è tratto da un contesto giuridico temporalmente e formalmente diverso: è uno scritto di difesa in tema di azione civile per 'danno da seduzione con promessa di matrimonio'. Il diniego della tutela risarcitoria da accordare alla donna viene combattuto con la stessa retorica, lottando contro le stesse apparenze, ricercando la stessa incontaminata onestà che caratterizza l'accertamento della violenza. Qualsiasi protezione giuridica rivolta nei confronti della donna deve essere fondata nell'onestà, in quella vera; la volontà libera è una colpa che il giurista, sempre attento a non comminare protezioni arbitrarie, deve 'smascherare': « Per difendere la dolce maschera di donna ingenua, pudica ed inesperta, con la quale si era camuffata, la A. non esitò... ». (A. MONTEL, *In tema di azione di danni per pretesa seduzione con promessa di matrimonio*, in *Archivio della responsabilità civile*, 1971, pp. 923 e ss., e in particolare p. 933 e ss.). Sulla questione si cfr. comunque *infra* nel prossimo Capitolo, in particolare III. 4.

(200) Lo scritto si oppone ad un progetto di legge di modifica dell'art. 340 che prevedeva di affiancare all'unica eccezione del ratto, quella della violenza sessuale e della

quanto rende espliciti i nessi còlti dagli interpreti tra il silenzio della legge penale e il Codice civile. Gli autori difendono la complessiva bontà della comune strategia tracciata nell'ambito penalistico e in quello civilistico a tutela del 'buon costume' e, nel contrasto polemico con i critici, esplicitano in maniera rozza ma efficace quelle che sono state le ispirazioni profonde della 'severità' dei Codici; una severità che è opposta alle 'visioni moralistiche' e ai 'sentimenti' dei fautori delle riforme e alle interpretazioni, tanto benevole quanto erranee, avanzate in contrasto con le parole chiare e certe della legge ⁽²⁰¹⁾.

L'intero discorso ruota attorno alla lettura giuridica della volontà della donna. I Codici, negando le dispute e le presunzioni antecedenti, hanno risolto una volta per tutte la questione dell'interpretazione giuridica del consenso della donna: coloro che richiedono di ripristinare interpretazioni affidate a segni vaghi e incerti violano la legge (propugnano un diritto ancora affidato ai sentimenti, legato ad una costante presunzione di onestà che non è giuridica), ignorano la svolta realizzatasi nel giuridico, non si accorgono che oramai il giurista non può flettere con una sua scelta particolare quel rapporto tra onestà e consenso che il legislatore ha affermato in modo generale e astratto, in modo certo per tutte le ipotesi. In quest'ottica l'obiettivo principale diviene quello di evitare qualsiasi ritorno di letture ispirate da dubbi riguardo alla veridicità

seduzione, nonché del possesso di stato). P. COULET et A. VAUNOIS, *Étude sur la recherche de la paternité* (avec une préface de Léon Renault), Paris, 1880 (in appendice allo scritto, pp. 181 e ss., si può leggere anche il Progetto di legge riguardo alla ricerca della paternità presentato il 16 febbraio del 1878 dai senatori Bérenger, De Belcastel, Foucher de Careil e Schoelcher). Lo scritto ebbe una consistente diffusione anche in Italia: cfr. T. CUTURI, *Di una recente pubblicazione degli avv. Paul Coulet e Albert Vaumois, a proposito del progetto di legge presentato al Senato francese per l'emendamento dell'art. 340 Cod. Nap.*, in *Archivio Giuridico*, XXVI (1881), pp. 186 e ss.

⁽²⁰¹⁾ La necessità di separare la valutazione giuridica da ogni considerazione morale costella l'intera scritto: in nome di tali principi si respingono le interpretazioni erranee della giurisprudenza (soprattutto quelle tendenti ad accordare diritti alla donna sedotta) e si rifiuta la posizione di quanti richiedono a viva voce nuovi interventi legislativi per sanare le lacune presenti nel diritto penale e nel diritto civile riguardo alla tutela giuridica dell'onestà della donna. Sulle critiche nei confronti dell'impianto dei Codici civile e penale affermate soprattutto in considerazione dei « diritti della sedotta » cfr. *infra* nel prossimo Capitolo (in particolare IV.2).

del libero consenso prestato dalla donna, quello di negare qualsiasi ‘ritorno della seduzione’ nelle pagine dei giuristi: non si può dare rilevanza giuridica alla seduzione nel campo penale, mancano « *moyens certains, légaux, juridiques, un critérium précis pour reconnaître quand et comment il y a séduction* »⁽²⁰²⁾, manca un interesse pubblico rilevante⁽²⁰³⁾; e, soprattutto, non esiste l’invocata lacuna della legge che genera le cosiddette ingiustizie che l’interprete si sente chiamata a sanare: « Non, il n’y a pas de lacune dans le Code pénal: si le législateur ne punit pas (...) c’est que dans ce cas, il n’y a pas un coupable et une victime, c’est qu’il y a consentement présumé de la part de la jeune fille »⁽²⁰⁴⁾.

Le certezze fissate nel diritto penale devono imporsi anche nel diritto civile, anche qui è impossibile qualsiasi riferimento alla seduzione per ampliare le tutele fissate dalla legge: i civilisti devono prendere atto che il libero consenso è sempre presunto e non può essere valutato attraverso il gioco delle variabili presunzioni di onestà. L’assetto civilistico deve modularsi sulla ‘depenalizzazione’ e deve trarne la sola conseguenza possibile: la caduta delle sanzioni di diritto penale deve coincidere con la negazione di qualsiasi protezione giuridica per i soggetti il cui comportamento è valutato dalla legge come irrilevante penalmente. La depenalizzazione nega l’esistenza di ‘un colpevole e di una vittima’, il diritto civile deve per coerenza dogmatica privare di qualsiasi protezione la donna che non è più vittima e che consente in modo (sempre presunto) libero. La presunzione di consenso libero della donna fissata dalla legge rappresenta la sconfitta di un modello imperfetto di onestà femminile, quello ‘antico’, affidato alle mutevoli mediazioni dei giuristi.

La polemica contro la seduzione evidenzia i nessi tra le scelte penalistiche e quelle civilistiche e, nello stesso tempo, la fragilità teorica del riferimento al libero consenso che è continuamente

⁽²⁰²⁾ P. COULET et A. VAUNOIS, *Étude sur la recherche de la paternité*, cit., p. 99.

⁽²⁰³⁾ « La séduction ne présente pas des caractères de publicité suffisante, des faits menaçant l’ordre public: la loi pénale ne punit pas en ces cas, elle n’a pas à punir » (*ibidem*, p. 95).

⁽²⁰⁴⁾ *Ibidem*, p. 93. L’affermazione è riferita al ratto, ma può essere generalizzata (cfr., infatti, p. 94).

imbrigliato da richiami all'onestà della donna. La seduzione è invisibile, impercettibile giuridicamente, non può essere posta come fondamento di una tutela giuridica; la seduzione non elimina il libero consenso della donna, non dissolve, come la vera violenza, ogni idea di una colpevole partecipazione della donna. Il diritto penale si è affidato solo a segni evidenti, certi, reali, effettivi, nelle altre ipotesi ha sempre negato la possibilità di attribuire alla donna il ruolo di vera vittima; il diritto civile deve seguire la stessa linea, deve attenersi alla stessa interpretazione, perché non può proporre tutele giuridiche per chi non è veramente 'vittima'. Anche il diritto civile è, dunque, vincolato a far riferimento alla violenza, solo la violenza infatti si sottrae ad arbitraria valutazione e circoscrive con certezza il territorio della volontà (onesta) che il giurista può tutelare, escludendo qualsiasi colpevole partecipazione della donna (« à notre avis, la séduction proprement dite n'existe pas en dehors de la violence; la violence seule exclut toute idée de consentement ») ⁽²⁰⁵⁾.

Sulla scia delle certezze esaltate dalla depenalizzazione l'affermazione della volontà libera è utilizzata come uno strumento d'ordine: previene, sanziona e indirizza verso la sola libertà ordinata, quella del matrimonio. L'impossibilità di un intervento del diritto sulla morale è accertamento di una colpa, di una disonestà insita nella 'volontà libera', è affermazione perentoria di un nesso rigido tra volontà onestà e tutele giuridiche da rispettare tanto nel diritto penale quanto nel diritto civile: « Une fille honnête, chaste et vertueuse ne doit devenir *femme* qu'après être devenue *épouse*. En

⁽²⁰⁵⁾ « ...séduction! Voilà un mot qu'on répète et qui est invoqué à chaque instant par nos adversaires sans être expliqué d'une façon précise. La séduction, dit-on, c'est un ensemble de manœuvres dolosives... c'est une contrainte morale... c'est *quelque chose* comme l'extorsion de signature, l'abus de confiance, pour arriver à surprendre le consentement de la femme à des rapports intimes. C'est insuffisant; la loi ne peut reconnaître et sanctionner une prétention aussi grave et dont les conséquences peuvent être si importantes, que lorsqu'elle est définie parfaitement, lorsqu'aucune équivoque n'est possible, lorsqu'on peut prévoir jusqu'où elle conduira et où on pourra l'arrêter: c'est ce qu'on ne peut faire pour la *séduction*; à notre avis, la séduction proprement dite n'existe pas en dehors de la violence; la violence seule exclut toute idée de consentement. La prétendue séduction suppose au contraire un consentement, le vague qui réside dans la définition de la séduction n'existe pas pour la violence » (*ibidem*, pp. 140 e 141).

dehors de cela, la fille qui s'est donnée n'est pas honnête, elle n'a pas le droit d'invoquer la séduction. Elle a fait une *faute*, dit le monde avec mépris. Elle a consenti à une *fornication illégitime*, dit le jurisconsulte moins sévère, et dans les deux cas, *faute et consentement* excluent toute idée de *séduction* » ⁽²⁰⁶⁾.

Il diritto civile non può accordare nessun tipo di protezione perché, come il diritto penale, non può più presumere l'onestà della donna. I giuristi non possono che assumere a base delle loro ricostruzioni l'immagine della donna indicata dal legislatore, quella 'nuova immagine' caratterizzata da una piena assimilazione di colpa e consenso: il consenso colpevole esclude qualsiasi interpretazione, esclude qualsiasi riferimento equitativo alla seduzione per accordare tutele immeritate.

Lo scontro tra i fautori e gli oppositori di protezioni giuridiche per la donna nel corso dell'Ottocento tornerà inevitabilmente a proporre modelli opposti di onestà femminile, contrapposizioni tra presunzioni assolute di volontà 'vera' da cogliere dietro le ingannevoli apparenze. In riferimento alla libertà della donna, le posizioni 'opposte' non si allontanano molto dalla mentalità dei giuristi di antico regime: il consenso libero resta sempre l'espressione di una colpa riscattabile soltanto grazie all'emersione di una piena onestà interiore. Chi propone la protezione nega la libertà (quella libertà indegna di protezione), si affida alla seduzione per mostrare l'onestà dell'anima della donna (quell'onestà che rende la donna ancora degna di tutela); chi, accettando il rigore dei Codici, nega la protezione, prende semplicemente atto che la libertà del consenso è stata assolutizzata dal legislatore per sanzionare la donna 'presunta colpevole': « la fille séduite est, quoi qu'on dise, coupable, et on doit la tenir en suspicion » ⁽²⁰⁷⁾.

Le immagini femminili proposte dai giuristi sono 'opposte' ma

⁽²⁰⁶⁾ « ...dans tous les procès en séduction qui ont été suivis de décisions favorables à la demande, quels sont les motifs qui le plus souvent ont inspiré la décision du juge? Des *promesses* soit de *mariage*, soit d'*aliments*. Voit-on des faits de séduction bien caractérisés? Non. — Les juges ont alors admis qu'une promesse de mariage ou d'entretien, faite plus ou moins légèrement par un homme, pouvait être jugée suffisante pour excuser une fille de la perte de son honneur! Nous ne sommes pas de cet avis! » (*ibidem*, p. 141).

⁽²⁰⁷⁾ *Ibidem*, p. 180.

si assomigliano, scaturiscono dalla stessa esclusiva attenzione per la volontà onesta della donna. Nel corso di tutto l'Ottocento alla negazione assoluta di qualsiasi tutela per la volontà libera e deviante si contrapporrà solo un ritorno del modello della seduzione e una lettura delle apparenze ispirata dal solito dubbio 'an vere fuerit volens'. Alle 'sventure della virtù' insite nel dettato della legge si contrappongono le 'rivincite del pudore' affidate ancora una volta al *praesumitur seducta*.

5.1. « Donna impudente » e « decoro della famiglia »

Nel Codice civile del Regno d'Italia del 1865 il titolo *Della filiazione* porta ben impressa la costante volontà del legislatore di porre in essere una normativa volta a sanzionare in modo più efficace i 'turbamenti della stabilità e del decoro della famiglia'. La negazione di una parificazione dei diritti dei figli naturali a quelli dei figli legittimi appare dettata, come nel caso del *Code civil*, da una ricerca esasperata delle colpe dei genitori: si colpiscono i figli per cercare d'influire sulla condotta dei genitori, la sorte riservata ai figli delle unioni illecite è scelta di rigore⁽²⁰⁸⁾; 'salutare severità' che appare indirizzata soprattutto a sanzionare il colpevole consenso della donna.

Guardando alcuni dettagli in cui il legislatore italiano si era distanziato da quello francese, la dottrina afferma che le disposizioni del Codice « furono in gran parte ispirate ... da uno spirito di

⁽²⁰⁸⁾ La scelta del legislatore appare eccessiva soprattutto per la sorte riservata agli adulterini e agli incestuosi (non riconoscibili; impossibilitati alla ricerca della paternità e della maternità; non legittimabili per matrimonio susseguente; non meritevoli di alcun diritto di successione) verso cui ci si era limitati a riconoscere solo il diritto agli alimenti. « Forse — si afferma — il legislatore ha oltrepassato la misura. Non si può tacere che i rigori della legge cadono qui su persone innocenti. I figli adulterini e incestuosi sono uomini, dopo tutto, e a questo titolo hanno diritto di vivere; la nostra legge invece dà loro appena il diritto di non morire di fame ». G. BAUDRY-LACANTINERIE (G. CHÉNEAUX), *Trattato teorico pratico di diritto civile*, IV, *Delle persone (Paternità e filiazione)*, cit., n. 406, p. 409). Per l'Italia si cfr., a mo' d'esempio, G. LOMONACO, *Istituzioni di diritto civile*, Napoli, 1894², p. 79. Le pagine più significative sono comunque quelle di Enrico Cimbali (*La nuova fase del diritto civile*, cit., parte seconda, cap. V, nn. 114 e ss., pp. 144 e ss.).

maggior equità verso i figli naturali » (209). L'ispirazione complessiva dei due Codici resta, al di là dei dettagli, comunque simile, e simile appare il senso di disorientamento di fronte alla caduta del fondamento penalistico delle tutele civilistiche, l'incapacità di ridisegnare diritti prescindendo dall'idea predominante di sanzionare la scelta di disonestà dei singoli.

Anche nel Codice civile italiano l'enfasi che muove il legislatore nell'affermare un diritto di famiglia attento alle scelte della volontà libera dei singoli nasce dal sospetto, dalla diffidenza verso qualsiasi scelta di libertà non indirizzata verso la stabilità del matrimonio. Anche nel diritto civile italiano il riferimento alla volontà libera della donna è influenzato dall'opposizione agli abusi del passato, dall'esigenza di opporre certezze alle benevole presunzioni che caratterizzavano l'attribuzione delle tutele giuridiche in antico regime.

La tutela della stabilità della famiglia legittima appare sorretta da un quadro che nello stesso tempo rifiuta ed esige le convinzioni antiche: nega le presunzioni di onestà della donna, ma (come accadeva nelle richieste di depenalizzazione dello stupro semplice) esige un'onestà più piena, più vera. Il diritto delle persone e della famiglia presente nel Codice propone un nuovo equilibrio che si rivela costantemente fragile, sostenuto com'è da richiami settoriali e miopi a un libero consenso della donna che è interpretato alla luce di convinzioni antiche, che si rivela 'vero' solo in opposizione a 'privilegi' antecedenti, solo per esigere una maggior onestà da parte della donna.

I lavori preparatori del Codice civile del 1865 propongono a più di mezzo secolo di distanza una noiosa ripetizione dei temi presenti nel dibattito francese: la certezza legale della paternità nel matrimonio è contrapposta all'impossibilità di fissare qualsiasi 'presunzione' riguardo alla filiazione naturale derivante da « impura sorgente », fondata su « la colpa e il vizio » (210). Il rapporto di filiazione

(209) B. DUSI, *Confronto del Codice civile italiano con quello francese in tema di filiazione*, Addizione II a G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Trattato teorico pratico di Diritto civile*, IV, *Delle persone*, cit., p. 807. Si cfr. anche F.S. BIANCHI, *Corso di Codice civile italiano*, VI, 2, *Della filiazione*, Torino, 1908, n. 89 bis, p. 18; n. 90 pp. 22 e ss.

(210) « Quanto la legge si mostra favorevole alla prova della filiazione legittima, collocata sotto i santi auspici del matrimonio, altrettanto è sospettosa e diffidente verso

naturale può risultare soltanto — si afferma — dal riconoscimento volontario (libero e spontaneo); un riconoscimento forzato può aversi solo nelle ipotesi (rarissime) da cui si può ottenere una « certezza assoluta ».

Le certezze inseguite dal legislatore ruotano soprattutto attorno al rapporto tra volontà ed onestà della donna, attorno alla lettura giuridica del consenso prestato dalla donna a relazioni sessuali fuori dal matrimonio. Il divieto di prova giudiziale per la paternità è anche nel contesto italiano presentato come condanna per la violazione dell'ordine, condanna per 'la colpa e per il vizio': condanna rivolta nei confronti della donna e del figlio, rifiuto degli abusi e delle presunzioni del passato che propone una piena, coerente, conformità tra diritto civile e la piena depenalizzazione delle relazioni sessuali fuori dal matrimonio.

Il legislatore ricerca certezze in opposizione a « donne astute » (sempre pronte a trarre nella loro « rete » « giovani incauti »), evoca « lo scandalo » e « i pericoli » del passato ⁽²¹¹⁾, esige « la tutela della

la filiazione illegittima o naturale, che deriva da impura sorgente, e di cui il nascimento svela una violazione dell'ordine, un'offesa alla morale. La colpa e il vizio non si presumono mai, ma esigono prova. Quindi nessuna presunzione è ammessa per la filiazione illegittima ». *Relazione della Commissione del Senato sul progetto del Codice Civile del Regno d'Italia, presentato dal Ministro Guardasigilli (Pisanelli)*, in S. GIANZANA, *Codice civile preceduto dalle Relazioni Ministeriale e Senatoria, dalle Discussioni Parlamentari e dai Verbali della Commissione coordinatrice*, Torino, 1887, vol. I, p. 210 (la relazione sul primo libro è di VIGLIANI).

⁽²¹¹⁾ « Importa ancora di considerare l'effetto che può esercitare rispetto ai pubblici costumi l'ammettere le indagini sulla paternità. Quante donne astute si proveranno a trarre nella loro rete giovani incauti con la speranza di ottenere quelle prove che potranno assicurare la loro fortuna? Quanti immorali pensieri, quanti rei propositi non sono impediti e repressi dal divieto assoluto delle indagini sulla paternità. Ma il divieto delle dette indagini, oltre a costituire una garanzia sociale, esprime pure un concetto razionale. La legge deve essere larga ad ammettere le prove, che tendono a stabilire quei fatti che sono causa di diritti e di obbligazioni; ma qui siamo innanzi a un fatto che non si può provare. Le indagini più avventurose potranno raccogliere assieme molte presunzioni, ma non giungeranno mai a stabilire la certezza della paternità »; « Si è allegato che qualche scrittore abbia censurato questa disposizione, ma tali censure si dileguano a fronte del plauso costante che quel divieto ha ottenuto dai più illustri giureconsulti, da' più provetti magistrati. Tutti hanno ricordato con raccapriccio lo scandalo e i pericoli, che traggono seco i giudizi che si aprono con la ricerca della paternità ». Così Giuseppe PISANELLI, in *Verbale della Commissione*

riputazione dei cittadini contro impudenti attacchi » (212). Sostenendo il divieto della ricerca della paternità, Pisanelli rifiuta la scelta mite presente nel Codice albertino (213) e difende i Codici preunitari che « ad imitazione del Codice francese, furono più severi » (214); non si deve confondere — dice — ‘beneficenza’ e diritto (215); l’impossibilità di una certezza naturale cui fare riferimento espone anche « l’uomo, la cui condotta può essere la più intemerata ... all’attacco di una donna impudente o di figli che a lui sono estranei ». Il diritto non può « scendere nel cuore dell’uomo e penetrare nella sede inaccessibile degli affetti umani » (216).

Le convinzioni di fondo sono quelle presenti nel dibattito francese ed è inutile insistervi; giova invece richiamare una voce critica, quella di Precerutti.

coordinatrice, n. 21 (Seduta antimeridiana del 6 maggio 1865), in S. GIANZANA, *Codice civile*, cit., Vol. III, *Verbali*, p. 177.

(212) « Il divieto delle indagini sulla paternità naturale è oramai un principio di diritto comune dei popoli civili, fondato sopra il riposo delle famiglie, sopra la tutela della riputazione dei cittadini contro impudenti attacchi e sopra la pubblica morale »; (VIGLIANI) *Relazione della Commissione del Senato sul progetto del del Codice Civile del Regno d’Italia*, cit., p. 210.

(213) Art. 185 del Codice albertino: « Le indagini di paternità non sono ammesse fuorché nei casi seguenti: 1. qualora vi sia uno scritto emanato dall’individuo indicato come padre del fanciullo, in cui egli siasi dichiarato tale, o dal quale risulti una serie di cure da lui date al fanciullo a titolo di paternità; l’azione però non potrà essere proposta che pendente la vita del padre; 2. nei casi di ratto, o di stupro violento, quando il tempo di essi corrisponderà a quello del concepimento ». Tale testo viene riproposto durante i lavori preparatori da Niutta e da Precerutti. Cfr. sulla proposta, *Verbale della Commissione coordinatrice*, n. 21 (seduta antimeridiana del 6 maggio 1865), cit., pp. 94.

(214) *Discorso pronunciato dal Ministro Guardasigilli (PISANELLI), presentando al Senato del Regno il progetto del primo libro del Codice Civile* (tornata del 15 luglio 1863), in S. GIANZANA, *Codice civile*, cit., I, p. 27.

(215) « ...parificare un timido e segreto riconoscimento al solenne e pubblico ordinato dalla legge, rendere materia di giudiziari dibattimenti la genesi e la storia degli atti di beneficenza per stabilire una paternità, la quale si fonda poi sempre su di una mera presunzione, parve troppo pericoloso nelle sue conseguenze »; « la più pura e santa beneficenza verso un infelice fanciullo potrebbe essere un pretesto, un titolo per reclamare, colla pubblicità di un giudizio, una paternità inesistente » (*ibidem*, p. 27). Cfr. anche nell’intervento di Pisanelli alla Camera (in GIANZANA, *Codice civile*, cit., II, Discussioni alla Camera e al Senato, pp. 113 e 114).

(216) *Discorso pronunciato dal Ministro Guardasigilli (PISANELLI), presentando al Senato del Regno il progetto del primo libro del Codice Civile*, cit., pp. 27 e 28.

In quali casi — si chiede — può il legislatore negare l'azione a un diritto? La configurazione ampia del divieto di ricerca della paternità si presenta agli occhi di Precerutti come una violazione della generale tendenza del « diritto moderno » per cui « l'azione compete sempre quando vi è diritto »: la legge non può fissare diritti per il figlio naturale (il diritto all'educazione, all'istruzione, ad essere avviato ad un'arte o ad una professione, il diritto agli alimenti e quello ad una porzione di legittima) e nello stesso tempo negare a quel figlio naturale che non sia riconosciuto volontariamente « il mezzo indispensabile per l'esercizio de' suoi preziosi diritti » (217). Una simile limitazione può essere giustificata solo da « gravi motivi »; ma i motivi addotti dal legislatore sono fragili, si fondano sull'evocazione di pericoli immaginari: « non mancano mai di evocare le ombre, di atterrire con mille spauracchi, di dipingere con tetri colori, con parole altisonanti gli inevitabili pericoli, i danni immensi, gli abusi innumerevoli, gli scandali enormi... » (218).

Con il divieto di ricerca di paternità la negazione dell'azione per il diritto non si basa su gravi motivi, ma si affida invece ad un ragionamento « illogico »: si asserisce che la prova della paternità è impossibile, quando in realtà è, più semplicemente, difficile (219); ma la difficoltà non può essere d'ostacolo all'attribuzione di un diritto. « L'illogico ragionamento è anche disumano » (« danneggia il figlio che non ha colpa »), è « immorale » (« favorisce il genitore colpevole e lo sottrae al pericolo di vedere giudizialmente contestata la sua disonestà ») (220). Né fornisce un solido fondamento alla negazione dell'azione al figlio naturale l'immagine dei mali del passato evocati con forza negli interventi presenti nei lavori preparatori del Codice Napoleone e accettata in Italia senza alcuna autonoma riflessione: il

(217) E. PRECERUTTI, *Si debbono ammettere le indagini di paternità?*, in *La legge*, 1865, I, n. 68, p. 567.

(218) Si riferisce ai pericoli attribuiti alla « riforma » (*ibidem*, p. 568), cioè all'introduzione dell'abolizione o di una mitigazione del divieto di ricerca della paternità.

(219) « a me basta che l'impossibilità si converta in difficoltà, ed allora la mia tesi è vittoriosa » (*ibidem*, p. 568).

(220) *Ibidem*, p. 568.

pericolo di scandali e di errori giudiziari ⁽²²¹⁾ evoca un « male immaginario » per porre un « rimedio ingiusto e immorale » ⁽²²²⁾.

La ragione profonda del divieto (quella che spinge verso la contraddittoria affermazione di un diritto senza azione) è proprio la continua evocazione del ‘male immaginario’, il continuo richiamo ai « disordini » prodotti da « donne astute » e « impudenti ». Quel richiamo impone un riferimento sempre contraddittorio al libero consenso, costringe il diritto civile a considerare la donna ora come assolutamente incapace, ora come l’astuta artefice di mali in grado d’incrinare la stabilità dell’ordine delle famiglie: « Dopo di aver scritto nel Codice civile tante incapacità contro la donna; dopo di averla esclusa per regola generale dagli uffizi di tutela, di cura, e dai consigli di famiglia; dopo di averla dichiarata incapace di fare testimonianza negli atti autentici; dopo di averla, se maritata, annoverata tra gli incapaci di contrattare, a lato dei minori e degli interdetti (...); dopo tutto ciò è veramente inconcepibile che si faccia ricorso all’astuzia femminile per sottrarre il sesso forte all’adempimento dei più sacrosanti doveri » ⁽²²³⁾.

La scelta del legislatore, insomma, tende a garantire la « moralità pubblica » con una legge « immorale » (« legge ingiusta, disumana, barbara » ⁽²²⁴⁾), lesiva del « fondamentale principio di uguaglianza » ⁽²²⁵⁾; il legislatore ha preteso di regolare con « alcuni

⁽²²¹⁾ « Si teme che si proclami appartenere un figlio ad un cittadino che non fu l’autore de’ suoi giorni? E perché non si teme ugualmente che venga dichiarato debitore, proprietario, ladro, falsario, omicida chi non lo è? Gli umani giudizi [sono] ognora fallibili, possibili le corruzioni... » (*ibidem*, p. 568). Precerutti riprende alcune pagine della Mozzoni (*La donna in faccia al progetto del [nuovo] Codice civile italiano* [Milano, 1864]): « il divieto delle indagini della paternità che a taluno sembra la tutela della stabilità e del decoro delle famiglie, è anche la pietra sepolcrale messa sui delitti più odiosi alla natura... Coprire la piaga non è medicarla, e suggellare la fogna è un curioso sistema di disinfettazione! ». Su Anna Maria Mozzoni (di cui giova richiamare anche *La donna e i suoi rapporti sociali. In occasione della revisione del Codice civile italiano*, Milano, 1864) si cfr. F. PIERONI BORTOLOTTI, *Alle origini del movimento femminile in Italia. 1848-1892*, Torino, 1963.

⁽²²²⁾ E. PRECERUTTI, *Si debbono ammettere le indagini di paternità?*, cit., p. 569.

⁽²²³⁾ *Ibidem*, pp. 570 e 571.

⁽²²⁴⁾ *Ibidem*, p. 571

⁽²²⁵⁾ « vuole far pesare sulla madre soltanto quella responsabilità che per decreto di natura le è comune col padre in fatto di procreazione » (*ibidem*, p. 572).

articoli di un Codice », una moralità pubblica che « dipende dall'educazione e dai costumi »: « non cessa tuttavia di essere immorale la legge che incoraggia l'uomo ad abusare dei molti mezzi che sono in di lui balìa, per sedurre una donna onesta, farla madre, e poi abbandonare vilmente essa ed il figlio » (226).

La negazione dell'azione nasce da una generalizzazione della devianza femminile, da un esasperato riferimento agli abusi del passato; mentre il disagio del giurista di fronte a tale 'immoralità codificata' nasce dall'impossibilità di accettare la retorica riguardo a tanti « mali immaginari ». Non si può affermare un assetto dei nuovi diritti in assoluta contrapposizione alle tutele antecedenti, non si può accordare l'azione al figlio naturale solo nell'ipotesi in cui la violenza (il ratto e lo stupro violento erano le sole eccezioni previste per il divieto di ricerca della paternità) neghi l'astuzia e la colpa della donna sempre presunta dalla legge.

I temi prospettati da Precerutti resteranno poi dominanti in tutto il dibattito giuridico volto a mitigare la severità del divieto della ricerca della paternità facendo riferimento all'impossibilità di una generalizzazione dell'immagine della 'donna disonesta' e invocando ancora i diritti della donna onesta, della 'donna sedotta'.

Sia gli argomenti di coloro che sostengono il divieto di ricerca della paternità che quelli di coloro che si indignano di fronte a tale legge 'ingiusta, disumana, barbara', alla fine convergono nel ritenere decisiva una sola questione su cui si scontrano: la questione 'antica' dell'immagine dell'onestà femminile da assumere come modello di riferimento nell'attribuzione delle tutele giuridiche. Le argomentazioni giuridiche si trasformano in didattica ricerca di sanzione per la colpa prevalente, per il vizio più evidente, in uno scontro relativo all'autenticità del consenso prestato dalla donna nelle ipotesi non caratterizzate dalla presenza di una violenza effettiva.

Si ricerca la 'vera vittima': « purtroppo a lato della donna di facile accesso sta la onesta e la inesperta fanciulla caduta nei lacci tesi da un accorto seduttore » (227); « la madre non fu un'impudica che

(226) *Ibidem*, p. 571.

(227) E. BIANCHI, *Le indagini sulla paternità naturale. Proposta di riforma dell'articolo 189 del Codice civile italiano*, in *Archivio giuridico*, XXIV, 1880, p. 165. L'onestà femminile ingiustamente non tutelata dal legislatore è per tutti più che mai evidente nel

vendette le sue grazie al primo offerente, ma un'ingenua fanciulla che ebbe il torto di cedere alla seduzione di un libertino... » (228), « donzella ingannata » cui il legislatore non concede niente (229).

Chi si oppone al sistema del legislatore (« draconiano e brutale » (230)) nega che si possa generalizzare il solo estremo del consenso libero della donna come base dell'intera ricostruzione ed esige distinzioni, analisi del singolo caso concreto: le istanze di riforma del divieto della ricerca della paternità propongono infatti « una via di mezzo » per affermare « i più elementari precetti della equità e della morale » (231) che indicano (oltre la certezza del-

caso di « nascita illegittime » dovute a matrimoni esclusivamente religiosi: « Ecco uno dei lati più gravi del problema... Un uomo, abusando dell'inesperienza di un'onesta fanciulla, la sposa soltanto in faccia alla Chiesa, convive maritalmente con essa, e ne ha dei figli che tutti sanno essere suoi; muore senza averli riconosciuti o li abbandona. Non essendo ammesse le indagini sulla paternità, questa madre sventurata, questi figli, che pure non sono figli della colpa e del vizio non avranno alcun diritto verso il padre; nulla varrà per loro la costante convivenza dei genitori, nulla il possesso di stato della filiazione, nulla la comune opinione degli uomini... » (*ibidem*, p. 178).

(228) V. TUZZOLINO, *Dei diritti della prole illegittima fuori del matrimonio e delle indagini sulla paternità*, in *Il Circolo giuridico*, 1881, p. 248. Cfr. anche G. RONGA, *Della condizione giuridica dei figli nati fuori dal matrimonio*, Torino, 1873, pp. 9 e ss.

(229) « ...tutte le attenzioni del legislatore sono dirette ad assicurare la tranquillità dell'essere forte, dell'uomo »; « Il padre naturale ha il dovere di provvedere ai bisogni dei suoi figliuoli; egli non ha il diritto di gettare i prodotti dei suoi amori nelle braccia amministrative della carità pubblica » (G. LOMONACO, *Il divieto delle indagini sulla paternità naturale*, in *Il Filangieri*, IX, 1, 1884, pp. 450 e 454). Variazioni retoriche sul tema della donna 'ingannata', abbandonata senza nessuna difesa al 'cinismo del seduttore' si possono leggere in A. GIACOBONE, *I diritti della donna sedotta*, Varzi, 1890; e in L. FERRIANI, *La infanticida nel Codice penale e nella vita sociale*, Milano, 1886 (in particolare a pp. 110 e ss. riguardo alle « donne oneste » e alle « donne perdute »). Si cfr., anche, F. CRISCUOLO, *La donna nella storia del diritto privato italiano*, Palermo, 1885, p. 89.

(230) E. BIANCHI, *Le indagini sulla paternità naturale*, cit., p. 165.

(231) *Ibidem*, p. 165. Il modello cui fare riferimento è quello della prassi giurisprudenziale toscana, contrapposta per il suo equilibrio alla legislazione austriaca presentata come eccessiva, come « pericolosa e sconsiderata »: « stabilisce una pratica non meno assurda del *creditor virgini parturienti* della pratica francese » (*ibidem*, p. 175). Il riferimento va al § 163 dell'ABGB per cui « si presume aver generato la prole » chi ha avuto « commercio » con la madre nel periodo compreso tra i sei e i dieci mesi anteriori alla nascita. « Nella incertezza del vero autore della prole e nella impossibilità di scoprirlo accertatamente, la legge si contenta della prova che l'infante possa essere frutto

l'onestà emergente dalla resistenza alla violenza) anche altri casi di onestà vera della donna.

Il riferimento esclusivo al ratto e allo stupro violento come sole eccezioni al divieto rappresenta il simbolo di un collegamento del diritto civile al diritto penale che è ancora avvertito come necessario, ma che ora si presenta ingiusto per la severità che impone anche nell'ambito civilistico. Posto lì a tutelare la moralità della donna, ad ammonirla di continuo riguardo alle rigorose conseguenze giuridiche attribuite al 'consenso prestato al suo disonore', l'applicazione netta delle certezze del diritto penale nel diritto civile impone un concetto ristretto di onestà della donna che appare vessatorio nella ricostruzione delle tutele: è generalizzazione rigida (e solo per questo 'illogica') di una disonestà femminile che non sempre appare così evidente e di cui a volte si può ancora dubitare. Le eccezioni al divieto fondate su un richiamo all'onestà ritenuta degna di tutela dal diritto penale appaiono eccessivamente formali, ingiuste: il tentativo di affermare una tutela ispirata ad un sistema meno rigido propone pertanto percorsi interpretativi volti a indicare nel diritto civile un'onestà più ampia, la possibilità di leggere ancora la volontà femminile senza fissarla preventivamente in regole assolute. Il sistema più ovvio che si presenta al giurista per fondare una tutela è quello di sempre: proclamare l'onestà vera della donna, negare la veridicità del suo consenso, affermandola sedotta.

Sullo sfondo si delinea, sia nei fautori delle severità della legge che nei suoi oppositori, la difficoltà di fondare un diritto delle persone fuori dal quadro delle rappresentazioni penalistiche d'antico regime; l'esigenza di rintracciare comunque un'incontaminata onestà femminile cui ancorare la definizione del diritto.

5.2. *Silenzi della legge e certezze legali: l'equilibrio delle 'sanzioni' civilistiche*

Il venire meno delle sanzioni penali per l'illiceità delle relazioni sessuali fuori dal matrimonio spinge dunque a negare ogni forma di

dell'indicato concubito » (così J. WINIWARTER, *Il diritto civile universale austriaco*, Venezia, 1845², al § 163, p. 475). Cfr. anche, J.X. NIPPELL, *Commento sul Codice civile generale austriaco con speciale riguardo alla pratica*, Pavia, 1838, II, al § 163, pp 247 e ss.

protezione giuridica alla donna (non tutelata più dal diritto penale): il diritto moderno, attento alla volontà libera dei soggetti, non intende del resto accordare il matrimonio come protezione, risarcire vaghi danni da seduzione, ricercare forzatamente la paternità o accordare gli alimenti nei casi privi di certezze assolute. Tutte le protezioni civilistiche collegate nella mentalità di antico regime alla donna onesta (presunta onesta) entrano in crisi nel momento in cui il fondamento penalistico di quelle protezioni viene meno, nel momento in cui la scelta della depenalizzazione nega il filtro delle presunzioni e generalizza un richiamo al libero consenso che è percepito come dichiarazione legislativa di una colpa indegna di protezione.

La lettura dei civilisti è stretta tra la configurazione di una tutela giuridica oggettivamente accordata ad un fatto, ad una 'verità', e il riferimento ad una ricostruzione che si vuole tutta legata alla volontà delle persone. Non a caso nelle interpretazioni dei giuristi la disciplina della filiazione naturale si pone nel corso dell'Ottocento come contraddittoria confluenza tra accertamento di una realtà di cui i singoli responsabili devono necessariamente farsi carico e scelta di libertà, espressione di una volontà che istituisce il rapporto e che 'crea' quella realtà.

La rappresentazione della colpa collegata in antico regime all'illiceità delle relazioni sessuali fuori dal matrimonio (quella colpa da cui derivavano sanzioni e protezioni variamente graduate) spinge verso una configurazione giuridica del riconoscimento del figlio naturale come una confessione (« il riconoscimento non è altro che la *confessione di un fatto* », « una semplice confessione di un fatto »⁽²³²⁾); il riferimento alla libertà, alla volontà libera non più sanzionata dalla legge penale enfatizza invece la rappresentazione del riconoscimento come 'costitutivo' di una realtà giuridica impossibile da accertare nei fatti.

Dietro a tale rapporto tra certezze legali e certezze di fatto (tra mistero della paternità coperto dalla natura da 'un velo impenetrabile di mistero' e certezze necessarie al giuridico) si stende più sottile

(232) F.S. BIANCHI, *Corso di Codice civile italiano*, vol. VI, 2, cit., n. 98, pp. 57 e 58 e, soprattutto, n. 125 bis, pp. 251 e ss. (ove si analizzano le critiche riguardo alla configurabilità del riconoscimento come 'confessione').

uno scontro riguardo alla rappresentazione giuridica dell'onestà della donna. L'intera sistema relativo alla filiazione risente dei contrasti tra una generalizzazione dell'immagine della donna 'astuta', 'malvagia', 'corrotta', 'disonesta' e la 'donna onesta', la 'fanciulla ingannata' cui è necessario attribuire le tutele.

La questione del divieto di ricerca di paternità è simbolo, diciamo così, tecnico della continuità del conflitto ancora ben presente nella mentalità dei giuristi riguardo alla tutela per l'onestà della donna; l'intero assetto giuridico della filiazione e della famiglia è investito però da tale contrasto. La costruzione della legge appare ispirata ad un forte senso di coerenza: si tutela ciò che è certo e si proteggono le volizioni vere, quelle fissate nella scelta istituzionale del matrimonio, quelle volute con dichiarazioni fissate in atti solenni dai singoli, quelle accertabili giudizialmente in riferimento a fatti di certa rilevanza anche per il diritto penale (lo stupro violento, il ratto). La certezza legale copre una realtà 'inconoscibile' cui il diritto cessa di fare riferimento per porre come vera la sua finzione: la presunzione di paternità nel matrimonio vince le apparenze contrastanti, la volontà di dichiararsi padre sconfigge fuori dal matrimonio il mistero della paternità. Tale scelta volta a porre come preminenti le certezze legali rispetto a quelle della natura si pone in modo costantemente disuguale nei confronti della donna. Non si tratta soltanto del riferimento — sempre posto in primo piano — alla diversa natura dei 'segni' della paternità e della maternità, quanto di un diverso uso del diritto civile come 'sanzione' nei confronti dell'uomo e della donna.

Il Codice esige forme solenni per la dichiarazione della filiazione naturale ⁽²³³⁾, ma il riconoscimento da parte della madre rientra

⁽²³³⁾ La forma del riconoscimento è l'atto autentico (richiesto dall'art. 181 del Codice civile italiano del 1865 e dall'art. 334 del Codice francese). Parte della dottrina non interpretò in modo rigido tale richiamo alla forma prevista per il riconoscimento (sia riguardo alla competenza del pubblico ufficiale che riceve l'atto; sia riguardo alla considerazione della autenticità dell'atto: particolarmente viva è la discussione relativa al riconoscimento contenuto nel testamento olografo) con l'intento di agevolare in tutti i casi la 'riparazione spontanea' ben oltre i vincoli fissati dal legislatore. Cfr., ad esempio, L. BORSARI, *Commentario del Codice civile italiano*, I, Torino-Napoli, 1871, art. 179 e ss., § 440 e ss. (pp. 676 e ss.), in particolare art. 181 (§ 446 e ss.), in cui l'Autore critica « codesti formalisti francesi » (p. 689).

nell'ordine delle cose, è 'confessione' di un fatto; quello da parte del padre, invece, è atto essenzialmente gratuito, veramente volontario e spontaneo, una spontaneità che deve essere salvaguardata e tutelata ⁽²³⁴⁾.

Il 'mistero della paternità' è, in fondo, svelato solo dalla volontà dell'uomo, prestando attenzione a non confondere carità e diritto, pericolose parole di 'donne impudenti' e certezza del diritto; l'indagine sulla maternità scaturisce invece dalle cose: « la donna — scrive Borsari — chiosando i lavori preparatori del Codice civile — porta in se stessa i segni della sua creazione... che indarno vorrebbe nascondere. È un fatto storico che si dimostra colla testimonianza irrefragabile della natura » ⁽²³⁵⁾. Certo, « la ricerca della maternità naturale disonora la madre, esponendo al pubblico la sua colpa » ⁽²³⁶⁾, ma non si può, per far tacere « lo scandalo » derivante dalle indagini, rifiutare di accertare un fatto che risulta « da segni che cadono sotto i sensi » e che forniscono « una prova di certezza » ⁽²³⁷⁾. L'enfasi riguardo alla volontaria e spontanea ammissione della filiazione vale solo nei confronti dell'uomo: la volonta-

⁽²³⁴⁾ « Se non si ha a tenere alcuna sorpresa quando la donna riconosce la sua maternità; si comprende invece benissimo come *un uomo accecato da passione, e sotto l'ascendente di una donna senza scrupoli*, possa indursi a riconoscere come proprio un figlio al cui concepimento egli è rimasto affatto estraneo »; « il riconoscimento paterno, a cagione del mistero che circonda la concezione, reclama una risoluzione matura e riflessiva, un freddo apprezzamento dei fatti ». G. BAUDRY-LACANTINERIE (G. CHÉNEAUX), *Trattato teorico pratico di diritto civile*, IV, *Delle persone (Paternità e filiazione)*, cit., n. 615, p. 478.

⁽²³⁵⁾ L. BORSARI, *Commentario del Codice civile italiano*, cit., I, § 460, art. 190, p. 717. L'articolo 190 del c.c. del 1865 ammette le indagini sulla maternità « Il figlio che reclama la madre deve provare d'essere identicamente quel medesimo da lei partorito. Non è però ammessa la prova per testimoni se non quando vi sia già un principio di prova per iscritto, o quando le presunzioni e gli indizi risultanti da fatti già certi siano abbastanza gravi per determinare l'ammissione » (l'ultimo inciso relativo alle presunzioni e agli indizi è assente nell'articolo 341 del *Code civil*).

⁽²³⁶⁾ Così Francesco Ricci che invita però a considerare non solo la severità del legislatore ma anche 'le attenzioni' prestate verso la donna, notando « quanto delicato è stato il pensiero del legislatore nel non concedere l'azione per reclamo della maternità naturale se non al figlio stesso » (*Corso teorico pratico di diritto civile*, Torino, 1886, I, 2, n. 105, p. 150).

⁽²³⁷⁾ G. DELVITTO, *Commentario teorico-pratico del Codice civile del Regno d'Italia*, cit., art. 190, p. 733.

rietà ‘costitutiva’ del rapporto di filiazione (legata all’impossibilità di accertare con certezza il fatto) è questione che riguarda l’uomo, è ‘naturale’ condanna nei confronti della madre.

La dottrina, argomentando su tali differenti certezze, accorda un valore diverso alle ‘confessioni dell’uomo’ e alle ‘confessioni della donna’ (solo la maternità è un fatto che può essere comunque accertato, un fatto che non deve rimanere segreto); attribuisce un valore diverso alle ‘evidenze’ e alle scelte effettive ⁽²³⁸⁾.

⁽²³⁸⁾ Tutti sono certi che nel riconoscimento del figlio naturale non si possa indicare il nome del padre; si dubita invece riguardo alla possibilità (molti ritengono di debba parlare addirittura di obbligo) di indicare il nome della madre. L’obbligo non è imposto in nessun testo, ma si pensa di poter raggiungere questo risultato argomentando dal divieto di ricerca relativo alla sola paternità. La prassi si muove in direzione meno incerta e afferma che il nome della madre deve essere sempre dichiarato: molti ufficiali di stato civile rifiutano addirittura di stendere l’atto di nascita qualora non venga indicato (cfr. G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Trattato teorico pratico di diritto civile*, II, *Delle persone, Degli atti dello stato civile*, Milano, 1914, p. 100). La questione si ripropone in riferimento agli articoli 336 del *Code Civil* e 182 del Codice civile del Regno d’Italia. Il testo francese è più ambiguo: « Il riconoscimento del padre, senza la indicazione e la confessione della madre, non ha effetto che riguardo al padre » (mentre l’articolo 182: « Il riconoscimento non ha effetto che riguardo a quello dei genitori da cui fu fatto, e non dà al figlio riconosciuto alcun diritto verso l’altro genitore »). Partendo dal testo francese si argomenta: l’indicazione del padre relativa alla madre, quando è seguita da una confessione della madre in qualunque modo espressa, produce prova della filiazione materna. L’indicazione della madre da parte dell’uomo non vale dunque come ‘riconoscimento di maternità’, ma dispensa la donna che confessi la sua maternità dal compiere il riconoscimento con atto autentico. Il testo è utilizzato per confermare che la paternità è affidata solo alla volontà dell’uomo (il riconoscimento); mentre la prova della maternità può essere anche data in altro modo (indicazione del padre congiunta alla confessione della madre). Il diverso peso attribuito alle dichiarazioni del padre e a quelle della madre opera un capovolgimento delle prassi di antico regime: la filiazione fuori dal matrimonio (il cui accertamento continua ad essere considerato come implicita sanzione di una colpa) è fatta valere come un fatto solo ‘contro’ la madre. L’indicazione fornita dal padre fa scattare una presunzione che consente di ‘condannare’ la donna in riferimento ai fatti, quegli stessi fatti che non sono opponibili al padre: la ‘confessione’ della donna può infatti emergere ‘in concreto’ dalle cure prodigate, dalla ‘carità’ rivolta al figlio. « La confessione della madre — si afferma — trae la sua forza dalla indicazione fatta dal padre nell’atto del riconoscimento ». G. BAUDRY-LACANTINERIE (G. CHÉNEAUX), *Trattato teorico pratico di diritto civile*, IV *Delle persone (Paternità e filiazione)*, cit., n. 644, p. 620.

La ‘confessione dell’uomo’ e la ‘confessione della donna’ sono soppesate diversamente anche nell’ipotesi in cui il riconoscimento riveli una filiazione adulterina. Il riconoscimento può essere fatto solo nei confronti dei figli naturali ‘semplici’, non

Significativo da questo punto di vista è il frequente richiamo al possesso di stato ai soli fini dell'accertamento della maternità. Sia nel Codice francese che in quello italiano il possesso di stato (*nomen, tractatus, fama*) è richiamato come mezzo di prova della filiazione legittima; nel capo relativo ai figli naturali non se ne fa menzione⁽²³⁹⁾. Come va interpretato il silenzio della legge riguardo al possesso di stato nei confronti della filiazione naturale? La dottrina si interroga sulla possibilità di utilizzare il possesso di stato riguardo alla filiazione naturale in assenza di altri mezzi di prova e opera molteplici distinzioni, non solo utilizzando la diversa disciplina della filiazione legittima da quella naturale, ma anche richiamandosi al diverso trattamento giuridico della ricerca giudiziale della paternità e della maternità.

L'interpretazione di Demolombe⁽²⁴⁰⁾ è la più coraggiosa: il possesso di stato indica 'nella natura delle cose' una volontà perseverante di riconoscere il figlio che elimina ogni incertezza riguardo alla prova; il possesso di stato presenta una realtà che il diritto deve riconoscere senza opporre barriere formalistiche, una scelta effettiva che è nella sua intima sostanza più sicura, più certa dell'atto autentico (richiesto per il riconoscimento dei figli naturali). Richiamando una volontà che si è sedimentata nelle cose e non in un singolo atto

possono cioè essere riconosciuti i figli adulterini e gli incestuosi. In quali casi però si può stabilire che il riconoscimento si riferisca a figli adulterini o incestuosi? Nell'ipotesi in cui il figlio venga riconosciuto dal solo genitore libero non si può, ad esempio, accertare l'origine adulterina. I giuristi si interrogano se anche per la filiazione che risulti adulterina il riconoscimento possa essere mantenuto nei confronti di un solo genitore: l'ipotesi è quella del genitore libero che designi nel riconoscimento come altro genitore una persona sposata. Nel tentare di risolvere la questione la dottrina differenzia la 'confessione della donna' dalla 'confessione dell'uomo': quando è un uomo libero ad indicare nel riconoscimento una madre sposata, la sua affermazione vizia l'atto che è da considerarsi nullo (nullo è pertanto anche il riconoscimento compiuto dal padre 'libero'); quando invece è una donna libera ad attribuire la paternità ad un uomo sposato, si ritiene che l'indicazione fornita dalla donna sia del tutto inefficace, si considera come non apposta (lascia però in piedi il riconoscimento fatto dalla madre).

⁽²³⁹⁾ Art. 321 *Code civil* e art. 172 Codice civile italiano del 1865.

⁽²⁴⁰⁾ La tesi (enunciata nel 1935 nella *Revue de législation et de jurisprudence*) è poi ampiamente discussa in C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon, V, Traité de la paternité et de la filiation*, Paris, 1866³, n. 480 e ss. Si cfr. sul punto J.L. HALPÉRIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, 1996, p. 98.

formale ⁽²⁴¹⁾, il possesso di stato deve valere tanto nel caso della filiazione legittima che in quella della filiazione naturale, deve valere tanto nei confronti della madre quanto nei confronti del padre. Evidente com'è nei fatti che si sono 'svelati' da sé, evidente in una serie reiterata di volizioni, il possesso di stato non può essere occultato dal silenzio della legge, né può essere sconfitto da distinzioni formalistiche (« Il ne s'agit maintenant que du silence du Code sur la possession d'état en ce qui concerne les enfants naturels; or, je dis que ce silence est le même à l'égard du père qu'à l'égard de la mère » ⁽²⁴²⁾).

Sfortunata nella giurisprudenza, la tesi di Demolombe è fortemente criticata anche dalla dottrina: esorbita — si afferma — dai confini tracciati dal legislatore e vanifica il rigoroso divieto di ricerca della paternità ⁽²⁴³⁾. Ragionando sulla geografia delle certezze tracciate dal legislatore, la dottrina è più propensa a credere che il possesso di stato possa essere utilizzato solo nei confronti della donna, la sola cui possano essere opposti fatti più significativi del suo silenzio ⁽²⁴⁴⁾. Gli stessi fatti sono interpretati diversamente, si

⁽²⁴¹⁾ « La possession d'état est une véritable reconnaissance... Il est vrai que cette reconnaissance n'est pas consignée dans un acte; tout ce qu'il faut en conclure, c'est qu'elle est plus complète et plus décisive encore » (DEMOLOMBE, *Traité de la paternité et de la filiation*, n. 480, p. 514).

⁽²⁴²⁾ *Ibidem*, n. 480, p. 518.

⁽²⁴³⁾ La dottrina è unanime nella condanna (da Marcadé a Laurent, da Toullier ad Aubry e Rau); Demolombe replica che il testo del Codice non è affatto chiaro come si pretende, dubita delle certezze che gli vengono opposte: « L'interprète ne doit pas sans doute substituer *sa manière particulière de voir à la volonté du législateur*. Je suis, en cela, d'accord avec Marcadé, mais toutes ces généralités sur le mode d'interprétation me paraissent prouver peu. Il est incontestable que le texte est notre loi suprême ...; mais on ne niera pas non plus qu'en cas de doute, les principes généraux du droit, les considérations d'ordre public, d'équité, d'intérêt général, ne soient, pour les jurisconsultes et pour les magistrats, de puissants moyens de décisions ... ». C. DEMOLOMBE, *Traité de la paternité et de la filiation*, cit., n. 480, p. 528.

⁽²⁴⁴⁾ Cfr. J.B.V. PROUDHON, *Traité sur l'état des personnes*, Dijon, 1843³ (con integrazioni di Valette), vol. II pp. 136 e ss.; A. DURANTON, *Cours de droit civil suivant le Code français*, Bruxelles, 1842⁴, vol II, nn. 238 e 239, pp. 80 e ss. Pur operando una serie di distinzioni la dottrina italiana tende a configurare il possesso di stato come « prova di complemento » per la ricerca della maternità. Cfr., a mo' d'esempio, G. DELVITTO, *Commentario teorico-pratico del Codice civile del Regno d'Italia*, cit., I, art. 190, nota b, § 4 (« possesso di stato quanto alla madre ») p. 736.

ricollegano a diverse ‘vere volizioni’ dell’uomo e della donna. E a nulla vale opporre — come fa Demolombe — che non è il riconoscimento a ‘creare’ lo stato di figlio naturale, che il riconoscimento « ne fait évidemment que déclarer les rapports de paternité et de filiation préexistants »⁽²⁴⁵⁾; a nulla vale opporre che non è alla volontà, ma alla certezza dei fatti che si è ispirato il legislatore quando ha posto il ratto come eccezione al divieto della ricerca della paternità.

Più che a un gusto per la sacralità delle forme, l’incapacità di connettere effetti giuridici più ampi al possesso di stato pare legarsi a una mentalità che spinge la dottrina a leggere il divieto della ricerca di paternità come una sanzione posta ordinariamente a carico della donna; solo in casi eccezionali (certi anche nel diritto penale) si può far riferimento alla responsabilità del padre, solo in quei casi ‘i fatti’ saranno opponibili al padre.

L’assetto di certezze delineato dal Codice è in sostanza percepito come completamente indirizzato a sanzionare la disonestà della donna: l’attenzione del legislatore per la volontà spontanea del padre, la fissazione di certezze formali attraverso cui operare il riconoscimento, l’esclusione di presunzioni, sono per il giurista scelte precise, chiare rispetto al modello di antico regime. Le protezioni incerte per l’onestà sono cadute, l’assetto antico si è sgretolato per proteggere la ‘volontà libera’ dei soggetti; i ‘privilegi del passato’ sono stati negati dal legislatore: è impossibile pertanto richiamare attraverso ‘interpretazioni sentimentali’ i fatti senza considerarli attraverso il filtro imposto dal legislatore, non si possono fondare diritti in riferimento a volizioni presunte (anche se costanti, anche se evidenti nelle cose stesse, com’è accade per il possesso di stato).

Contrapponendo le ‘certezze legali’ e le ‘certezze di fatto’, il discorso civilistico nega e, nello stesso tempo, ripropone di continuo un colloquio fittissimo con il diritto penale: interpreta le scelte della legge alla luce delle dispute che dividevano i penalisti di antico regime, guarda alla perdita delle protezioni civilistiche e alla residue

(245) C. DEMOLOMBE, *Traité de la paternité et de la filiation*, cit., n. 515, p. 576.

protezioni come strumento di accertamento non di una volontà libera ma, solo di una volontà onesta evidente.

Non a caso, del resto, l'aspetto innovativo sempre segnalato rispetto all'impianto di antico regime è soprattutto quello della 'severità' contro le presunzioni benevole che si lega alla necessità di leggere in modo appropriato fatti segnati diversamente dalla natura, fatti la cui intrinseca immoralità appare 'evidente' solo nei confronti della donna. Non è più possibile presumere giuridicamente l'onestà della donna, il diritto è indifferente alle volizioni immorali ed è attento solo a fatti concreti; ma quei fatti non opponibili al padre possono essere 'naturalmente' opposte alla madre, alla donna che 'ha ceduto' fuori dal matrimonio. Il giurista che fissa una barriera tra la natura delle cose e le certezze legali, che accorda un formalistico valore alle scelte della volontà libera e spontanea dei singoli, è nello stesso tempo sospinto a far gravare l'accertamento dell'intrinseca immoralità del fatto solo sulla donna (rispetto a cui esistono certezze 'naturali'), è spinto a soppesare diversamente i fatti, a leggere diversamente le volizioni dei singoli anche quando queste siano egualmente 'evidenti'.

Il divieto di ricerca della paternità diviene così l'appiglio formale per delineare in modo severo l'intero assetto delle protezioni collegate in antico regime all'onestà presunta della donna. Il principio della 'indivisibilità della paternità' è utilizzato per negare anche gli alimenti: solo la scelta libera e spontanea della paternità — si afferma — implica il riconoscimento di un diritto agli alimenti e di diritti successori; non si può — si aggiunge — dividere la paternità per isolare solo un frammento di carità (l'attribuzione di 'un tozzo di pane'), negando la completezza del diritto (« la paternité est indivisible, un homme ne pouvant être père pour un cas et ne pas l'être pour un autre »⁽²⁴⁶⁾). Non si può essere padri al solo limitato fine della carità, della beneficenza, come accadeva in antico regime. Il diniego della ricerca deve pertanto essere netto, pieno, non si può procedere ad uno 'smembramento' della paternità sia pure al solo nobile fine d'accordare gli alimenti.

⁽²⁴⁶⁾ È il noto testo della Cassazione civile, 3 ventose an 11, che collega in modo netto il divieto di ricerca della paternità e la negazione degli alimenti. Cfr. LOISEAU, *Traité des enfants naturels*, cit., p. 568.

I contrasti presenti nella dottrina italiana riguardo all'interpretazione dell'articolo 193 del Codice civile (che prevedeva in alcune ipotesi tassative la possibilità d'ottenere gli alimenti quando il riconoscimento fosse vietato, riguardo cioè alla filiazione adulterina e incestuosa) ⁽²⁴⁷⁾ ripropone la stessa questione. La dottrina discute sull'applicabilità di tale articolo anche nei confronti della filiazione naturale: di fronte al figlio naturale la paternità o esiste ed è piena — si afferma — oppure non può essere ammessa parzialmente neppure a soli fini alimentari; il diritto agli alimenti viene fatto valere in ipotesi particolari nei soli confronti dei figli adulterini e incestuosi che sono i soli che non possono beneficiare del riconoscimento e non possono pertanto accedere alla pienezza del diritto.

L'argomentazione è fondata sulla stessa coerenza dogmatica che muove l'abbattimento delle tutele di antico regime di fronte alla considerazione della volontà dei singoli. Chi può ottenere il riconoscimento (libero e spontaneo) non può ricorrere a mezzi indiretti per ottenere gli alimenti (« se il genitore non ha fatto il riconoscimento, quando eragli permesso farlo, è perché non ha voluto; si rispetti il suo silenzio ha detto la legge » ⁽²⁴⁸⁾) Il risultato, non paradossale ma coerente, è quello per cui la situazione del figlio naturale non riconosciuto è meno garantita di quella del figlio adulterino o incestuoso.

Di fronte a tanta coerenza dogmatica la maggioranza della dottrina italiana si ritrae: non si può negare — si afferma — in modo così perentorio il diritto agli alimenti fondato sulla « legge di natura », radicato nei « principii di diritto comune » (« il solo silenzio

⁽²⁴⁷⁾ Art. 193: « Nei casi in cui il riconoscimento è vietato, il figlio non è mai ammesso a fare indagini sulla paternità né sulla maternità. Tuttavia il figlio naturale avrà sempre azione per ottenere alimenti: 1. Se la paternità o la maternità risulti indirettamente da sentenza civile o penale; 2. Se la paternità o maternità dipenda da matrimonio poi dichiarato nullo; 3. Se la paternità o la maternità risulti da esplicita dichiarazione per iscritto dei genitori ».

⁽²⁴⁸⁾ Così in un'allegazione presentata dinanzi alla Cassazione di Napoli per affermare la non applicabilità dell'art. 193 ai figli naturali riconoscibili (cit. in G. LOMONACO, *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 83). Ma si cfr., ancora E. COSÌ, *Degli alimenti per riconoscimento imperfetto verso i figli naturali riconoscibili*, in *Il Filangieri*, 1884, p. 97 e ss., che invita i giudici « a tenersi bene in guardia contro le facili insidie della commiserazione e della equità » (p. 109).

della legge non esaurisce punto la questione di cui si tratta ») ⁽²⁴⁹⁾; non si può legare alla libera volizione del padre anche il diritto agli alimenti, introducendo così un'incomprensibile 'privilegio' a favore dei figli adulterini e incestuosi rispetto a cui, obbedendo alle leggi della carità, tale diritto non viene negato.

La tesi volta a ritenere applicabile l'articolo 193 nei confronti dei figli naturali non riconosciuti diviene particolarmente rilevante nel momento in cui si affianca alla giurisprudenza volta ad accordare alla donna un risarcimento del danno per seduzione: quando dalla sentenza viene indirettamente dichiarato l'autore della gravidanza, il figlio naturale ottiene un'azione per alimenti ⁽²⁵⁰⁾. Il modo di procedere della giurisprudenza è significativo: si afferma, nonostante il divieto della ricerca della paternità, il risarcimento del danno nei confronti della donna in base al principio della responsabilità per colpa (« la seduzione di femmina nubile e casta costituis[ce], anche se spoglia della brutale violenza, un delitto civile... trattasi di un fatto evidentemente illecito, dannoso, nocivo »); si passa poi, prestando più attenzione alla 'sostanza' che alla 'forma' (« è la sostanza non la nuda forma che dà senso alle cose »), ad attribuire gli alimenti richiesti per il figlio naturale applicando l'articolo 193 ⁽²⁵¹⁾.

⁽²⁴⁹⁾ « ...qualunque sia stata l'unione, la paternità impone alla legge di natura l'obbligazione di prestare gli alimenti: e la legge di natura è la fonte primaria dei principii del diritto comune, i quali prevalgono sempre sopra tutte le ambiguità, sopra tutti i dubbi emergenti dalle leggi di carattere positivo e di redazione imperfette: per annullare civilmente un precetto sì categorico e sacro della legge di natura ci vorrebbe una legge, espressa direttamente in senso contrario e indubitabile: legge che non esiste » (E. PACIFICI-MAZZONI, *Codice civile commentato con la Legge romana, le sentenze dei Dottori e la giurisprudenza, Trattato delle successioni*, Vol. I, Firenze, 1876², n. 199, p. 426 e 427). Cfr. anche M. PESCATORE, *Filosofia e dottrine giuridiche*, Torino, 1874, pp. 187 e ss.; E. CABERLOTTO, *Alimenti*, in *Il Digesto italiano*, II, 2, pp. 347 e ss.

⁽²⁵⁰⁾ « Così la giurisprudenza nostra, avvicinandosi in fatto al diritto comune e alla legislazione di tipo tedesco, germanica austriaca e svizzera, è venuta ad ammettere per via indiretta, una vera azione di ricerca della paternità, in caso di seduzione, per iscopo di alimenti » (B. DUST, *Confronto del Codice civile italiano con quello francese di tema di filiazione*, cit., p. 816).

⁽²⁵¹⁾ « L'art. 193 del Codice civile non fa distinzione tra essi [i figli naturali riconoscibili] e quelli il cui riconoscimento è vietato; quindi è applicabile non tanto per la letterale compagine dell'articolo, quanto per motivi di ragione e di moralità a tutti indistintamente i figli nati fuori dal matrimonio, ribellandosi anche il comune buon senso

La giurisprudenza, dunque, stempera il rigore del Codice e accorda gli alimenti ricorrendo alla seduzione che è utilizzata per ricucire un nesso tra diritto civile e dignità della tutela radicata in immagini penalistiche: la seduzione propone una rappresentazione di una donna onesta più ampia di quella fissata dal Codice penale, la seduzione ‘anche se spoglia dalla brutale violenza’ riafferma un’onestà degna di protezioni civilistiche.

Un meccanismo simile continua ad essere ben presente nelle decisioni attinenti alla ‘promessa di matrimonio’, anche in queste infatti il richiamo alla seduzione è implicitamente utilizzato di fronte al silenzio (e, nel caso italiano, di fronte alla lettera della legge) per riproporre un’immagine della donna degna di una tutela che è quella tratteggiata nelle protezioni di antico regime.

Il *Code civil* non parla di promessa di matrimonio; e la dottrina si interroga sul valore da accordare a quel silenzio: se il legislatore tace, si afferma, rimangono comunque operanti i princìpi di ragione (individuati guardando la prassi antecedente) per cui il rifiuto di contrarre il matrimonio è biasimevole quanto quello di contrarre altre obbligazioni e, pertanto, produce responsabilità per l’inadempimento⁽²⁵²⁾; c’è chi vede invece nel silenzio della legge solo un assoluto rispetto per la libertà di contrarre matrimonio e nega che anche indirettamente si possano porre coazioni verso la libera volontà dei singoli.

Il Codice civile italiano del 1865 dedica due articoli alla questione, stabilendo che ‘la promessa scambievole di futuro matrimonio non produce obbligazione legale di contrarlo’ (art. 53) e che ‘il promettente’, il quale ricusi di eseguire senza giusto motivo la promessa fatta con determinate forme, è obbligato a risarcire l’altra parte per le spese fatte per causa della promessa di matrimonio (art. 54). La dottrina non ritiene, però, che sia del tutto esclusa la possibilità di far riferimento al danno derivante dalla promessa di

a ritenere che i figli semplicemente naturali fino a che non sono riconosciuti debbano essere in una condizione peggiore dei figli adulterini ed incestuosi». Così *Corte d'Appello di Trani*, 19 maggio 1893, in *Giurisprudenza italiana*, 1893, I, 2 (con nota di A. Cautela) cc. 348 e ss. (le citazioni sono tratte dalle cc. 350 e 358).

⁽²⁵²⁾ Cfr. C.B.M. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, Bruxelles, 1837, III, nn. 293 e ss. (pp. 339 e ss.), ma in particolare n. 300 (p. 344).

matrimonio: rifiutata la responsabilità contrattuale, si sostiene con forza la responsabilità per danno extracontrattuale che viene prospettata come una sorta di riparazione sussidiaria per colmare il vuoto di tutele per la donna apertesi a seguito del riferimento assoluto alla volontà libera ⁽²⁵³⁾. La seduzione è legata alla promessa di matrimonio e ciò consente alla giurisprudenza e alla dottrina di configurare nella donna « il difetto di libera volontà », consente l'attribuzione di una tutela (percepita come sussidiaria rispetto al matrimonio) a fronte del rigore della legge che fa riferimento, in determinate condizioni, solo alla spese.

La legge — si argomenta — attribuisce limitati effetti alla promessa considerandola in sé: nega che la promessa possa costringere al matrimonio, nega « l'efficacia sussidiaria del risarcimento » valutandolo come strumento indiretto di coazione. Tutto ciò, però, si riferisce alla promessa di matrimonio 'pura', quella cioè in cui l'inadempimento « lascia integra, di regola, l'onoratezza della donna »; diversa è invece l'ipotesi in cui « la promessa siasi sfruttata come perfida arte di inganno », diverso è pertanto l'obbligo fissato nell'articolo 54 e quello riferibile alla promessa di matrimonio percepita come strumento di seduzione ⁽²⁵⁴⁾.

In base a tale ricostruzione la giurisprudenza utilizza ampiamente 'il difetto della volontà libera' della donna, ottenuto come sempre richiamando la seduzione, per ridisegnare in modo meno rigido le regole del Codice; e anche in questo caso per imporre la tutela si torna a disegnare la 'vera vittima', a far riferimento ad un modello femminile che è diverso da quello imposto dal legislatore considerando in modo 'neutro' la promessa: « la promessa di matrimonio... è da considerarsi come un artificio doloso ed ingannevole maneggio del seduttore adoperato per attirare alle sue voglie insane la donna, vittima delle turpi arti sue... »; il seduttore « con lusinghieri allettamenti e bugiarde promesse di matrimonio vince la

⁽²⁵³⁾ Cfr. la sintesi riguardo alle novità introdotte rispetto alle 'legislazioni antiche' dagli articoli 53 e 54 in, L. BORSARI, *Commentario del Codice civile italiano*, I, §§ 195 e ss. (pp. 282 e ss.).

⁽²⁵⁴⁾ C. FADDA, *Il risarcimento dei danni alla donna sedotta*, in *La legge*, 1893, I, pp. 609 e 610.

naturale ritrosia e l'onesto pudore della donna, e le rapisce quanto le è di più caro al mondo, l'onore » (255).

5.3. « *Contrari affetti* »: *il disagio degli interpreti*

Il richiamo alla seduzione, l'immagine di un « onesto pudore » della donna è dunque utilizzato dalla giurisprudenza per riscattare la donna dalle 'ordinarie sanzioni' che il Codice ha imposto per negare gli 'abusi di antico regime'; l'onestà della donna affiora 'contro' il suo libero consenso per riproporre nel diritto civile tutele capaci d'attenuare (in continuità con le rappresentazioni di antico regime) la severità del Codice. Tali 'contrastanti affetti', tali contrastanti valutazioni della volontà e dell'onestà della donne sottesi al discorso dei giuristi creano un diffuso disagio interpretativo.

Luigi Borsari nell'affrontare il tema della filiazione mostra imbarazzo: buon conoscitore della dottrina del tardo diritto comune, stenta ad accettare appieno la logica sottesa alle scelte del legislatore francese e di quello italiano, appare disorientato pur dicendosi pronto ad affermare la preminenza del dettato della legge.

Il quadro tracciato dal Codice del 1865 (di cui si citano ampiamente i lavori preparatori) è accettato senza molta convinzione. Scrive Borsari: « Quando è costretta di occuparsi della filiazione naturale [la legge] sembra combattuta da contrari affetti », manifesta una « specie di ondulazione e di quasi peritanza ». In realtà, ad essere combattuto tra contrari affetti è l'interprete, stretto tra il riferimento ad una centralità della volizione (libera e spontanea) del riconoscimento paterno e la 'verità che si rivela da sé', tra 'certezze legali' e ricerca di 'certezze di fatto', 'verità naturale' che il diritto è chiamato semplicemente a riconoscere: « mentre si favorisce il riconoscimento paterno, non si vuole nemmeno ostare allo sviluppo naturale o provvidenziale della verità, e se la paternità viene a rivelarsi, per così dire da sé, non si rifiuta alcuna delle sue conseguenze » (256). La questione è meno semplice di quanto il giurista di

(255) *Corte di Cassazione di Napoli*, 6 febbraio 1905, in *Il Foro italiano*, 1905, I, c. 607; sul punto cfr. F. COPPOLA, *Promessa di matrimonio e Sponsali*, in *Digesto italiano*, XIX, 2, 1913 (la voce è datata 1909) p. 610.

(256) L. BORSARI, *Commentario del Codice civile italiano*, cit., I, § 456, p. 709.

Ferrara non lasci intendere, coinvolge infatti il tema cruciale dei rapporti tra le certezze riconosciute nel diritto penale e quelle fissate nel diritto civile, riguarda la ricerca di nuove relazioni tra tutele di stampo penalistico e tutele civilistiche.

Quello che l'interprete abituato al fondamento delle protezioni di diritto comune stenta ad inquadrare sono proprio i nuovi nessi posti tra le tutele di diritto civile ed il diritto penale, il rapporto tra 'la verità' presente nelle classificazioni penalistiche riguardo all'illiceità delle relazioni sessuali fuori dal matrimonio e 'le verità' da ricercare nel diritto civile. Il punto d'incontro è dato dalle eccezioni al divieto della ricerca della paternità, eccezioni fissate solo nel caso di ratto e di stupro violento. Qui il diritto civile si rifà ancora direttamente alle scelte del diritto penale per 'sanzionare' il padre, per attribuire un rimedio alla donna e al figlio. Riconoscendo la possibilità di ricercare la paternità nel caso del ratto e dello stupro violento, il legislatore ha legato tutele civili a « codesta unione disordinata e violenta » in modo chiaro, conformandosi alle certezze del diritto penale e facendo scaturire la paternità come sanzione a carico dell'uomo 'evidentemente' colpevole e come protezione per la sua vittima. Nel caso del ratto e dello stupro violento sorge « una presunzione di paternità »: « l'azione dello stupratore violento sulla donna, vittima della sua irruzione, è palese; e la prova materiale è ... evidente » (257).

Ma può il diritto civile arrestarsi nell'attribuzione delle sue tutele alla mera riproduzione delle certezze (palesi, materiali, evidenti) fissate dal diritto penale? Si può nel diritto civile rifiutare di valutare la 'paternità che si mostra da sé' anche in altri casi, di fronte a « fatti determinanti » che « se non possono sempre qualificarsi come reati, né come tali sono punibili, contengono un'azione biasimevole » (258)?

Le certezze del diritto civile non possono più essere pienamente assimilate a quelle del diritto penale, si stenta però ad individuare un modello ricostruttivo in grado di sostituire le convinzioni antecedenti. Non si può — scrive Borsari, riprendendo Demolombe — delineare la dichiarazione di paternità come una pena, ma occorre

(257) *Ibidem*, § 457, p. 710.

(258) *Ibidem*, § 456, p. 710.

riguardarla come conseguenza di un fatto. E nella individuazione del fatto appare sempre più difficile arrestarsi alle 'evidenze' del diritto penale.

La nozione di ratto fissata nell'art. 189 del Codice non potrà essere quella 'ristretta' del diritto penale: « sono ... convinto che il concetto del Codice civile oltrepassa quello del Codice penale (...) a punire si vogliono atti delittuosi; ma noi non veniamo pesando il momento e il grado della colpa, ma piuttosto affissando lo sguardo nell'effetto... » (259). La configurazione più ampia del diritto civile permette di proporre una protezione anche di fronte a situazioni non più tutelate dal diritto penale; nel diritto civile ci sarà ratto « anche in una fuga concertata, e ciò perché la seduzione della donna, o la principal colpa che voglia dirsi, si presume da parte dell'uomo che la seduce e la trae con sé; che mette i propri mezzi a disposizione di un'impresa sì poco onesta, e per soddisfare alla passione sua propria, guida la donna debole e leggiera a perdersi nel suo disonore » (260).

A guidare l'estensione delle eccezioni e a giustificare la presa di distanza del diritto civile dalle definizioni del diritto penale è l'incapacità di accettare una negazione così decisa delle protezioni fissate in antico regime per la donna 'debole e leggiera', per la donna (sedotta) la cui volontà non appare veramente deviante, disonesta. Il civilista ricerca i suoi confini dell'onestà femminile da porre come fondamento della tutela rifiutando l'espulsione netta delle interpretazioni 'antiche' della volontà della donna realizzata dal diritto penale.

La rilevanza del fatto è però difficile da opporre alle scelte del Codice quando queste si mostrano nette. Borsari è affascinato dagli argomenti di Demolombe riguardo al possesso di stato, dalla sua « sentimentale eloquenza » e dalla capacità della sua teoria di far

(259) *Ibidem*, § 456, p. 709.

(260) *Ibidem*, § 456, p. 710. Il richiamo esplicito dell'art. 189 allo stupro « violento » rende difficile applicare lo stesso discorso nei confronti dello « stupro semplice o consensuale ». Borsari giustifica il sistema sostenendo che « la differenza sta nell'ordine delle prove »: il « ratto di seduzione » realizza comunque una « pubblicità », mentre « lo stupro di consenso, consumato in qualche andito semi-oscuro, senza rumore, ... è il segreto, è l'ignoto che la legge non permette di investigare » (*ibidem*, § 457, p. 711).

riferimento ad una prova ‘scritta nelle cose’ da affiancare all’atto formale del riconoscimento, ma si rifiuta di seguirlo sino ad accettare il riferimento al possesso di stato per l’accertamento della filiazione naturale: « l’interprete non può sostituire alla legge imperante le idee sue proprie fossero anche migliori »; e « la legge si presenta assoluta e precisa » nella sua ‘condanna al silenzio’ ⁽²⁶¹⁾.

La mitigazione della negazione delle tutele può dunque essere raggiunta solo nei punti in cui la legge non si presenta ‘assoluta e precisa’, solo lì l’interprete potrà sforzarsi di elasticizzare la protezione accordata dal legislatore. In quegli spazi l’operazione si realizza immancabilmente evocando i modelli presuntivi di consenso onesto della donna, rintracciando un’immagine della vittima onesta degna di tutela che è più ampia di quella fissata nel diritto penale (di quella voluta dal legislatore).

La giurisprudenza (lo vedremo meglio nel prossimo capitolo) ripropone lo stesso disagio: considera il concetto ristretto di onestà fissato nei Codici come una sanzione nei confronti della donna e si sforza di accordare protezioni più ampie facendo riferimento alla seduzione. L’onestà degna di protezione non è solo quella ‘evidente’ racchiusa nella resistenza alla violenza vera. Se il diritto penale deve arrestarsi a constatare la sola volontà onesta della donna ritenuta ‘evidente’ dal legislatore (quella presente nella resistenza alla violenza vera, reale, effettiva) il diritto civile può valutare in maniera più ampia le responsabilità dei singoli, può leggere ancora la volontà della donna fuori dalle strettoie del principio di legalità.

L’indirizzo, come vedremo, è nella seconda metà dell’Ottocento largamente prevalente in Francia e in Italia e avrà fortune di lunghissimo periodo. Giova richiamare qui invece una sentenza della Corte di Cassazione di Palermo che si oppone a tale elasticizzazione della tutela, le ragioni del rifiuto, la scelta di un’applicazione ‘ristretta e severa’ della tutela civilistica, si fondano infatti proprio sull’esigenza di affermare una lettura unitaria nel diritto penale e nel diritto civile, sull’impossibilità di evocare in un solo ambito disciplinare

⁽²⁶¹⁾ « Togliete l’atto di riconoscimento, voi urtate di botto nel divieto dell’art. 189, e siete condannato al silenzio. Il possesso di stato è un *riconoscimento*! Secondo la legge, no » (*ibidem*, § 459, p. 715).

l'immagine della donna onesta negata 'per sempre' dal legislatore tra Sette e Ottocento.

Tanto nel diritto penale quanto nel diritto civile occorre porre una 'comune sanzione', una comune negazione di tutele nei casi in cui non si è in presenza di un'onestà 'vera' della donna: una donna maggiorenne « che non ha rinunciato alla legge del natio pudore che si ha caro quanto la vita » non può — scrivono i giudici di Palermo — essere vittima di seduzione, non deve cedere al « pervertimento della mente e del cuore »⁽²⁶²⁾; la donna cede alla seduzione perché è disposta a cedere, perché è in colpa, una colpa che non può essere compensata invocando quella del seduttore⁽²⁶³⁾. E dunque: si potrà rintracciare nelle « leggi civili una riparazione alla fanciulla » solo quando « le leggi penali puniscono »; « se il delitto sparisce per non essere imputabile, l'azione del danno è parimenti sfumata »⁽²⁶⁴⁾.

Non è il caso di valutare in questo momento la tenuta tecnica di tale ricostruzione⁽²⁶⁵⁾, quello che mi preme richiamare invece è la rappresentazione dell'immoralità della donna posta a esplicito sostegno della decisione e presentata come necessaria conseguenza della scelta severa contenuta nella depenalizzazione, « in omaggio alla pubblica morale », per « la pace e la sicurezza delle famiglie », per la salvaguardia della « proprietà dagli improvvidi attacchi »: « giova non dimenticare i responsi della patria legislazione in materia cotanto delicata. Un giorno, qualunque donna licenziosa, sotto il pretesto di essere stata condannata dietro la promessa di matrimonio, autenticata dalla nascita di una prole illegittima, attentava all'altrui libertà o all'altrui patrimonio. Ma Carlo di Borbone ordinò che la donna non fosse ammessa a fare querimonia, senza prima costituirsi in carcere, e poscia nel 1779 Re Ferdinando proibì ogni

(262) *Corte di Cassazione di Palermo*, 27 luglio 1889, in *Il Foro italiano*, 1890, 1, c. 305.

(263) « Or chi può mai affermare da senno che ... non vi sia colpa da parte della donna, o che tale colpa sia attenuata compensata in tutto o in parte, sol perché si accampi una seduzione inconcepibile? ... Non vi è prevalenza del diritto violato allorché un danno si risente dal fatto proprio e dall'opera del complice » (*ibidem*, c. 305).

(264) *Ibidem*, c. 306.

(265) Per una vivace sintesi delle critiche mosse a tale sentenza (« vorremmo che sparisse dagli annali della patria giurisprudenza »), si cfr. G. CESAREO CONSOLO, *Trattato del risarcimento del danno in materia di delitti e quasi delitti*, Torino, 1914², p. 261.

causa di stupro senza un'aperta violenza » (266). La scelta per la depenalizzazione è dunque ancora (così come nella seconda metà del Settecento) aperta condanna della disonestà femminile, negazione di ogni 'benevolenza'; di fronte a tale condanna del silenzio, il diritto civile non può rimanere indifferente, continuando ad evocare distinzioni vaghe e fragili presunzioni.

Il diritto civile stenta, dunque, ad individuare l'immagine della 'vera vittima' da porre a fondamento delle sue tutele: alcuni, come la Cassazione di Palermo, propongono un vincolo strettissimo con le scelte del diritto penale (solo quando si è in presenza di una legge penale, si può far riferimento ad una donna dalle volizioni degne di tutela); altri, come Borsari, indicano la via di un distacco dal diritto penale, di un diverso concetto di onestà (il diritto civile può tutelare ancora l'onestà 'vera' della donna anche quando il diritto penale tace). Su tutti, in negativo o in positivo, grava l'ombra dei dibattiti di antico regime.

5.4. « *Certezza legale* » e « *presunzione di immoralità della donna* »

La questione sottesa alle dispute tecniche dei civilisti resta dunque principalmente quella di affermare nella lettura della volontà della donna un raccordo tra tutele giuridiche ed onestà; quella dell'individuazione di una vittima dalle volizioni 'veramente' oneste. L'affermazione nel diritto civile delle 'certezze penalistiche' (la tutela per la sola onestà evidente dopo la depenalizzazione) delimita il dibattito, il rifiuto di quelle sole certezze ripropone in maniera aperta i percorsi di antico regime volti a ricercare un'onestà occultata dietro le ingannevoli apparenze. Le dispute si succedono proponendo una piatta opposizione di 'presunzioni di onestà' e di 'presunzioni di immoralità' della donna.

Riguardo al divieto della ricerca della paternità, i civilisti che scorgono come ingiusto il dettato della legge e tentano d'affievolirne le rigorose conseguenze, evocano la 'vera vittima', la donna dalle volizioni oneste, l'immagine cara al 'sogno' dei penalisti di antico

(266) *Corte di Cassazione di Palermo*, 27 luglio 1889, cit., c. 306.

regime e chiedono di proteggere col diritto civile la donna onesta da 'azioni biasimevoli' anche quando queste non siano reati; coloro che si oppongono affermano che il 'sogno' negato dal diritto penale, attento oramai solo alla visibilità della violenza vera reale effettiva, non può essere riproposto come incongruo fondamento della tutela civilistica.

I diversi progetti di legge che si susseguono per negare il rigore del divieto di ricerca della paternità evocano soprattutto il pudore, la seria condotta, l'onestà della donna per introdurre ulteriori eccezioni da affiancare a quella del ratto e dello stupro violento. Sino al Progetto del primo libro presentato dalla Commissione reale per la riforma dei Codici civili nel 1930 si evoca la seduzione, la seduzione con promessa di matrimonio e si esigono segni, meno evidenti forse di quelli così 'visibili' posti dal diritto penale, ma comunque sufficiente per stabilire che la donna non ha veramente consentito al suo disonore ed è pertanto meritevole di tutela ⁽²⁶⁷⁾.

(267) Dopo un prima proposta di Morelli del 1875 (che richiedeva la semplice abrogazione del divieto), in tal senso si muovono, ad esempio, il progetto Gianturco del 1891, che fa riferimento al « possesso di stato » e alla « seduzione, preceduta da promessa di matrimonio, quando il tempo della seduzione risponde a quello del concepimento, e la donna abbia sino allora serbato seria condotta » (cfr. E. GIANTURCO, *Sulla condizione giuridica dei figli naturale e delle donne sedotte*, e *Le indagini sulla paternità*, 1893, in *Id*, *Opere complete*, I, Roma, 1947, pp. 200 e ss.); la proposta avanzata dalla Commissione per la riforma del diritto privato istituita nel 1906 dal Ministro di Grazia e Giustizia (Gallo) in cui si parla di « seduzione preceduta da promessa di matrimonio, o compiuta con artifici o raggiri » (cfr. B. DUSI, *Sul disegno di legge circa le indagini della paternità naturale*, in *Rivista di diritto civile*, I, 1909, pp. 33 e ss.); il progetto Scialoja del 1910 (cfr. P. DEL GIUDICE, *Le indagini sulla paternità e il progetto Scialoja*, in *Rivista di diritto civile*, 1911, pp. 71 e ss. in particolare pp. 79 e 83); e, infine, il Progetto del primo libro presentato dalla Commissione reale per la riforma dei Codici civili nel 1930, nel quale (all'art. 299) si richiama la seduzione preceduta da promessa di matrimonio risultante da prova scritta, o compiuta con artifici o raggiri idonei a trarre in inganno. Nel testo definitivo del I libro del Codice civile non ci sarà alcun riferimento alla seduzione, si confrontino le ragioni addotte in (Ministero di Grazia e Giustizia), *Codice civile, Libro primo. Progetto definitivo e relazione del Guardasigilli on. Solmi*, Roma, 1937, Relazione, n. 277, p. 104. Per una sintesi sulla questione, cfr. G. AZZARITI, *Ricerca della paternità*, in *Nuovo Digesto italiano*, IX, 1939, pp. 529 e ss.; *Id*, *Dichiarazione giudiziale della paternità*, in *Novissimo Digesto italiano*, XII, 1965, pp. 559 e ss. Riguardo ai dibattiti successivi relativi all'opportunità o meno

Nei dibattiti che seguono alla presentazione del Progetto del primo libro del Codice una sintesi efficace delle convinzioni diffuse nella dottrina ottocentesca ci è offerta con schietta sincerità ‘dogmatica’ da Giovanni Brunetti ⁽²⁶⁸⁾ intento a respingere le critiche mosse al Progetto da ‘intemperanti giovani’ ⁽²⁶⁹⁾.

La filiazione naturale — spiega Brunetti — è « un controsenso legale », « un controsenso giuridico ». La natura rende impossibile la prova della paternità; e lo Stato (« non trovando codesto rapporto scoperto dalla natura ») non può far altro che determinarlo con la sua legge, fissando delle ‘sue’ certezze: la presunzione di paternità nel matrimonio non è infatti constatazione di un fatto, ma « dispo-

di far riferimento alla seduzione per consentire l’accertamento giudiziale della paternità cfr. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1952 (in particolare l’intervento di A. TRABUCCHI, *Filiazione legittima e illegittima*, pp. 931 e ss.). Le argomentazioni volte a delimitare il riferimento alla seduzione si ispirano alla ‘certezza’: per alcuni essa può essere ottenuta, così come fece il legislatore francese del 1912, esigendo la prova scritta della promessa di matrimonio (‘quando la donna si dà senza che le siano state promesse le giuste nozze... — si afferma — il più delle volte è seduttrice’); per altri il diritto non può ipocritamente porre una sbarra davanti alle porte dopo averle aperte e negare per requisiti di forma i diritti che accorda in astratto (le pagine più significative sulla questione sono quelle di Capitant che critica il requisito della forma scritta richiesto dalla legge francese, parlando di ‘un permesso di sedurre’). Riguardo alla legge francese del 16 marzo 1912 è qui sufficiente rinviare a M. PLANIOL-G. RIPERT (A. ROUAST), *Traité pratique de droit civil français*, II, *La famille*, cit., nn. 888 e ss. (pp. 751 e ss.), e in particolare nn. 899 e ss., riguardo alla ‘nécessité d’un commencement de preuve par écrit’ della seduzione.

⁽²⁶⁸⁾ *L’azione di paternità e l’azione di alimenti del figlio naturale nel progetto di riforma del primo libro del Codice civile*, in *Giurisprudenza italiana*, 1931, 4, cc. 236 e ss. Cfr., inoltre, Commissione Reale per la riforma dei Codici, *Codice civile. Primo libro. Progetto e relazione*, Roma, 1931, art. 299 del Progetto, e nella relazione Capo II (relatore Segrè), Della filiazione illegittima e della legittimazione, § 2 Della dichiarazione giudiziale della paternità o della maternità naturale, p. 146.

⁽²⁶⁹⁾ Brunetti si scaglia contro la « la fretta » e la « asprezza di linguaggio », « troppo giovanili... non troppo scientifiche » di Francesco Santoro Passarelli, reo di aver definito ‘stolido’ il Progetto e, addirittura, di aver giudicato come ‘avventato e brutale’ il liquidatorio giudizio dato da Napoleone riguardo ai figli naturali. Cfr. F. SANTORO PASSARELLI, *La filiazione naturale nel progetto di Codice civile* (1930), ora in *Saggi di diritto civile* (con una introduzione di P. Rescigno) I, Napoli, 1961, pp. 441 e ss.; le puntuali osservazioni riguardo al divieto della ricerca della paternità (« questo divieto per il quale io non esito a ripetere la qualifica d’incivile, contrario alle tradizioni nostre », affermato per combattere « abusi in gran parte immaginari ») sono alle pp. 452 e ss.

sizione di carattere assoluto, imperativo » (270), « certezza legale » che fissa solo nel matrimonio la filiazione. Allo stesso modo l'art. 189, che vieta la ricerca della paternità ispirandosi alla « impossibilità della prova del fatto », pone una disposizione « di diritto sostanziale » a tutela del matrimonio (271).

È solo tale aspetto formale che occorre avere di fronte per valutare le scelte presenti nel Codice francese e in quello italiano riguardo alla filiazione; e considerando ciò, il giurista deve affermare che quelle scelte furono esattamente ponderate (272). Anche il giudizio di Napoleone sul disinteresse della società per i bastardi era (« a parte la forma rude e, ammettiamolo pure, militaresca ») « la sintesi del pensiero ben maturato suo e dei suoi collaboratori intorno alla funzione del matrimonio » (273). Forte di tali 'ponderate' convinzioni, il legislatore pose pochissime « eccezioni » al « principio della esclusività della filiazione paterna legittima »: il riconoscimento volontario e la dichiarazione giudiziale di paternità nel solo caso del ratto (e dello stupro violento).

Tale meditato assetto di 'certezze legali' non può essere posto in discussione semplicemente invocando i fatti. La presunzione di paternità nel matrimonio non ha certo bisogno di essere verificata nei fatti, non stabilisce infatti « una certezza di fatto », ma una « certezza di diritto » (274). Allo stesso modo chi pone in discussione il divieto di ricerca di paternità argomentando riguardo alla possibilità della prova, chi fa riferimento al progresso delle scienze mediche che « forse in avvenire » consentiranno di « stabilire con

(270) G. BRUNETTI, *L'azione di paternità e l'azione di alimenti del figlio naturale nel progetto di riforma del primo libro del Codice civile*, cit., cc. 237 e 238.

(271) *Ibidem*, c. 238; « di fronte alla funzione del matrimonio, costituisce un controsenso... il valore legale della filiazione paterna illegittima » (*ibidem*, c. 242).

(272) Chi sostiene che il divieto è posto « contro il diritto naturale » e richiede la sua modifica per « far trionfare l'idea di giustizia » pone una questione « irrimediabilmente infetta di giusnaturalismo », trascura che « anche il diritto dello Stato è naturale, ma esso prevale, e prevale naturalmente, sul diritto dell'individuo » (*ibidem*, c. 239).

(273) *Ibidem*, c. 241.

(274) « Può darsi che la paternità sia incertissima, nel caso concreto, in fatto: eppure è certa in diritto perché esiste il matrimonio » (G. BRUNETTI, *L'azione di paternità e l'azione di alimenti del figlio naturale nel progetto di riforma del primo libro del Codice civile*, cit., c. 244).

sicurezza la paternità » (275), deve essere consapevole — prosegue Brunetti — che il semplice richiamo ai fatti non è mai sufficiente ad alterare le certezze del diritto. È solo avendo presente tutto ciò che si può passare ad analizzare se e in quali casi si possano attenuare le scelte del legislatore poste a tutela della dignità del matrimonio e valutare se esistano casi degni di costituire ulteriore eccezione al divieto della ricerca della paternità e quale sia il loro fondamento.

Negando che la *ratio* del divieto possa essere contestata richiamando ‘i fatti’, Brunetti si oppone anche a chi « parla di carattere penale o semipenale che assumerebbe la ricerca della paternità » nei casi (eccezionali) in cui è ammessa (276). Se si vogliono configurare eccezioni al divieto più ampie di quelle del ratto e dello stupro violento, occorre — afferma — rifiutare di porre il diritto penale come implicito fondamento del divieto e valutare in modo autonomo la questione, prescindendo dalle certezze e dalle evidenze dei penalisti.

Il diverso fondamento proposto da Brunetti per le eccezioni al divieto ci offre una sorta d’involontario riepilogo delle contrapposte rappresentazioni ottocentesche delle ‘certezze legali’ e mostra quanto difficile fosse l’effettivo abbandono della visione penalistica: al centro dell’attenzione è posta infatti la questione (tanto cara ai penalisti di antico regime) della volontarietà del contegno della donna in relazione alla sua ‘vera’ onestà.

La deroga al principio del divieto di ricerca della paternità si giustifica — a dire di Brunetti — « in considerazione della moralità della donna ». Di fronte ad ogni relazione sessuale fuori dal matrimonio « sorge normalmente la presunzione di un contegno immorale della donna, dal quale contegno si argomenta l’incertezza della paternità »: « Ma immoralità vuol dire volontarietà. Ora, se si prova che la volontà della donna è stata assoggettata, sopraffatta, dalla

(275) Le espressioni sono di Santoro-Passarelli e Brunetti le riporta ironizzando. La questione delle relazioni tra ‘certezze del diritto’ e nuove conoscenze scientifiche è, nonostante le censure del Brunetti, al centro dell’attenzione della civilistica. È qui sufficiente richiamare, R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d’aujourd’hui*, Paris, 1948, cap. VII: « Le droit civil de la famille et les conquêtes de la biologie », pp. 129 e ss.

(276) G. BRUNETTI, *L’azione di paternità e l’azione di alimenti del figlio naturale nel progetto di riforma del primo libro del Codice civile*, cit., c. 244.

volontà antiggiuridica del maschio, di fronte a questa anormalità del contegno dell'uomo cede la presunzione di immoralità della donna e viene a mancare una valida ragione di incertezza della paternità » (277).

Il divieto di ricerca della paternità, dunque, fissa una « presunzione di immoralità della donna »; tale presunzione può essere negata solo quando affiori (evidente) l'onestà. Il « contegno morale » della donna (e il « predominio della volontà dell'uomo ») « indubbiamente esiste nel caso del ratto e dello stupro violento »: qui la donna appare degna di tutela perché è lo stesso diritto penale a negare 'la presunzione di immoralità'. La questione che il diritto civile deve affrontare è, dunque, semplicemente quella di verificare se sia possibile un riferimento ad un'onestà più ampia come fondamento della tutela, se sia possibile andar oltre l'evidenza della violenza (al corpo) richiamando anche la violenza all'anima, « la seduzione »: « questa figura... più vaga, più elastica, meno univoca delle altre due [il ratto e lo stupro violento] ». Vaga, elastica, non univoca è per il giurista in questi casi l'onestà della donna che stenta a vincere la 'presunzione di immoralità' fissata dalla legge; e dunque occorre essere prudentissimi nell'attribuzione della tutela: l'interpretazione della volontà della donna non può infatti divenire strumento atto a scardinare il principio generale di stabilità dei matrimoni garantito dal divieto, non può divenire strumento di sovversione dell'ordine delle famiglie, teatro di nuovi abusi (278).

La posizione di Brunetti è — dicevo sopra — riepilogo involontario dei dibattiti che avevano attraversato la civilistica dopo il venir meno delle protezioni fondate sull'onestà presunta: la depenalizzazione delle relazioni sessuali fuori dal matrimonio è percepita soltanto come perdita di protezione, sancisce una 'immoralità' non tutelabile, né dalla legge penale, né dalla legge civile. Qualsiasi attribuzione di tutela giuridica per la donna deve riuscire a negare tale immoralità, deve, direttamente o indirettamente, ricucire il filo della meritevolezza della tutela spezzato dalla depenalizzazione. Per divenire degna della protezione del diritto civile la donna deve

(277) *Ibidem*, c. 245.

(278) *Ibidem*, c. 245.

riscattare tale ‘presunzione di immoralità’ scritta nel silenzio della legge penale ⁽²⁷⁹⁾.

Nel corso dell’Ottocento la libertà fissata nel Codice civile francese (e enfatizzata dal continuo richiamo alla ‘volontarietà’ della scelta dei legami familiari) è, dunque, negata in modo ‘coattivo’ solo in alcune ipotesi di certezza, quelle del diritto penale: solo in quelle ipotesi si afferma un intervento della legge da cui scaturiscono « diritti » (e non più beneficenza, non più assistenza, carità, come accadeva in antico regime). La scelta è tanto coerente quanto ipocrita. Nega e afferma al tempo stesso la permanenza di un nesso stretto tra tutele di diritto civile e quelle di diritto penale; risolve con scelta drastica e assoluta il rapporto tra ‘diritto’ e ‘assistenza’, affidandosi alla solenne proclamazione di un diritto abbandonato nella sua concreta attuazione alla sola spontaneità delle volizioni dei singoli. Nega e afferma al tempo stesso i legami con l’assetto di antico regime: ne rifiuta le benevolenze, la carità, esaltando le coerenze di una rigorosa corrispondenza tra volontà (responsabilità vere) e onestà dei singoli. Il diritto è affermato o negato in riferimento a una colpa della donna, ponendo in primo piano il suo colpevole consenso, avendo sempre ben presente la ‘presunzione di immoralità’ della donna fissata dalla legge per negare ‘gli abusi del passato’. L’affermazione del diritto presuppone il riscatto della disonestà della donna, esige come in antico regime la rappresentazione di un’onestà piena, di un’onestà ‘vera’ cui poter legare una responsabilità solo in quel caso ‘certa’ dell’uomo.

In continuità con la mentalità di antico regime gli interpreti intrecciano un assetto di tutele giuridiche che è sempre incapace di ridefinire i diritti liberandosi dalle ombre del passato: al di là delle magnifiche sorti del riconoscimento assolutamente libero e spontaneo, la filiazione naturale afferma comunque un nesso tra riparazione e colpa, tra protezione giuridica e accertamento rigoroso della responsabilità. L’esaltazione della spontaneità del riconoscimento si

⁽²⁷⁹⁾ Immoralità, del resto, come dice Brunetti, vuol dire ‘volontarietà’, significa operatività piena del principio *volenti et consentienti non fit iniuria*, un principio che non potrà, come accadeva in antico regime quando nelle ricostruzione giuridiche si presumeva l’onestà della donna, essere scalfito da un generico richiamo al *praesumitur seducta*.

lega comunque ad un accertamento ‘forzato’⁽²⁸⁰⁾, a una maternità e paternità che si legano a considerazioni di ‘dignità’ o ‘indignità’ da punire attraverso il gioco dell’attribuzione o della negazione del peso della riparazione giuridica. In assenza di volontà ‘assolutamente spontanea’, l’attribuzione della tutela passa attraverso la valutazione (certa) del ‘colpevole consenso’ dei singoli; attraverso quel canale passa la configurazione del diritto per il figlio naturale, cui si nega, in nome della certezza, in nome di una ‘salutare severità’, quella ‘carità’ rispetto a cui l’assetto di antico regime non era mai così rigoroso⁽²⁸¹⁾. L’attribuzione del diritto è contraddittoriamente legata ad una punizione (cui si attribuiscono rilevanze in una sfera, quella della paternità che si vuole tutta legata a sentimenti ‘puri’, autentici, spontanei).

La ricerca della ‘certezza’ della paternità (che è, come sappiamo, ricerca della certezza dell’onestà della donna), la ricerca di prove sicure, evidenti, per l’affermazione del diritto nega nei Codici dell’Ottocento francese e italiano ogni collegamento con la ‘probabilità’, rifiuta qualsiasi compromesso con la carità, nega qualsiasi protezione a donne la cui onestà è affidata solo ad una vaga e incerta presunzione.

Con tale bagaglio culturale — ancora orfano dell’impianto dell’onestà di antico regime — farà i conti la civilistica del Nove-

⁽²⁸⁰⁾ « Il est étonnant et absurde que notre loi attribue civilement les mêmes résultats à l’engagement que constitue la reconnaissance volontaire d’un enfant hors mariage, et à ce que, très improprement, on nomme la ‘reconnaissance forcée’ » (R. SAVATIER, *Le droit, l’amour et la liberté*, Paris, 1963², p. 173).

⁽²⁸¹⁾ L’affermazione di eccezioni al divieto di ricerca della paternità è in quest’ottica posta come sanzione per il singolo, e sempre in quest’ottica si sono mosse le estensioni successive delle eccezioni al divieto: all’ordinario beneficio del dubbio riguardo alla certezza della paternità (all’ordinaria considerazione della ‘immoralità della donna’) che fonda il divieto, il legislatore sostituisce un’eccezionale sanzione per gli uomini che abbiano agito violando le regole del gioco: rapitori, stupratori violenti, artefici di seduzioni con promesse di matrimonio visibili da prove scritte, colpevoli di abuso di autorità, di manovre fraudolente. Cfr. sul punto ancora in *ibidem*, p. 183. Il seduttore colpito dalla legge — argomenta Savatier in riferimento alla legge francese del 1912 che richiedeva « un commencement de preuve par écrit » affinché la seduzione potesse essere rilevante ai fini dell’accertamento giudiziale della paternità — « était en effet loin d’être le plus coupable. Car le plus coupable est celui qui calcule les moyens de séduire sans risques; et à ce dernier, la loi tendait ses bras! ».

cento che proverà a rileggere in modo meno piatto l'intero assetto delle protezioni scaturite dalla svolta che aveva eliminato le 'certezze presuntive' di antico regime.

Nel corso del Novecento si tenterà di infrangere tale nesso obbligatorio tra certezza, tra responsabilità 'vera', e pienezza del diritto, tornando ad isolare il momento dell'assistenza da quello dell'accertamento della filiazione naturale. Diverse — si afferma — sono le esigenze assistenziali e l'accertamento pieno della responsabilità, i civilisti non possono continuare a confondere (e a fondere) tra loro aspetti diversi. Non si può, di fronte ad un'ordinaria negazione della ricerca inseguire un accertamento giudiziale della paternità quando appare una « particolare indegnità del presunto padre, quasi si trattasse di ottenere una speciale forma di punizione! »⁽²⁸²⁾. La soluzione intravista per risolvere la questione riecheggia un ritorno ai meccanismi d'antico regime: si può distinguere « l'azione per ottenere adeguati risultati assistenziali » da quella relativa all'accertamento della paternità, si può fondare su criteri meno rigidi il diritto civile quando non si tratta di fissare diritti pienamente collegati alla paternità, ma semplicemente 'sussidi', 'assistenza', 'alimenti' ⁽²⁸³⁾. Il diritto civile può accontentarsi in

⁽²⁸²⁾ A. TRABUCCHI, *Filiazione legittima e illegittima*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1952, p. 941.

Com'è noto, la legge del 1975 ha rivoluzionato in Italia il sistema antecedente, abbandonando ogni distinzione tra dichiarazione giudiziale di paternità e di maternità e affermando che la paternità e la maternità naturale possono essere giudizialmente dichiarati nei casi in cui il riconoscimento è ammesso (la prova può essere data con ogni mezzo). Sulla genesi di tale norma, sulle reazioni della dottrina e le (prime) interpretazioni giurisprudenziali, è qui sufficiente rinviare a A. FINOCCHIARO-M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia, Legislazione Dottrina Giurisprudenza*, Milano, 1984, II, pp. 1173 e ss. Merita qui un richiamo solo il riformulato articolo 278 del Codice civile che fa ancora affiorare (in tema di figli incestuosi) il nesso con il diritto penale di cui ci siamo occupati in queste pagine. L'articolo prevede una deroga al divieto di indagini della paternità e per la maternità per i figli incestuosi: le indagini « possono essere ammesse dal giudice quando vi è stato ratto o violenza carnale nel tempo che corrisponde a quello del concepimento ». L'inciso corrisponde perfettamente alla norma 'generale' dell'art. 189 del Codice civile del 1865.

⁽²⁸³⁾ Cfr. A. TRABUCCHI, *Filiazione legittima e illegittima*, cit., p. 940: ove si insiste sulla necessità di « allarga[re] al massimo l'obbligo di assistenza e l'obbligo alimentare, fino ad arrivare alle norme della legislazione austriaca, svizzera, tedesca, che creano

questi casi del solo padre 'possibile': si tratta di assistenza, e per fondare l'assistenza l'ordinamento non può rivendicare certezze assolute. Si può, per limitate tutele, tornare a far riferimento al « père possible », rinunciare a tracciare la minuziosa cartografia delle colpe individuali e riferirsi ai fatti nudi, spogli dal riferimento alle volizioni dei singoli ⁽²⁸⁴⁾.

È, in fondo, quanto facevano i giuristi di antico regime che ancoravano la protezione al fatto. Certo, loro poi ricorrevano a schemi presuntivi per non mostrare quelle protezioni come attribuite contraddittoriamente a soggetti dalla volontà disonesta, inseguivano con ciò il sogno di una tutela giuridica accordata sempre e soltanto all'onestà. Non così, invece, il diritto moderno che dal 'secolo dei lumi' aveva rifiutato i sogni, inseguito certezze legali assolute, preteso lineari coerenze, evidenze, promettendo in cambio non più una benevola carità ma diritti, veri diritti.

obblighi collettivi a carico di coloro che, per aver avuto rapporti con la madre, possono essere ritenuti dei possibili padri. Proporrei anzi che fosse eliminato ogni valore all'*exceptio plurium concumbentium* ». Nello stesso tempo però riguardo alla configurazione del diritto: « ...appare del tutto fuori luogo la recente mozione delle donne giuriste che hanno invocato ... una completa parità tra l'azione giudiziale per la ricerca della maternità e quella per la paternità. È fin troppo banale ripetere che ci troviamo in un campo nel quale si è tradizionalmente affermata l'impotenza del legislatore il quale non è in grado di parificare delle situazioni naturali *toto coelo* diverse » (*ibidem*, p. 937).

⁽²⁸⁴⁾ J. CARBONNIER, *Droit civil*, 2. *La Famille*, cit., n. 90, in riferimento alla legge francese del 3. 1. 1972 che ha istituito l'*action à fin de subsidies*: « Cette action repose sur ... la simple possibilité, non plus la certitude ou la vraisemblance de la filiation... ». Il principio di responsabilità a cui ci si richiama è quello della responsabilità obiettiva, della responsabilità per rischio legata alle relazioni sessuali fuori dal matrimonio.

CAPITOLO QUARTO

PROTEZIONI 'ANTICHE' PER LIBERTÀ 'MODERNE':

apparenze di dissenso... apparenze di consenso...

1. Premessa — 2. Rivincite dell'onestà: definizioni dogmatiche e immagini di antico regime. — 3. Il silenzio della legge e la 'virtuosa indignazione': i penalisti. — 3.1. « La Toscana fu l'ultima ad erudirsi »: « vera, e non ordinaria, ma qualificata seduzione ». — 3.2. Seduzione ed eccitamento alla corruzione. — 3.3. La « sostanza interiore » e la « esteriore apparenza »: ratto con inganno. — 3.4. « Non in grado di resistere... per effetto di mezzi fraudolenti ». — 4. Il silenzio della legge e la 'virtuosa indignazione': la giurisprudenza civile. — 4.1. Colpa del seduttore e bisogno di tutela. — 4.2. Danno da seduzione: distinzioni scientifiche e costruzione retorica dell'ingiustizia. — 4.3. « Inalienabilità della pudicizia » e « diligente custodia del proprio onore ». — 4.4. *Mise en scène*: la giurisprudenza pedagogica. — 4.5. Reliquie di danno da seduzione con promessa di matrimonio.

1. *Premessa*

Fin qui ho insistito soprattutto sull'incongrua e costante enfasi posta dai giuristi nel rappresentare il libero consenso della donna, sui richiami esasperati alla responsabilità di una donna così spesso ritenuta 'per legge' incapace. Andando ben al di là del necessario nesso tra libertà e responsabilità, le pagine che richiamano il libero consenso, la libera volontà della donna, si presentano come avvertimento, minaccia, sanzione, negazione (costante, rigorosa e severa) di tutela giuridica. La negazione delle antecedenti tutele (benevoli, caritatevoli, incoerenti) scaturisce — come abbiamo visto — da un'analisi del consenso e della 'colpa' che si vuole fondata su certezze naturali, obiettive e indiscutibili, ma finisce in realtà per legarsi ad una semplice 'presunzione di immoralità della donna'. Seguendo quel percorso l'aspetto più visibile è la restrizione della tutela giuridica: il silenzio della legge è sanzione per il consenso libero e 'deviante' della donna.

Qui ci occuperemo più da vicino, invece, dell'altro versante che caratterizza le vicende della scienza giuridica ottocentesca, quello delle modalità attraverso cui il giurista accorda le (residue) protezioni della legge, quello delle interpretazioni attraverso cui interviene in via suppletiva per prospettare rimedi non fissati dalla legge.

Dopo la Codificazione le ricostruzioni dei giuristi convinti di essere di fronte a situazioni trascurate dalla legge e impregnate di 'ingiustizia' proponevano interrogativi tanto gravi quanto superflui nell'assetto rivoluzionato delle fonti del diritto: si può rinunciare a fornire una soluzione giuridica a tali situazioni? In base a quali principi accettare l'estensione degli spazi d'irrelevanza giuridica? Si possono accordare protezioni giuridiche nonostante i silenzi della legge?

La dottrina e la giurisprudenza si dividono — come si amava ripetere nell'Ottocento — tra il timore di porsi al di sopra della legge e la ribellione di fronte a situazioni ritenute ingiustamente prive di tutela; sono incerte di fronte a quei diritti proclamati in astratto e privati, in concreto, di azione. Una volta affermata la 'rigorosa severità della legge', la scienza giuridica mostra di fronte alla situazione giuridica della donna imbarazzo, disagio, incapacità di collocare le nuove (coerenti) categorie entro il tradizionale bagaglio delle proprie convinzioni tecniche. Si possono abbandonare completamente le antiche protezioni per le donne virtuose, oneste, obbedienti alla loro 'natura'? Può il diritto far cadere il silenzio sulla 'natura umana'? Pareggiare, con un unico tratto, moralità e immoralità, donne oneste e perdute, onesto pudore e perdizione?

La retorica sulla donna 'colpevole col consentire' radicata nelle rappresentazioni della depenalizzazione e nelle scelte del Codice civile appare troppo univoca, troppo rigorosa nella negazione delle sfumature: pur pressata dal timore di 'ergersi sopra la legge', la scienza giuridica si interroga sulla possibilità di accordare tutele in maniera più ampia, di sottrarsi alle rigide conseguenze imposte dal legislatore nel porre il silenzio della legge contro gli abusi delle donne e il disordine delle famiglie. La soluzione più ovvia per l'interprete è quella di tornare a porre al centro dell'attenzione la donna virtuosa (dall'onestà 'vera') ricercandola anche oltre la rigida gabbia di evidenze e di certezze entro cui l'aveva imprigionata il legislatore; si torna così a richiedere un diritto flessibile, in grado di

apprezzare ancora in modo meno formalistico 'la verecondia', la 'pudicizia', 'i dettami della natura' per sottrarli alla condanna del silenzio.

È sulla scia di questi sentimenti che si realizza in modo sempre più ampio nella giurisprudenza e nella dottrina, a partire dalla metà dell'Ottocento, un vero e proprio 'ritorno della seduzione': figura capace di ricomporre gli opposti, la seduzione offre ancora al giurista quel filtro capace di far convivere apprezzamento del 'consenso' della donna e riparazioni per le violate virtù. Non si tratta più — si afferma unanimi — di una generica e costante presunzione di onestà (*semper praesumitur seducta*) ma di un necessario richiamo alla violazione effettiva della libertà del consenso della donna, si tratta di configurare la « vera seduzione », la « seduzione qualificata », la « seduzione straordinaria ». Scavando nell'anima e scomponendo il consenso femminile, la scienza giuridica si oppone alle visibili certezze tutelate dalla legge, prova a riaffermare modelli presuntivi di onestà giuridica meno rigidi e a rintracciare ancora un fondamento comune per le tutele entro un sistema privo, dopo la fine della configurabilità delle relazioni sessuali fuori dal matrimonio come 'colpa rilevante penalmente', di solidi punti di riferimento (1).

Tale versante è speculare rispetto a quello della sanzione nei confronti del 'colpevole consenso' della donna. La protezione torna ad essere disegnata dai giuristi in continuità con il quadro antecedente di valori smantellato dalla secolarizzazione del diritto, oppone alle certezze della legge una diversa lettura delle 'apparenze', prospetta modelli di virtù femminile cancellati dal silenzio del legislatore. La protezione nei confronti della donna è accordata prospettando nel giuridico un modello di virtù femminile ancora intatto, un'onestà vera non scalfita dalla 'presunzione di immoralità della donna' fissata dalla legge: la tutela giuridica è affermata negando che

(1) Entro un dibattito costantemente caratterizzato dall'esigenza 'formale' di ribadire (prima e dopo ogni mossa ricostruttiva) la 'onnipotenza del legislatore', mi soffermerò soprattutto sui modelli narrativi che spingono i giuristi a configurare una situazione come 'ingiusta' e a valutare i percorsi interpretativi seguiti per predisporre un'effettiva protezione per quella situazione. Il punto essenziale torna ad essere quello della lettura giuridica della volontà della donna: in quello spazio, al di là delle certezze fissate nella legge, tornano ancora — come vedremo — gli scontri che caratterizzavano il modello dell'onestà di antico regime.

la donna sia *socia criminis* e configurandola come ‘vera vittima’ degna di protezione.

È in tale prospettiva che torna lo scontro riguardo alla presunzione di seduzione. La dottrina e la giurisprudenza tornano a dividersi opponendo ‘parvenze di dissenso’ e ‘parvenze di consenso’: le protezioni giuridiche sono accordate ipotizzando modelli predefiniti che indirizzano la lettura, filtrano e dosano diversamente la libertà del consenso, premiando e sanzionando diversamente la virtù, la ‘vera onestà’ della donna. Dallo scontro non emerge come perdente un’interpretazione o l’altra, né quella ‘rigorosa’, né quella ‘benevola’; fragile e sconfitta infatti è la configurazione giuridica della libertà moderna della persona schiacciata dalla mentalità dei giuristi entro interpretazioni sempre attente al solo profilo dell’onestà, ancora prigioniera dei dilemmi posti in antico regime nel chiuso recinto dei rapporti tra volontà libera ed onestà certa, onestà ‘vera’.

2. *Rivincite dell’onestà: definizioni dogmatiche e immagini di antico regime*

Nella sua *Histoire morale des femmes* Ernest Legouvé dedica un capitolo alla *séduction*, lamentando l’assenza di una specifica disciplina giuridica ⁽²⁾. La prosa del romanziere è viva e non manca di suscitare eco nelle pagine dei giuristi colpiti dalla netta condanna del silenzio della legge, dalla ‘evidenza’ di situazioni prive di tutela, dalla descrizione del vuoto di protezioni giuridiche nei confronti della ‘sedotta’.

L’ingiustizia emerge dal contrasto tra le finalità morali della legge e i mezzi da essa adoperati per raggiungerle, dalla discrepanza

(2) E. LEGOUVÉ, *Histoire morale des femmes*, Paris, 1882⁷, [1^a ed. 1848] cap. IV: *La séduction*. Si cfr. riguardo a quest’Autore K. OFFEN, *Ernest Legouvé and the Doctrine of « Equality in Difference » for Women. A Case Study of Male Feminism in Nineteenth Century*, in *The Journal of Modern History*, 1986, pp. 452 e ss.; per un cenno alle fortune dell’opera di Legouvé in Italia si cfr. M. DE GIORGIO, *Signore e signorine italiane fra Otto e Novecento: modelli culturali e comportamenti sociali regolati da uno stato civile*, in L. Ferrante, M. Palazzi, G. Pomata (a cura di), *Ragnatele di rapporti: patronage e reti di relazione nella storia delle donne*, Torino, 1988, p. 471.

tra convinzioni sociali e scelte del legislatore, tra pratiche della vita quotidiana e rigore della legge. Preso dal suo discorso morale sull'esigenza di « élever les femmes »⁽³⁾, Legouvé presenta in poche pagine quello che in molti testi giuridici traspare solo in controluce: lo sdegno per l'abbandono del pudore della donna, la condanna per « cette doctrine fatale de l'impunité » del seduttore, la richiesta di sanzioni coerenti in grado di appianare i contrasti generati da un vuoto normativo che dietro la sua indifferenza nasconde assenza di pietà per la donna, incentivo al vizio degli uomini.

I diversi motivi che sostengono le pagine del nostro Autore ruotano tutti attorno ad un (pre)giudizio antropologico, dato radicato nella natura umana, ma ignorato dal legislatore quando scelse di negare la seduzione: l'inesistenza nei rapporti sessuali fuori dal matrimonio di una 'colpa' uguale tra l'uomo e la donna. Il dato (indiscutibile) non merita analisi: la donna è indotta a 'compiere il male' e non può essere abbandonata dalla legge, deve essere protetta « contre l'homme et contre elle même ». La difesa energica del pudore può, certo, comportare una punizione anche per la donna: « toute fille séduite sera punie, mais tout séducteur le sera deux fois plus, car il fait le mal et le fait faire »⁽⁴⁾.

Il silenzio della legge è pertanto ingiusto perché grava in modo differente su soggetti che non esprimono un consenso uguale; non solo: è in contrasto stridente con i valori socialmente diffusi e con le scelte poste dallo stesso legislatore a fondamento dell'ordine sociale. Che senso ha infatti far tacere il diritto penale, negare le protezioni di diritto civile, proclamare un solenne disinteresse per la moralità, in una società che assimila la castità all'intero onore femminile e condanna la perdita di tale virtù come una colpa per la donna e la sua famiglia, in una società che esalta il valore delle conquiste maschili⁽⁵⁾? Che senso ha tacere sulla seduzione e richiamarsi ad un assoluto rispetto della libertà della donna, invocare le rigorose conseguenze del principio *volenti et consentienti non fit iniuria*,

(3) « Savez-vous pourquoi il faut bien élever les femmes? Parce que c'est le meilleur moyen de bien élever les hommes! » (E. LEGOUVÉ, *Histoire morale des femmes*, cit., p. 61).

(4) *Ibidem*, p. 62.

(5) « La jeunesse des hommes n'a qu'un but, ravir cette vertu aux femmes... » (*ivi*).

quando poi per il diritto « les femmes sont jugées si légères d'esprit et si faibles de caractère, qu'elles restent mineures pendant tout le temps de leur mariage » (6)?

Il silenzio del diritto penale e i rigori del diritto civile, parificando situazioni diverse, creano così impunità e immoralità ed è ingiusto e immorale — prosegue Legouvé, dopo aver buttato lì un cenno alle tutele accordate in antico regime anche nei confronti della donna 'consenziente' — concedere 'amnistia' alla seduzione e alla corruzione per considerare solo la violenza (7), negare qualsiasi effetto alla promessa di matrimonio (8), far rimanere i figli naturali solo a carico della madre, negare la ricerca della paternità e qualsiasi azione giudiziaria contro il seduttore (« vous ne voyez pas qu' en désarmant la jeune fille, vous armez le séducteur! » (9))

La conclusione inevitabile del discorso è che, per la tutela dei minori, per la tutela della moralità pubblica, occorre una legge contro la seduzione, una legge volta a sconfiggere « cette doctrine fatale de l'impunité » (10).

L'esigenza di colmare l'immorale lacuna dei Codici, il silenzio del Codice penale riguardo alle 'violenze all'anima' e l'assenza di protezioni di diritto civile per la donna sedotta, spinge un coro composito di voci a reclamare l'esplicita introduzione di una legge volta a sanzionare la seduzione e ad estendere la configurazione ristretta della violenza. Le affermazioni di Legouvé sono riprese in testi che affrontano più da vicino la questione giuridica, esaltando la rappresentazione dell'ingiustizia sancita dal legislatore. In un libretto che ebbe fortuna anche in Italia, con greve retorica si tende a sostenere l'epigrafe iniziale affidata a Legouvé (« Il faut une loi contre la séduction »): « Le

(6) *Ibidem*, p. 61

(7) *Ibidem*, p. 64.

(8) « La promesse de vente équivaut à la vente même, lorsqu'il y a consentement des parties sur les prix et sur l'objet. La promesse de mariage est nulle, même quand tout est spécifié... » (*ibidem*, p. 67). « Notre Code est admirable comme Code pécuniaire; et si la pureté des jeunes filles ... n'éveille guère ses soucis, par compensation, quelle touchante sollicitude pour leur argent! » (*ibidem*, p. 66).

(9) *Ibidem*, p. 71.

(10) « L'impunité nourrit le libertinage... L'impunité alimente la prostitution... L'impunité ... livre la moitié de la nation en proie aux vices de l'autre... » (*ibidem*, pp. 73 e 74).

Code pénal est muet sur ce chapitre et tolère, par son silence, toutes les séductions » (11); « Quant à la séduction proprement dite, — à la séduction d'une jeune fille honnête, abusée par de fallacieuses promesses, qu' un Don Juan abandonne après l'avoir déshonorée, il n'en est pas question! Sur ce point, pas un mot! Le Code ici a des scrupules, et il se tait. Il laisse impunément commettre cet abus de la violence morale! ... Le Code ferme les yeux, dit aux gendarmes: 'Laissez faire! Laissez passer' » (12).

Le critiche si moltiplicano con varietà di accenti legati alla sensibilità e al gusto letterario di chi scrive: la retorica riguardo all'ingiustizia del silenzio del Codice, le critiche nei confronti dell'immorale divieto di ricerca della paternità, passando dalle pagine di Dumas a quelle di Le Play contro 'l'indifferenza della legge', si sedimentano in progetti di riforma, sorreggono l'impianto delle interpretazioni dei giuristi (13).

La retorica di fondo non muta nemmeno nel dibattito italiano. Il diritto ignora — si afferma pescando spesso a piene mani dalle pubblicistica francese (14) — la figura del seduttore e la sua pericolosa corruzione (più subdola e pericolosa della violenza vera in quanto volta a corrompere l'anima): il seduttore incentiva il libertinaggio, distrugge la tranquillità delle famiglie, diffonde il vizio nelle classi più umili e indifese, crea prostituzione, fa aumentare il numero degli esposti, gravando ingiustamente l'assistenza pubblica (15), arma la mano della infanticida (16).

(11) A. MILLET, *La séduction*, Paris, 1878, p. 31.

(12) *Ibidem*, p. 38.

(13) Cfr., per una sintesi, A. POUZOL, *La recherche de la paternité. Étude critique de sociologie et de législation comparée*, Paris, 1902, in particolare 160 e ss. Riguardo alla retorica dei riformatori è sufficiente confrontare la già citata *Proposition de loi relative à la recherche de la paternité* di Berénger e altri (*Exposé des motifs*) in cui i richiami a Legouvé, a Le Play e ad Alexandre Dumas (fils) si alternano con il rinvio ai giuristi.

(14) Cfr., ad esempio, A. GIACOBONE, *I diritti della donna sedotta*, cit.; M. AVERARA, *Seduzione*, cit.; C. CASTORI, *Seduzione*, cit.

(15) Cfr. G.B. LUÉ, *Esposti*, in *Enciclopedia giuridica italiana*, V, 3, 1911, pp. 254 e ss.; M. GORNI-L. PELLEGRINI, *Un problema di storia sociale. L'infanzia abbandonata in Italia nel secolo XIX*, Firenze, 1974, pp. 58 e ss.; V. HUNECKE, *I trovatelli di Milano. Bambini esposti e famiglie espositrici dal XVII al XIX secolo*, Bologna, 1989, pp. 29 e ss.

(16) L. FERRIANI, *La infanticida nel Codice penale e nella vita sociale*, cit., pp. 174, 175; ma si cfr. l'intero cap. VI: « Il seduttore ».

Alimentata dall'immagine del 'turpe seduttore' e della 'povera sedotta', il richiamo alla « ingiustizia del Codice » si colora a volte di rimpianti per l'assetto gerarchizzato della società di antico regime e si fonde con la critica all'individualismo dei Codici incapace di umanità (l'età nostra, scrive Francesco Forti, « ha dimesso niente degli antichi pregiudizii, mentre ha perduto molto dell'antica umanità »; nei tempi di mezzo i genitori degli illegittimi « pensavano assai più che nell'età nostra ad educarla ed a sostenerne il peso; oggi si usa di aggravarne la società »; il modello 'moderno' si caratterizza, insomma, per la crescita « dell'ipocrisia e dell'egoismo in danno all'umanità »⁽¹⁷⁾); altre volte si arresta a un generico riferimento alla moralità della donna, altre volte ancora trae alimento da ispirazione riformistica.

Anche il giovane Giacomo Venezian è tra quanti chiedono una considerazione più ampia nel diritto civile della seduzione, il diritto civile non può limitarsi a verificare la colpa del seduttore nei ristretti limiti consentiti dal diritto penale (« come non colpire almeno con una sanzione civile la coazione morale da lui usata? »)⁽¹⁸⁾; ma è consapevole che la questione è più ampia e che l'attribuzione di un risarcimento del danno alla sedotta crea una tutela inadeguata, utile soltanto a « lenire le ingiustizie più stridenti » e non a risolverle⁽¹⁹⁾. Quello che occorre considerare è l'intero « movimento che ha determinato l'abbandono delle leggi canoniche sugli obblighi del seduttore »; bisogna valutare che « gli obblighi dell'uomo non sono correlativi ai diritti della donna, sono correlativi ai diritti del figlio;

(17) F. FORTI, *Libri due delle istituzioni di diritto civile accomodate ad uso del Foro*, Firenze, 1963, II, pp. 416 e ss.

(18) G. VENEZIAN, *Danno e risarcimento fuori dei contratti* (1884-1886), in *Opere giuridiche*, I, *Studi sulle obbligazioni*, Roma, 1919, p. 326. Pur propenso ad una ricostruzione oggettiva della responsabilità extracontrattuale, Venezian ritiene che il danno da seduzione sia attribuibile solo in base a riferimenti soggettivi: « io non concepisco un obbligo di risarcimento se non derivante dalla seduzione; non concepisco il risarcimento per il fatto della procreazione. Un uomo e una donna sono trascinati alla colpa da un impeto di passione reciproca, o, senza che il dio irresistibile li vinca, cadono tutti e due alla fragilità della carne. La donna non ha nessun diritto al risarcimento, perché rinuncia essa, e non è fatta rinunciare, al diritto dell'integrità del pudore. Non può invocarne tardivamente la difesa, e convertire in diritto al risarcimento il diritto che ha abbandonato ».

(19) G. VENEZIAN, *Danno e risarcimento fuori dei contratti*, cit., p. 328.

non sono obblighi di danneggiante sono obblighi di padre ». Accettato dal riferimento agli abusi del passato, il diritto moderno ha saputo semplicemente falsare il quadro delle tutele antiche opponendo loro distinzioni tanto nette quanto false: « Io sono persuaso, lo dico aperto, che in questa parte della legislazione per andare avanti bisognerà tornare indietro. Erano reali gli inconvenienti delle legislazioni che hanno proceduto l'attuale anche da noi, ma contro alla diga di morale fittizia che s'è voluto alzare, s'avanza una marea prorompente di miserie e di delitti » (20).

'Per andare avanti occorre tornare indietro': ne è convinto anche chi denuncia « i difetti del Codice in relazione alle classi non abbienti ed operaie ». Per Giuseppe Salvioli la delimitazione della tutela del « patrimonio sacro delle donne, del loro onore » si presenta come un'ingiustizia di classe: « il legislatore ha detto: la donna tuteli da sé la sua proprietà morale; interverrò quando si tratterà di violenza » (21). Per proteggere « le donne del popolo » (« è sempre nelle donne del popolo tra le operaie, che i seduttori fanno le loro vittime » (22)), per ristabilire l'uguaglianza (« non è omaggio all'eguaglianza esporre le donne, assicurando l'impunità all'uomo »), chiede che si torni indietro: « è la seduzione che il legislatore dovrebbe inesorabilmente reprimere come la violenza »; « quando una donna è conquistata in seguito a promessa di matrimonio, che non si compie, deve poter esercitare un'azione di deflorazione, azione che si deve ripristinare nei Codici se questi non vogliono essere Codici di classe » (23).

(20) *Ibidem*, pp. 325 e 327.

(21) G. SALVIOLI, *I difetti sociali del Codice civile in relazione alle classi non abbienti ed operaie* (Discorso letto per la solenne inaugurazione degli studi nella R. Università di Palermo il giorno 9 novembre 1890), Palermo, 1890, p. 28.

(22) *Ibidem*, p. 27.

(23) *Ibidem*, p. 29. Le riforme reclamate per affermare « i veri diritti del proletariato » sono rivolte a stabilire la protezione delle « vittime della seduzione » e dei figli naturali: « si deve assicurare alla madre una posizione economica proporzionata ai mezzi del seduttore, le si devono accordare provvedimenti provvisori, mercè procedure rapide...; non deve essere ammessa l'*exceptio plurium concumbentium* se la donna proverà di essere stata mantenuta da colui contro cui agisce... Si riconosca al possesso di stato un valore giuridico più importante. Si cancellino le differenze tra figli legittimi ed illegittimi » (*ibidem*, p. 30).

Non è il caso d'insistere oltre, quello che mi preme sottolineare è la costante affermazione di un'ingiustizia che nasce dalla privazione di una tutela per la donna tanto nel diritto penale quanto nel diritto civile: è dalla rottura di un nesso preciso tra protezione di diritto penale e protezioni di diritto civile che scaturisce l'ingiustizia dei Codici. La richiesta di riforma si concretizza nell'affermazione della seduzione come reato, nella richiesta di una protezione per l'onestà, per l'onore⁽²⁴⁾, più ampia di quella segnata dai confini della violenza visibile, per passare poi a richiedere, rifacendosi in modo esplicito a tutele esistenti in antico regime, protezioni civilistiche più ampie.

Non mi interessa qui seguire le richieste di riforma, ma verificare come questo complesso di convinzioni incida nelle interpretazioni dei giuristi della libera volontà della donna. L'interpretazione muove dalla critica al divieto di ricerca di paternità (divieto 'inumano', 'immorale', 'brutale')⁽²⁵⁾ e dall'affermazione dell'ingiusta delimitazione della tutela penale solo nei confronti della donna che ha subito violenza fisica per giungere immancabilmente ad una rappresentazione della volontà della donna nelle relazioni sessuali fuori dal matrimonio che assume a modello di riferimento le immagini di

Riguardo alla 'seduzione dolosa' posta in essere in fabbrica abusando dei mezzi di autorità si è parlato recentemente di 'droit de cuissage' (cfr. M.V. LOUIS, *Le droit de cuissage. France, 1860-1930*, Paris, 1994, in particolare il cap. 7: La séduction dolosive par abus d'autorité: les débats juridiques, pp. 179 e ss.); la ricostruzione resta prigioniera di una serie di luoghi comuni, sia riguardo al mito del *droit de cuissage* (si cfr. sul punto le osservazioni presenti nel bel libro si A. BOUREAU, *Le droit de cuissage. La fabrication d'un mythe XIII^e-XX^e*, Paris, 1995, in particolare p. 252), sia nel riferimento ai giuristi innovatori favorevoli ad una considerazione ampia della seduzione.

⁽²⁴⁾ « Nella relazione al progetto del Codice penale (Zanardelli) è asserito 'occorre che il legislatore non invada il campo della moralità'. Ma è a tutti noto quanto sia difficile segnare questa linea di confine fra il diritto e la morale. Ma noi siamo qui nel campo giuridico: l'onore è un diritto, una proprietà, e la seduzione è una frode, la quale si può esercitare tanto contro le minorenni, quanto contro le maggiorenni e le vedove ». G. SAVIOLI, *I difetti sociali del Codice civile*, cit., p. 29.

⁽²⁵⁾ Cenni critici al divieto della ricerca della paternità anche in F. FILOMUSI GUELFI, *Enciclopedia giuridica ad uso di lezioni*, Napoli, 1875², pp. 127 e ss. (si cfr. anche nella quarta edizione, Napoli, 1904, pp. 384 e ss.); I. VANNI, *I progressi della legislazione civile in Italia dopo la rivoluzione* (Discorso letto nella libera Università di Perugia nel giugno del 1878), ora in Id., *Saggi di filosofia sociale e giuridica*, Bologna, 1906, pp. 151 e ss.

antico regime, le presunzioni care alla penalistica di antico regime. L'affermazione 'sussidiaria' della protezione si lega sempre ad un'interpretazione volta a riscattare da una colpa il libero consenso prestato dalla donna.

A fondare la richiesta di modifica della legge, a fondare la condanna del silenzio del Codice, c'è dunque sempre una retorica volta a negare, a capovolgere, l'assunto fondamentale su cui si era basata la depenalizzazione, quella di un colpevole consenso della donna, quella di una donna immeritevole di tutela, di una donna presunta immorale. La protezione richiesta al legislatore, quella accordata in concreto in via sussidiaria dalla giurisprudenza per colmare i silenzi dei Codici, per esistere torna necessariamente ad accentuare l'immagine della donna incapace di una volontà veramente libera, di una donna che consente sempre verso l'ordine, verso il matrimonio, di una donna da presumere sedotta. L'affermazione della tutela ('il ripristino dell'umanità', 'i diritti delle donne del popolo') passa attraverso la negazione della rappresentazione della libertà, implica un ritorno all'immagine della donna onesta prospettata in antico regime. È soprattutto quell'immagine che fa scaturire l'indignazione congiunta di letterati e giuristi contro i silenzi dei Codici, è quell'immagine che — come vedremo — spinge la giurisprudenza a configurare diritti ⁽²⁶⁾.

L'affermazione di 'una virtuosa indignazione' contro la severità della legge è sorretta dall'onestà femminile posta in discussione dalle scelte dei Codici; e naturalmente l'opposizione a tale posizione 'sentimentale' torna ad utilizzare il solito armamentario di argomenti classici contro la presunzione di seduzione, contro una tutela di un'onestà imperfetta. Tutti hanno come modello di riferimento l'onestà della donna: l'interpretazione della volontà libera sviluppa così dispute già ascoltate e propone sottili distinzioni già viste: a chi afferma l'assolutezza del principio della libertà del consenso, con la piena estensione del principio *volenti et consentienti non fit iniuria*, si oppone l'assenza della libertà vera, si oppone il dubbio sulla veridicità del consenso della donna sostenuto dal richiamo all'intero apparato di argomentazioni forgiate in antico regime per negare la

(26) Cfr. *infra* IV. 3 e IV. 4.

distanza tra la donna *volens* e la donna *nolens*: « Elle a consenti, c'est vrai, mais pourquoi?... Elle a consenti parce que le séducteur à arraché son consentement! » (27).

La giurisprudenza, tanto nel diritto penale quanto nel diritto civile, interpreta la volontà della donna e attribuisce tutele giuridiche alla luce di rappresentazioni antiche, contrapponendo *voluntas ordinata* e *voluntas libera*. Il riferimento alla seduzione può in questo contesto essere ancora utilizzato come una spia per seguire in singole frammenti tecnici l'interpretazione della volontà della donna e, più in generale, per comprendere la mentalità di fondo che muove le interpretazioni volte a flettere 'la severità' dei Codici e a negare il vuoto di tutele collegato al silenzio delle leggi. Si prospettano così protezioni antiche per libertà moderne: nel corso dell'Ottocento (e in gran parte del Novecento) i giuristi tessono una tela intrisa di ambiguità, in cui l'espansione della libertà, il riconoscimento dei diritti nei confronti della donna, è legato in modo costante all'affannosa ricerca di una sua legittimazione nell'immagine dell'onestà.

3. *Il silenzio della legge e la 'virtuosa indignazione': i penalisti*

Nel diritto penale la difesa dell'onestà della donna resta connotata all'affermazione giuridica della violenza sessuale, all'ambiguità di un delitto che, da un lato, si pone come tutela della libertà della persona e, dall'altro, è l'ultimo simbolo dell'onestà 'visibile' tutelabile dal diritto. È la via della 'salutare severità' che conosciamo, una via che resta tributaria della ricerca dell'onestà 'vera' nei segni della violenza, della configurazione del silenzio come sanzione nei confronti di un colpevole consenso della donna o, se si vuole, di un'onestà 'invisibile' che non è stata in grado di tradursi in segni concreti.

Il riferimento al principio di legalità rende difficile per i penalisti negare quest'impianto; si possono però ricercare anche nel diritto penale i segni del contrasto tra diverse rappresentazioni della certezza dell'onestà femminile posta sul fondo delle interpretazioni

(27) Così Millet (*La séduction*, cit., p. 180), citatissimo nelle pagine di A. GIACOBONE, *I diritti della sedotta*, cit. p. 54.

giuridiche. Per l'intero Ottocento nel diritto penale si ripropone in modo costante infatti un ritorno del modello di onestà di antico regime, accompagnato dal riferimento al 'consenso apparente' della donna: ritorna la presunzione di seduzione ed è opposta alla severità del Codice e al suo concetto ristretto d'onestà.

Seguirò soprattutto le contrastanti letture delle disposizioni del Codice Zanardelli in tema di delitti « contro il buon costume e l'ordine delle famiglie », prima di giungervi però farò riferimento alla giurisprudenza e alla dottrina toscana che propongono un modello di relazioni tra onestà e consenso della donna ancora direttamente influenzato dalle scelte di antico regime. La nettezza della scelta della depenalizzazione dello stupro, il passaggio 'violento' dallo stupro alla violenza carnale, non si affermarono bruscamente in Toscana, dove la seduzione visse nel diritto penale una breve, *ultima*, stagione di fortuna. La Toscana — come scrisse Carrara — fu « ultima ad erudirsi ».

Le interpretazioni della giurisprudenza e della dottrina che operano in riferimento al Codice Zanardelli affermano (in contrapposizione alle ambiguità del modello toscano) nuove coerenze dogmatiche. Nel momento in cui disegnano in concreto le tutela, nel momento in cui interpretano il consenso della donna come degno di tutela, i giurista continuano a proporre però un discorso ancora unitario: non abbandonano il riferimento continuo all'onestà, la ricercano soltanto in maniera più severa, richiedono — e lo fanno, come sempre, contro gli abusi del passato, contro gli abusi delle donne — un'onestà vera, un'onestà piena.

3.1. « *La Toscana fu l'ultima ad erudirsi* »: « vera, e non ordinaria, ma qualificata seduzione »

Da un lato la 'donna virtuosa', 'innocente', 'vittima sedotta', 'onesta', donna 'venerata e cara agli uomini', dall'altro la 'donna senza onestà', che 'consente al proprio disonore', 'non sedotta ma seduttrice', che 'fa dello stupro un mestiere': tali immagini femminili opposte si confrontano nelle pagine della penalistica toscana tra tensioni all'abbattimento delle protezioni 'antiche' e conferma delle tutele ampie per l'onestà. Nei dibattiti legislativi, nelle decisioni giurisprudenziali della Toscana tra Sette e Ottocento abbiamo

l'operare congiunto di modelli giuridici contrapposti che ben evidenzia l'ambiguità del richiamo dei giuristi al libero consenso femminile.

La legge toscana per gli stupri del 1754, come abbiamo visto (28), percorreva senza contrasti la stessa sequenza argomentativa sottesa alla depenalizzazione dello stupro semplice: fanciulle dalla 'vita licenziosa', sostenute da famiglie che non vigilano sull'educazione della prole, costringono ad abbandonare per lo stupro (semplice) la protezione del dotare o sposare.

Il punto su cui si fa leva per negare la tutela degenerata in abusi è naturalmente il consenso della donna: non si può rintracciare alcuna ingiuria, alcuna lesione del diritto altrui nelle azioni commesse col consenso di chi (correa-accusatrice) si pretende offeso, si tratta dunque di azioni « impunibili ». È, però, lo stesso motivo della valorizzazione del consenso, unito all'esplicito richiamo alla 'natura' femminile, alla « debolezza naturale » della donna, a far sì che non si vada oltre sulla via della depenalizzazione: il consenso deve essere 'vero' e, per esser tale, non può essere astratto, deve essere valutato in concreto riferimento al modo di essere della donna: come dimenticare, ad esempio, l'esistenza di mezzi capaci di falsarlo, come dimenticare 'l'arte maschile' volta ad 'approfittare' della natura femminile con 'seducenti allettative'.

Nei lavori preparatori della *Riforma della legislazione penale toscana* ritroviamo, più che lo scontro tra ideologie contrapposte (29), soprattutto l'esigenza di adeguare l'immagine femminile alla tutela proposta: i fautori della piena depenalizzazione dello stupro non violento insistono sul consenso femminile libero (che, immancabilmente è 'consenso colpevole', consenso deviante legato al disordine e alle degenerazioni del sistema delle protezioni); il richiamo alla 'natura femminile', all'onestà, al pudore della donna è continuo,

(28) Sopra in II. 8. 1.

(29) Da Passano ha sottolineato, a ragione, come angoli visuali diversi mostrano una concezione simile della donna, e come anche nei fautori della depenalizzazione fosse assente « ogni idea di una netta separazione tra diritto morale e religione ». Cfr. M. DA PASSANO, *Dalla « mitigazione delle pene » alla « protezione che esige l'ordine pubblico ». Il diritto penale toscano dai Lorena ai Borbone (1786-1807)*, (La « Leopoldina ». Criminalità e giustizia criminale nelle riforme del '700 europeo, 3, a cura di L. Berlinguer) Milano, 1988, p. 81.

invece, in coloro che si oppongono alla 'logica severa' della depenalizzazione.

La proposta di Pietro Leopoldo respinge « la ridicola legge presente di doversi dotare, e sposare, la stuprata, o andare in galera, la quale serve d'incentivo alli stupri », cancella e affievolisce l'ampia tutela penale: « per gli stupri non vi sarà che una pena pecuniaria, fuorché quando è fatto con violenza, e armi alla mano, che allora cade nella pena della violenza pubblica o ferimenti »⁽³⁰⁾. Le resistenze furono forti e riuscirono ad imporre una soluzione molto diversa.

Nel dibattito chi è favorevole alla depenalizzazione accentua l'immagine di una donna complice, « Donna Correa »⁽³¹⁾, « rea non men dell'Uomo »⁽³²⁾, che è libera, ben capace di scegliere e che pertanto non necessita di tutele: pur « debole e fragile in tutte le sue azioni », la donna mostra soprattutto « sagacità e malizia », agisce solo in vista di un vantaggio⁽³³⁾. Una sequenza in cui, fatalmente, le donne si mostrano « più seduttrici che sedotte »⁽³⁴⁾. Dall'altra parte, chi difende la tutela si schiera a difesa di un'immagine femminile virtuosa « per dettame di natura », di una donna che è « condotta a consentire »⁽³⁵⁾, che, per quanto sagace, è sempre meno sagace del suo seduttore⁽³⁶⁾. La necessità di evitare degene-

⁽³⁰⁾ Cfr. in M. DA PASSANO, *Dalla « mitigazione delle pene » alla « protezione che esige l'ordine pubblico »*, cit., pp. 25 e ss.

⁽³¹⁾ Così Giuseppe Giusti (Presidente del Buon Governo): il delitto « si commette da due persone » e « col premiare la Donna Correa si moltiplicano i disordini, si favorisce il delitto e si espone l'innocenza ». Faccio riferimento ai documenti riportati in M. DA PASSANO, *Dalla « mitigazione delle pene » alla « protezione che esige l'ordine pubblico »*, cit., p. 76.

⁽³²⁾ Così Urbano Urbani (auditore del Supremo Tribunale di Giustizia), in *ibidem*, p. 78.

⁽³³⁾ Giuseppe Giusti: « ... e declamino quanto vogliono i Dottori, io persisterò sempre nella opinione, che la Donna nel far copia di sé illegittimamente ha in veduta un vantaggio... » (in *ibidem*, p. 61).

⁽³⁴⁾ Urbano Urbani che ripropone anche il tema di un'impossibile tutela per le « ragazze civili e ben educate », perché la legge « invita la Femmina a proparlare a faccia aperta la propria turpitudine » (in *ibidem*, p. 78).

⁽³⁵⁾ Giuliano Tosi (Auditore di Consulta), in *ibidem*, p. 62.

⁽³⁶⁾ Giuliano Tosi: « chi è che dà occasione alla donna di usare di quella sua pretesa sagacità? Non è egli lo stupratore? E se è lo stupratore, più sagace della stuprata sarà lo stupratore » (in *ibidem*, p. 71).

razioni della tutela, d'impedire gli abusi, non può imporre — è questa la questione decisiva — di «fondarsi sull'eccezione della regola» (una regola che «milita per la buona educazione, e per l'onestà delle giovani assistita dalla presunzione di natura»), «privando del ben giusto dovuto riparo indistintamente tutte le Stuprate, il massimo numero di cui certamente è sedotto, e lusingato dagli stupratori»⁽³⁷⁾.

Nell'articolo 98 della Leopoldina la scelta del progetto è abbandonata: si opta per una pena pecuniaria per lo stupro semplice; si lascia all'arbitrio del giudice la possibilità di condannare ancora il reo a dotare o sposare la stuprata «se per le circostanze e qualità del caso, o per prove dirette, o di fatto, conterà di una vera, e non ordinaria, ma qualificata seduzione»; si lascia in vita lo stupro qualificato da precedente promessa di matrimonio «fatta in scritto in valida forma, o in voce alla presenza di due testimoni espressamente chiamati»⁽³⁸⁾.

Grazie a quest'assetto le classificazioni tradizionali non scompaiono e la dottrina toscana può continuare a far riferimento a categorie ancora centrate sul consenso femminile falsato, sulla ricerca della 'vera vittima' affidata a categorie flessibili, inevitabilmente aperte ad una lettura discrezionale molto ampia. La dottrina propone come sempre classificazioni minuziose; ma le distinzioni restano fragili e equivocate. *Seductio alia simplex, alia qualificata dicitur. Illa ex blandis verbis, muneribus, et similibus constat: haec ex fraude singulari*: è difficile però fissare criteri giuridici precisi per distinguere tra seduzione *semplice* e seduzione *qualificata*, tra que-

⁽³⁷⁾ Antonio Caciotti (componente della Consulta), in *ibidem*, p. 74.

⁽³⁸⁾ La pena per «lo stupratore che avrà ricusato di adempiere la promessa: sarà di cinque anni di confino in Volterra e suo Vicariato, e a dotare o a sposare la stuprata». Con legge del 31 dicembre 1835 i cinque anni di confino a Volterra furono sostituiti con 5 anni d'esilio compartimentale; poi, con Editto del governo provvisorio toscano del 4 marzo 1849, confermato con Decreto granducale del successivo 5 maggio, si stabilì la pena di dieci mesi di carcere penitenziale. Per quanto attiene ai 'solenni sponsali' occorre tener presente che con Legge del 30 gennaio del 1793 si stabilì che gli sponsali contratti dai figli di famiglia e dai pupilli senza il consenso del padre e del tutore, o non redatti in iscritto alla presenza di tre testimoni, erano invalidi e nulli a tutti gli effetti sin dal loro principio.

st'ultima e seduzione con promessa di matrimonio; come difficile è fissare il confine tra frode e seduzione ⁽³⁹⁾.

Non è il caso però di soffermarsi ancora sulle dispute dottrinali, giova invece comprendere come la giurisprudenza utilizzò in Toscana questi residui riferimenti alla seduzione, ad una « vera, non ordinaria, qualificata seduzione ».

Ben presente nella dottrina, l'incapacità di porre precisi confini tra le distinzioni poste dal legislatore è ancor più accentuata nella giurisprudenza. Il modello femminile di riferimento presupposto dai giuristi ha un'importanza decisiva nella loro interpretazione: i giudici toscani non sono condannati a mostrare solo le 'sventure della virtù', non devono scorgere l'onestà della donna solo in riferimento all'onestà che si mostra nella resistenza alla violenza 'vera reale effettiva', possono cercare ancora « la debolezza del sesso », la donna da « soccorrere » ⁽⁴⁰⁾ in ipotesi variegata. La « vera, non ordinaria, ma qualificata seduzione » offre uno spazio per attribuire ancora un rimedio alla donna che ha prestato un consenso solo 'apparente'; i giudici possono valutare l'onestà caso per caso, affidandosi a molteplici segni, considerando le situazioni 'intermedie', i casi dubbi.

Lo scalino più basso della tutela è quello 'oggettivo' dello stupro semplice, qui non è necessaria alcuna valutazione della volontà; il giudizio diviene più severo salendo verso protezioni più alte: lo stupro di seduzione, stupro commesso con « arte », con « frode », realizza un'ipotesi intermedia, autonoma e distinta, più grave dello

⁽³⁹⁾ L'elemento determinante sta per tutti nel riferimento alla 'frode', cfr. A. CREMANI, *De iure criminali libri tres*, cit., Lib. II, Cap. VI; art. II, p. 323; I.M. PAOLETTI, *Institutiones theorico-practicae criminales*, cit., vol. II, (Lib. VI, tit. II), p. 173 e ss.; J. BUONFANTI, *Manuale teorico-pratico di diritto penale*, cit., p. 375. Carmignani (da cui è tratta la frase riportata nel testo) si oppone: « Ast, cum fraus non ad seductionem sed ad falsitatem pertineat, alii rectius seductionem qualificatam eam dicunt, qua stuprator puellam valde simplicem ita illecebris ad peccandum trahit ut ipsa sibi non in rem turpem sed licitam consentire videatur » (G. CARMIGNANI, *Juris criminalis elementa*, Pisa, 19335, § 1154, p. 176).

⁽⁴⁰⁾ « ...il Legislatore intendeva ciò che da molto tempo i criminalisti scrittori erano andati dicendo, che in massima l'obbligare lo stupratore a sposare la stuprata favoriva, anzi eccitava il mal costume; ma (...) d'altronde era troppo giusto soccorrere alla debolezza del sesso... » (J. BUONFANTI, *Manuale teorico pratico di diritto penale*, cit., 377).

stupro semplice, meno di quello qualificato da ‘solenne’ promessa di matrimonio ⁽⁴¹⁾. Le graduazioni sono intese dai giudici come una scala di onestà della donna, e il giudizio è esplicitamente volto a verificare la tenuta dell’onestà, la sua visibilità in relazione a quanto richiesto dalla legge: nello stupro semplice l’onestà traspare dalla sola deflorazione ma è negata dalla presenza del consenso prestato dalla donna; lo stupro di seduzione, la ‘frode all’anima’, l’inganno, fa affiorare l’onestà della donna, un’onestà che appare indiscutibile poi quando si è in presenza della prova della promessa di matrimonio.

La questione della libertà del consenso della donna è completamente assorbita nella valutazione dell’onestà, e inevitabilmente si discute sulla veridicità di tale onestà. I giudici fanno riferimento ad un’onestà ‘sostanziale’, prescindendo dai requisiti formali fissati dalla legge: significativi, ad esempio, sono i criteri particolarmente elastici utilizzati per individuare la ‘solennità’ della promessa: è vero — affermano — la legge esige che la promessa di matrimonio sia scritta oppure fatta in presenza di due testimoni espressamente chiamati; ma si tratta di indicazione « dimostrativa » e non « tassativa ed esclusiva » ⁽⁴²⁾. Gli sponsali capaci di qualificare lo stupro — si prosegue — non hanno niente a che fare con le formalità richieste dalla legge per costituire ‘civile obbligazione’: la legge penale considera gli sponsali semplicemente « come ragione di affievolimento della naturale resistenza che la donna onesta oppone alle domande dell’amante » ⁽⁴³⁾, « come ragione di affievolimento della naturale

⁽⁴¹⁾ Cfr. *Sentenza Ruotale (Pescia)*, 3 maggio 1832, in (P.A. CERRETELLI) *L’ultimo decennio dal 1829 della giurisprudenza criminale toscana*, III, Firenze, 1844, p. 620 e ss. (Stupro, n. 36).

⁽⁴²⁾ Cfr. *Tribunale di San Miniato, Turno Criminale*, 23 marzo 1839, in *Annali di giurisprudenza*, I, 2, 1839, c. 910: « ...è oramai nella giurisprudenza dei nostri tribunali incontroverso che l’indicazione di questi due mezzi di prova, fatta dalla legge, non deve considerarsi come tassativa ed esclusiva, ma unicamente come dimostrativa, e tale, che nel difetto di questi due mezzi, possa la prova stessa concludersi con altri mezzi equipollenti ». L’indirizzo è in effetti ‘incontroverso’, cfr. ancora: *Sentenza Ruotale (Portoferraio)* 27 maggio 1837, in *L’ultimo decennio dal 1829 della giurisprudenza criminale toscana*, cit., III, p. 646 e ss. (Stupro, n. 81); *Corte di cassazione*, 13 settembre 1839, in *Annali di giurisprudenza*, 1839, cc. 290 e ss.; *Corte di Cassazione*, 1 settembre 1848, in *Annali di giurisprudenza*, 1848, pp. 379 e ss.

⁽⁴³⁾ Così FORTI (Conclusioni del Pubblico Ministero, Livorno, 19 settembre 1833), in *L’ultimo decennio dal 1829 della giurisprudenza criminale toscana*, cit. (Stupro, nota

resistenza che — ripete Buonfanti — l'onestà oppone alle domande dell'amante, ... come mezzi di seduzione » (44).

Estremamente critico nei confronti di tale prassi giurisprudenziale volta a ritenere la prova degli sponsali in causa di stupro meno rigorosa di quella civile è Giovanni Carmignani: si tratta di una « erronea credulità » dei giudici che diviene « come un pugnale in mano della donna »: « indipendentemente dall'asserzione di stupro, la femmina articola l'asserzione degli sponsali. Crederemo forse al suo detto? Il ciel ce ne guardi. La donna testimone poco credibile allorché depone nell'interesse degli altri, come dovrebbe essere credibile testimoniando in causa propria, e nel proprio interesse? »; « Se vi ha un delitto, il quale a' dì nostri (...) debba eccitar la diffidenza de' Giudici, egli è senza meno lo stupro non accompagnato da violenza » (45).

La « seduzione vera non ordinaria » è utilizzata come criterio suppletivo « quando la precedente promessa di matrimonio non può provarsi »: le circostanze prive cioè delle minime formalità necessarie per configurare gli sponsali atti a 'qualificare' lo stupro sono « fatto valutabile dai Giudici » che spessissimo le considerano come « vera, non ordinaria seduzione », « distinta qualità aggravante dello stupro » (46). I criteri cui si fa riferimento per individuare la sedu-

D), pp. 657 e ss.; ma è meglio leggerla in F. FORTI, *Opere edite e inedite*, vol. V, *Raccolta di conclusioni criminali* (ordinate e annotate da B. Paoli), Firenze, 1864, (XIV: *Stupro qualificato da precedente promessa di matrimonio*) pp. 131 e ss., citazione a p. 137. Fondandosi su questo argomento, la giurisprudenza, ritiene che le disposizioni previste dalla legge del 30 gennaio del 1793 riguardo agli sponsali non siano applicabili al caso di stupro qualificato da precedente promessa di matrimonio.

(44) J. BUONFANTI, *Manuale teorico pratico di diritto penale*, cit., p. 380.

(45) G. CARMIGNANI, *Accusa di stupro con precedente promessa di matrimonio* (ricorso in Cassazione), in *Cause celebri*, Pisa, 1845, III, pp. 409 e ss., pp. 432 e 437. Carmignani teorico è in genere più pacato nelle argomentazioni: cfr. G. CARMIGNANI, *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, Pisa, vol. III, 1832, pp. 320 e ss.

(46) *Corte di Cassazione*, 25 giugno 1839, in *Annali di giurisprudenza*, 1839, cc. 129 e ss.; cfr. ancora *Corte di Cassazione*, 28 aprile 1848, in *Annali di giurisprudenza*, X, 1, 1848, c. 227: « ...male (...) obiettava il ricorrente che i fatti esposti nella sentenza non fossero in ordine all'articolo 98 della legge del 30 novembre 1786 efficaci a indurre la vera e non ordinaria seduzione, imperocché la sentenza poté ritenere siccome ritenne che non constasse che le promesse di matrimonio precedenti lo stupro fossero accompagnate dalle formalità abili a costituire i propri e veri sponsali e a dare un'azione in via civile,

zione (« vera non ordinaria ») sono molto elastici e giungono a comprendere semplici intenzioni matrimoniali ‘manifestamente reiterate’, ‘replicate lusinghe’.

La giurisprudenza dunque estende in modo consistente la ‘protezione per l’onestà’: richiamando in modo ampio donne deboli, donne raggirate, donne incapaci di esprimere vero consenso. Lo sforzo è quello di far ascendere verso l’alto la protezione, di accordare in presenza d’onestà, comunque provata, una tutela più intensa. Tali interpretazioni estensive suscitano inevitabili perplessità: si afferma che comunque alcuni limiti obiettivi non possono essere sorpassati, che non si può scorgere in qualsiasi segno l’onestà della donna, che non le si può accordare una protezione incondizionatamente. Carmignani, come abbiamo visto, ritiene si debba scorgere la vera onestà della donna solo in riferimento alla violenza; Francesco Forti è meno restrittivo: l’onestà della donna esiste quando lo stupro si è realizzato a seguito di promessa di matrimonio, ma l’interpretazione dei giudici non può andar oltre, non può giungere a negare le finalità della legge. L’obiettivo della legge è quello « di soccorrere alla debolezza del sesso illuso dalla sicurezza che prestava una promessa capace di dare azione avanti ai tribunali per lo adempimento degli sponsali »; la legge non intende andar oltre, non intende certo « soccorrere a quella fragile onestà, che cede a qualsivoglia lusinga, né sa difendersi dalle comunissime ed ordinarie seduzioni... » (47).

e a ravvisare (...) nelle intenzioni reiteratamente espresse da T. di sposare la fanciulla X, la prova di una straordinaria qualificata seduzione. Oltre di che non avendo la legge determinato condizione alcuna di questa circostanza aggravante, non poteva andar soggetto a censura il giudizio che ne aveva formato il tribunale decidente sulle resultanze del pubblico dibattimento ». In altre ipotesi la questione è posta in relazione allo stupro semplice in base all’argomento per cui l’assenza della prova della promessa di matrimonio non incide comunque sul « carattere sostanziale » del delitto (la deflorazione): « le pretese precedenti promesse...[sono] una qualità che non appartiene all’essenza, ed al carattere costitutivo del delitto ». Cfr. in *L’ultimo decennio dal 1829 della giurisprudenza criminale toscana*, cit. (Stupro, n. 16, p. 609).

(47) Forti è favorevole, come abbiamo visto, all’interpretazione ‘non tassativa’ dei requisiti formali per gli sponsali, ma stigmatizza la « nuovissima giurisprudenza » pronta a ritenere che indizi insufficienti a mostrare gli sponsali potessero essere sufficienti per fondare « la straordinaria e qualificata seduzione »: « un identico fatto provato sorte un nome di qualificazione legale dalla Legge reputata ordinaria, non provato pienamente si

È difficile però mantenere in proposito distinzioni rigide; i criteri forniti dalla legge continuano infatti ad essere interpretati con disinvoltura dai giudici intenti a rintracciare l'onestà della donna. Il quadro di fondo appare incerto e confuso, caratterizzato dalle mutevoli presunzioni d'onestà utilizzate dai giudici, quelle presunzioni la cui presenza spingeva Carrara a sostenere che la Toscana non si era ancora 'erudita'. Le indagini sullo stupro semplice (in cui la legge dà per scontato il consenso della donna) appurano segni di dissenso della donna in presenza della sua onestà: un semplice richiamo alla seduzione ('non ordinaria') offre il mezzo per trasformare consenso in dissenso e così via.

Imprigionato entro il riferimento all'onestà, entro il richiamo ad una tutela posta per 'soccorrere alla debolezza', la libera volontà della donna non affiora mai, non è mai valutata autonomamente, se ne discute solo di riflesso intrecciando nel discorso seduzione e consenso (la seduzione semplice non toglie consenso all'atto; di fronte alla seduzione qualificata scompare il consenso), alludendo all'incapacità della donna di resistere alla promessa di matrimonio (quell'impossibilità a resistere che annienta il libero consenso e trasforma la *voluntas libera* in *voluntas ordinata*).

La giurisprudenza utilizza, dunque, gli appigli ancora forniti dalla legge per fare riaffiorare le presunzioni antiche e discute del consenso guardando solo all'onestà: il consenso della donna è sempre pronto a divenire 'apparente', a scomparire in presenza di un richiamo alla promessa di matrimonio, in base ad un più o meno astuto artificio utilizzato dal seduttore. I giudici toscani incasellano vari gradi di onestà della donna tra le varie qualificazioni dello stupro e solo attraverso tale gerarchia dell'onestà leggono il libero consenso femminile.

La mancata depenalizzazione (l'assenza del riferimento 'certo' alla sola violenza vera, reale, effettiva) li lascia liberi di scegliere l'intensità della protezione, liberi di rintracciare una 'natura femmi-

riterebbe pur tuttavia per provato all'oggetto di sortire un nome di qualificazione dalla Legge riputata straordinaria » (Conclusioni del Pubblico Ministero alla S. R. 2 agosto 1837, S. Giovanni), in *L'ultimo decennio dal 1829 della giurisprudenza criminale toscana*, cit. (Stupro, nota M), p. 667. Cfr. anche in F. FORTI, *Opere edite e inedite*, vol. V, *Raccolta di conclusioni criminali*, cit., XV; pp. 139 e ss.

nile' intatta, un'onesta vera che cede solo in vista del matrimonio (che è degna di essere tutelata con il matrimonio). La protezione giuridica per la donna — il 'soccorso' per la 'debolezza del sesso' — è sempre accordata soppesando ossessivamente l'onestà. Abbiamo così una 'indubitata onestà' che si presume (« la presunzione di ragione sta sempre a favore della stuprata... »⁽⁴⁸⁾), ma che si 'adombra' ⁽⁴⁹⁾ al minimo sospetto (« l'onestà ha bisogno di una piena prova... bastando anche il sospetto a renderla vacillante »⁽⁵⁰⁾); l'onestà che mostra accettazioni 'implicite e certe' di promesse di matrimonio ⁽⁵¹⁾, quella che supplisce 'moralmente' alla mancanza di prova dello 'stupro fisico' ⁽⁵²⁾; l'onestà che si indebolisce per l'assenza di 'precedenti amori' con il seduttore (circostanza atta a

⁽⁴⁸⁾ Cfr. *Sentenza Ruotale (Radda)*, 10 luglio 1821, in *L'ultimo decennio dal 1829 della giurisprudenza criminale toscana*, cit. (Stupro, n. 3), p. 603.

⁽⁴⁹⁾ Cfr. *Corte di Cassazione*, 17 dicembre 1839, in *Annali di giurisprudenza*, I, 1, 1839, p. 427: il ricorrente sostiene assente un estremo sostanziale dello stupro in quanto era « intorbidata l'onestà della femmina »: « il dubbio sulla onestà di lei si desumeva e dalla sua condizione sociale, e dal suo tenore di vita e da fatti speciali: ...un padre che teneva osteria nella quale essa prestava servizio; ... la libertà che... nella sua condizione aveva di portarsi sola per la pubblica via... ». La Cassazione rigetta il ricorso affermando che « della onestà dalla legge presunta nella Dolente, non era stato giustificato quell'adombramento che diminuisce quella prova del fatto accaduto... ».

⁽⁵⁰⁾ Cfr. *Sentenza Ruotale (Pisa)* 21 maggio 1835, in *L'ultimo decennio dal 1829 della giurisprudenza criminale toscana*, cit. (Stupro, n. 65), p. 636; cfr. anche Stupro n. 38, p. 622: occorre rintracciare l'immagine del « pudico dolore di onesta fanciulla sedotta, posta al cospetto del suo seduttore »; « la seduzione della dolente doveva dirsi difettosa nel rapporto della prova dell'onestà, la quale essendo il primo ed essenziale suo fondamento, deve giustamente desiderarsi, ed esigersi limpidissimo, ed incriticabile in giudizio... ».

⁽⁵¹⁾ Cfr. *Corte di Cassazione*, 18 gennaio 1848, in *Annali di giurisprudenza*, 1848, p. 73.

⁽⁵²⁾ « ... sebbene moralmente parlando si possa ammettere che la femmina, la quale ha patito violenza, conservi tuttavia la verginità morale, non è dato però valutare legalmente questo possibile morale, se non quando consti della conservata abituale onestà dopo la patita violenza ». L'ipotesi è quella di uno 'stupro improprio': 'la dolente' non era vergine; la particolarità del caso (la ragazza era stata violentata da bambina « dal marito della sua maestra ») induce ad una cauta estensione della 'protezione', filtrata naturalmente da una più rigida ricerca dell'onestà, dell'intatta « verginità morale ». Cfr. *Sentenza Ruotale (Firenze)*, 26 luglio 1834, in *L'ultimo decennio dal 1829 della giurisprudenza criminale toscana*, cit. (Stupro, n. 59) pp. 631 e ss. e Conclusioni del P. M. (Forti) in *ibidem*, p. 660 (da cui è tratta la citazione).

generare sospetto sulle 'accusazioni' della stuprata); un'onestà da verificare nei riti degli amanti, nella serietà e nella solennità ('sostanziale') delle loro parole, distinguendo gioco e frodi, consenso vero e accese passioni, promesse vere e promesse concesse in *in extu libidinis*, strappate per « effetto dello stato di accensione della passione » (53).

Tali questioni in parte si ripropongono anche riguardo all'articolo 298 del Codice penale toscano del 1853 che conserva il riferimento alla promessa di matrimonio e alla seduzione (« fraudi di una seduzione straordinaria ») (54). Si ripropone anche in questo caso infatti l'interpretazione ampia delle 'solennità' degli sponsali e si ripropongono le incertezze riguardo alla 'straordinaria seduzione' (55).

Stando all'articolo 298 « l'inesperienza » è connaturata soltanto alla 'Fanciulla' che non abbia compiuto il ventunesimo anno: oltre quel confine la donna è ritenuta capace di resistere, di manifestare un consenso vero, di non cedere agli inganni, anche di fronte a seduzioni 'non ordinarie, straordinarie'. La delimitazione pone in crisi le ricostruzioni antecedenti. Se è vero — si osserva — che la seduzione atta a qualificare lo stupro e a togliere il consenso della donna non è quella che « mostra... la facilità della vittoria che riportano i sensi sul pudore della fanciulla », se è vero che la seduzione qualificata (non ordinaria, straordinaria) « consiste nell'uso di modi fraudolenti, callidi, artificiosi, per i quali si illude la semplicità e il candore delle zitelle, sicché ne riescano ingannate e sedotte », se è vero che la seduzione straordinaria implica la frode (e « la dove concorre la fraude non esiste consenso » (56)) e « riveste i

(53) *Sentenza Ruotale (Chiusi)*, 16 marzo 1833, in *L'ultimo decennio dal 1829 della giurisprudenza criminale toscana*, cit. (Stupro, n. 45), p. 625.

(54) Art. 298 § 1: « Si fa colpevole di stupro: a) chiunque, dopo aver contratto solenni sponsali con una fanciulla, la deflora, e poi non osserva, senza giusta causa, la data fede; b) chiunque deflora una fanciulla che ha compiuto l'anno duodecimo, ma non il decimosesto; c) chiunque, circonvendendo con le fraudi di una seduzione straordinaria la sua inesperienza, deflora una fanciulla, che, sebbene abbia oltrepassato l'anno decimosesto, non ha compiuto il vigesimo primo ».

(55) Cfr. G. PUCCIONI, *Il Codice penale toscano illustrato sulla scorta delle fonti del diritto e della giurisprudenza*, cit., IV, pp. 351 e ss. e soprattutto pp. 355 e ss.

(56) G. PUCCIONI, *Il Codice penale toscano illustrato*, cit., IV, p. 348.

caratteri dello stellationato » (« stellationato in amore »), come è possibile arrestarsi ad una certa età? come si può ritenere che dopo i 21 anni esista sempre un vero consenso della donna? La possibilità di essere ingannati, di essere vittime innocenti, ‘vere vittime’ degne di tutela, non si misura con l’età: « nel delitto di frode non vediamo che il legislatore abbia determinato l’età (...), in tutte le età si può essere vittime delle altrui macchinazioni... » (57).

È difficile, dunque, adeguarsi pienamente alla prospettiva della depenalizzazione, alla negazione di protezioni ampie per l’onestà, alla configurazioni di protezioni scaturenti dalla rappresentazione ‘sostanziale’ dell’onestà della donna (58). I giudici colgono il distacco essenziale tra la vecchia e nuova legislazione soprattutto nella cancellazione dei ‘diritti della donna’, nella fine di una protezione ampia per l’onestà. Le scelte giurisprudenziali in tema di applicazione della « pena più mite » fra la nuova e la vecchia legislazione (l’articolo 6 del Codice del 1853 stabiliva la retroattività della normativa favorevole al reo) lo conferma: pur essendo la legge più favorevole al reo, la depenalizzazione — argomentano i giudici — non può applicarsi perché così facendo si lederebbero ‘i diritti quesiti’ della stuprata, quei diritti fissati dalle leggi precedenti attraverso la penalità comminata allo stupratore per indurre alla riparazione del diritto leso. La pena più mite non può essere applicata perché crea « un vizio di retroattività in danno della parte lesa »: le leggi criminali del 1786 infatti « nella penalità comminata al delinquente garantivano alla deteriorata fanciulla, rimasta passiva dello stupro, un mezzo di riparazione... » (59). Ora non più: la legge del presente elimina le forme di protezione per l’onestà, per l’inesperienza’, per la ‘debolezza del sesso’, per assumere al centro dell’attenzione un concetto puramente formale di onestà. I giudici si mostrano perplessi.

(57) *Ibidem*, pp. 361 e 362.

(58) Per una sintesi della giurisprudenza sul punto cfr. *Annali di Giurisprudenza. Tavole generali della Raccolta delle decisioni della Corte suprema di Cassazione, delle Corti d’Appello ... della Toscana dal Gennaio del 1849 a tutto Dicembre 1859* (Firenze 1962), « Stupro qualificato da straordinaria seduzione », p. 1479.

(59) Cfr., per una visione di sintesi, le sentenze richiamate in *ibidem*, « Stupro », p. 1476.

Chi non ha dubbi è, invece, Carrara che è estremamente critico nei confronti della prassi volta a proporre interpretazioni non rigorose del Codice, seguendo « piuttosto le tradizioni delle leggi abolite che la lettera e lo spirito della nuova legge vegliante »⁽⁶⁰⁾. L'intero Codice del 1853 è da « considerarsi in questa parte come una transazione ed una transizione »: « la civiltà moderna » mira ad eliminare ogni arbitrarietà e a far saltare ogni « influsso delle antiche giudiziali osservanze ». Le certezze del presente devono imporsi sulle ambiguità del passato; ad esigere tale netto distacco c'è ancora l'impossibilità di assumere un'immagine femminile 'antica' al centro del discorso penalistico, c'è l'esigenza di un riferimento certo all'onestà della donna: il nuovo traspare dall'ironia con cui Carrara richiama le convinzioni dei 'pratici' (« Singolare fu la dottrina di certi pratici i quali insegnarono che la sola deflorazione bastasse a far presumere la promessa di matrimonio, non sembrando possibile alla monacale esperienza di costoro che una ragazza condiscenda a perdere il suo fiore tranne per amor di colui che considera come suo futuro marito. Codesta utopia cavalleresca ... rimane fra i monumenti delle singolarità giuridiche »), dalle critiche mosse alle letture 'ampie' degli sponsali nel diritto penale. Il giurista deve lasciar cadere 'utopie cavalleresche' (e 'visione monacale' della donna) e rassegnarsi a capovolgere le presunzioni riguardo al libero consenso: « ...la donna presumesi aver consentito per piacimento suo, e non si ascolta quando si dice sedotta... ». La lettura del Codice del 1853 deve muoversi in questa direzione: « Il Codice penale toscano negando alla *promessa non solenne* il valore di rendere punibile lo stupro, non proclama la impunità dell'inganno; ma riconosce che la promessa non solenne ingannò colei che aveva piacere di essere ingannata, e per conseguenza costei non merita di ottenere all'ombra di simile pretesto la protezione della legge penale »⁽⁶¹⁾. Ogni estensione della tutela fondata sul 'sogno' dell'onestà della donna

(60) 'Spirito della nuova legge' — aggiunge — facilmente ricavabile dalle osservazioni del « compilatore del Codice », Francesco Antonio Mori. Riguardo alla posizione di Mori si cfr. la sua *Teorica del codice penale toscano*, Firenze, 1854, pp. 229 e ss. e (sulla questione degli sponsali) p. 240 (in nota).

(61) Cfr. F. CARRARA, *Programma*, cit., *Parte speciale*, II, § 1506, pp. 278, 279 (testo e nota), pp. 280 e 281 (nota); § 1509, p. 284.

deve essere negata; osservando le ambiguità della giurisprudenza toscana, la scienza giuridica deve essere consapevole che esse rappresentano una semplice 'fase di transizione' caratterizzata da richiami non scientifici ad un'onestà presunta.

La seduzione non ha più spazi nel diritto penale: il « soccorso per l'onestà », la « protezione per la debolezza » non hanno più senso perché la realtà che mostrano i giuristi, quella realtà che senza il peso deformante delle benevole presunzioni del passato devono mostrare i tribunali, non può essere più filtrata dai 'sogni cavallereschi'. La transazione tentata dai giudici toscani è dunque perdente; presto anche la Toscana 'sarà erudita' dal silenzio della legge.

3.2. *Seduzione ed eccitamento alla corruzione*

Non è facile per i giudici rassegnarsi al silenzio della legge e alle distinzioni della scienza: la giurisprudenza penale fa ancora emergere qua e là, negli interstizi del sistema, la seduzione per supplire al vuoto di tutele per l'onestà della donna percepito come presente nella scelta della depenalizzazione. Di fronte ai riferimenti formali ad un'onestà della donna tutta racchiusa nella sua resistenza alla sola violenza, i giudici propongono ancora un soccorso alla 'vera' virtù, ripropongono quelle mediazioni tra testo della legge e riferimento ad una sostanziale onestà della donna così diffusi — come abbiamo visto — nel caso toscano. La dottrina per lo più si oppone: si torna a confondere la morale con il diritto, il peccato con il delitto; si abbandona la lettura del testo, l'interprete si sostituisce al legislatore... A determinare il rifiuto resta però soprattutto la retorica riguardo agli 'abusi delle donne', l'invocazione del 'pericolo', costantemente richiamato, di un premio attribuito alla disonestà.

Non è comunque facile per i giudici, una volta di fronte al caso concreto, smettere di scorgere 'l'immoralità', rassegnarsi a dimenticare la consolidata retorica riguardo alla pericolosità della seduzione e abbandonare la virtù alle sue consapevoli sventure. Nell'articolo 334 del Codice penale francese, ad esempio, i giudici individuano *excitation de la jeunesse à la débauche* anche nel comportamento di chi abbia 'eccitato o favorito la corruzione' per soddisfare la propria

passione: la dizione generale dell'articolo, la mancata definizione legislativa dei caratteri dell'eccitazione alla corruzione permettono di affiancare il seduttore al lenòne (62).

Quasi completamente ricalcato sul modello francese, l'art. 421 del Codice penale sardo (63) è utilizzato dai giudici nella stessa direzione, estendendo così la possibilità di colpire il seduttore rispetto all'ipotesi prevista nell'articolo 500 (seduzione con promessa di matrimonio di una persona minore di anni diciotto) (64). I giudici italiani perseverano nella loro scelta anche quando la giurisprudenza francese l'ha abbandonata. L'immagine « turpe » del seduttore, permette di sopperire al silenzio della legge, di prospettare ancora scelte legislative impegnate in difesa della virtù: « il legislatore non può permettere, informato com'è ai principi di alta moralità, che rimangan sepolti nel silenzio, ed impuniti, tutti gli atti che offendono, non solo l'onore e la reputazione, ma depravano il senso dell'onesto vivere » (65).

Il seduttore, con artifici, frodi, raggiri, racchiudenti dolo (« nella sua massima quantità » (66)) contamina — si afferma — la moralità pubblica e perverte la giovinezza; arreca, come e più del lenòne, una lesione al diritto protetto. L'eccitamento al libertinaggio sussiste

(62) Per richiami giurisprudenziali cfr. (DALLOZ), *Répertoire méthodique et alphabétique de législation de doctrine et de jurisprudence*, Paris, 1846, V, *Attentat aux moeurs*, nn. 136 e ss., pp. 432 e ss.

(63) « Chiunque avrà eccitato, favorito o facilitato la corruzione di persone dell'uno o dell'altro sesso, minori degli anni ventuno, e chiunque le avrà indotte alla prostituzione, sarà punito con il carcere non minore di tre mesi estensibile a tre anni ».

(64) « Colui che sotto promessa di matrimonio non adempiuta, seduce e disonora una giovane minore degli anni diciotto, sarà punito, sempre che vi sia querela, con il carcere estensibile a tre mesi e con multa ».

(65) *Corte di Cassazione di Palermo, 30 dicembre 1886*, in *Il Foro italiano*, 1887, 2, (cc. 258 e ss.), c. 260. La tutela del « diritto della persona » (c. 260) è combinata con un quadro di riferimento preventivamente fondato sulla protezione della virtù femminile assediata: la protezione della legge cessa — si dice — « se (...) una giovane, più che cedere alle blandizie e agli eccitamenti, vinta dal proprio appetito, facile si dà in braccio al seduttore, costui risponderà in faccia alla morale, in faccia alla legge giammai... » (c. 259). Ampi riferimenti alla giurisprudenza in C. CASTORI, *Seduzione*, cit., pp. 188 e ss.; T. FERRAROTTI, *Commentario teorico-pratico del Codice penale del nuovo Regno d'Italia*, Torino, 1861, II, pp. 56 e ss.; G. CRIVELLARI, *Il Codice penale per il Regno d'Italia interpretato*, cit., VII, pp. 609 e ss.

(66) *Corte di Cassazione di Palermo, 30 dicembre 1886*, cit., c. 260.

pertanto anche quando si abbia come obiettivo la soddisfazione della propria incontinenza: è sufficiente recuperare la retorica riguardo al ‘turpe disegno’ del seduttore, confidare ancora nella certa virtù della vittima ed affermare così una più ampia protezione per l’onestà ⁽⁶⁷⁾.

La giurisprudenza contraria insiste soprattutto sull’assurda disparità di pene che si creerebbe tra l’ipotesi dell’articolo 500 e quella dell’articolo 421 applicata nei confronti del ‘fornicatore semplice’, sull’ingongra persecuzione ‘d’ufficio’ per quest’ultimo reato, sull’ingiusta parificazione di colpe diverse, sull’impossibilità giuridica di confondere « l’umana fralezza dei non casti amori col turpe e degradante mercato del lenocinio » ⁽⁶⁸⁾.

Gli scontri della giurisprudenza evidenziano soprattutto la difficoltà di abbandonare una protezione ampia dell’onestà: i giudici meno propensi a dare spazio alla ‘virtuosa indignazione’ dell’interprete nei confronti del rigore della legge, oppongono che occorre attenersi alla distinzione tra diritto e morale, che non si può dar rilievo all’onestà violata con mezzi non violenti: « ...colui che lusinga, seduce, corrompe una donna, allo scopo di godersela ... non è un lenone di mestiere, egli agisce per sé, ed adopera mezzi non violenti per ottenere il fine propostosi. Non si dirà siffatto operato onesto, di certo è riprovevole, e censurabile moralmente; ma che sia stato reato sanzionato dal Codice penale vi si oppone la logica, il buon senso la retta intelligenza della legge » ⁽⁶⁹⁾.

Le dispute giurisprudenziali non scompaiono quando il Codice Zanardelli interviene a fare chiarezza. I lavori preparatori escludono la possibilità di richiamare la seduzione, escludono una tutela della legge estesa nei confronti del ‘turbamento dell’animo’ della donna

⁽⁶⁷⁾ La tutela accordata nell’articolo 500, alle minori di anni diciotto, per seduzione con promessa di matrimonio, è così estesa alle sedotte minori (di anni ventuno) ‘eccitate alla corruzione’. Particolarmente discussa è a questo punto la questione relativa all’esigenza a meno di un dolo specifico nel ‘seduttore-corruttore’ e, naturalmente la questione della onestà della vittima, la configurabilità del reato in relazione ad una vittima ‘già pervertita’. Cfr. C. CASTORI, *Se a costituire il reato di eccitamento alla corruzione occorra l’intenzione diretta a pervertire la vittima?*, in *Archivio giuridico*, 1888, pp. 201 e ss.

⁽⁶⁸⁾ Cfr. C. CASTORI, *Seduzione*, cit., pp. 190 e ss.

⁽⁶⁹⁾ *Corte di Cassazione di Palermo, 15 Novembre 1886*, in *Il Foro italiano*, 1887, c. 257.

ed impongono come indispensabile, oltre all'ipotesi di violenza 'vera', la presenza di una minore età della vittima: l'articolo 331 presume la violenza nei confronti di minori di anni dodici ⁽⁷⁰⁾; l'articolo 335 richiama la corruzione di persona minore di anni sedici compiuta mediante atti di libidine.

A caratterizzare la lettura dei giudici è un costante equivoco tra la configurazione di una tutela giuridica verso il minore e l'implicito richiamo a tale protezione come ultimo residuo di una tutela più ampia dell'onestà della donna. In cosa consiste — si chiedono i giudici — la corruzione di cui parla l'articolo 335? nella sola corruzione fisica, oppure nel « perturbamento dell'animo »? E può tale perturbamento realizzarsi anche nei confronti di persona già corrotta? Può realizzarsi corruzione in riferimento alla congiunzione carnale scelta con libero consenso dalla minore di anni sedici?

Rispetto a chi richiama l'estrema gravità del « perversimento dell'animo » ⁽⁷¹⁾, a chi afferma che la figura del reato di corruzione di persona minore degli anni sedici comprende insieme quella del « corpo e quella dell'anima » ⁽⁷²⁾, si pongono coloro che insistono sulla necessaria visibilità, indispensabile ai fini della prova, di una

⁽⁷⁰⁾ La pena della violenza (da tre a dieci anni di reclusione) è prevista anche per chi « si congiunge carnalmente con persona dell'uno o dell'altro sesso, la quale al momento del fatto: 1. non abbia compiuto gli anni dodici; 2. Non abbia compiuto gli anni quindici, se il colpevole ne sia l'ascendente, il tutore o l'istitutore; 3. essendo arrestata, o condannata, sia affidata al colpevole per ragioni di trasporto o di custodia; 4. Non sia in grado di resistere, per malattia di mente o di corpo o per altra causa indipendente dal fatto del colpevole, ovvero per effetto di mezzi fraudolenti da esso adoperati ». Riguardo alla possibilità di utilizzare quest'ultimo inciso come richiamo alla seduzione si cfr. *infra* IV. 3. 4.

⁽⁷¹⁾ Insiste su una ricostruzione tutta puntata sul 'perturbamento dell'animo' per criticare l'articolo 335 del Codice Zanardelli (« è tra le disposizioni penali più incomplete ambigue e difettose ») A. SEGRE, *La corruzione di minorenni (art. 335 Cod. Pen.)*, in *Scritti giuridici dedicati e offerti a Giampietro Chironi nel XXXIII anno del suo insegnamento*, (Il Diritto pubblico), Torino, 1915, pp. 159 e ss.

⁽⁷²⁾ *Corte di Cassazione (Seconda sezione)*, 27 novembre 1895, in *Rivista penale*, XLIII, 1896, p. 183 che conforta la decisione della Corte d'appello che aveva inquadrato la corruzione verso « l'anima e il corpo della disgraziata », ponendo una variegata e flessibile scala dell'onestà: « ...la corruzione, al pari di ogni traviamiento morale, è soggetta a gradazione... nel corrotto può ravvisarsi la figura di chi vi fu semplicemente iniziato, del più corrotto e del massimamente corrotto. Non può andare immune da responsabilità un'opera che la perdizione accresca... L'esame di fatto dello stadio di

corruzione fisica: « la depravazione dell'animo è cosa per avventura più pericolosa alla società civile che può in alcuni casi lasciare intatta o quasi l'integrità fisica; ma ben diversa è la cosa in rapporto alle sanzioni penali positive »⁽⁷³⁾.

Pur nei limiti circoscritti dal riferimento all'età, il dibattito dottrinale e giurisprudenziale si confronta con l'articolo 335 del Codice Zanardelli affrontando la tutela del minore di anni sedici sempre attento a verificare puntualmente la dignità della vittima, la sua 'vera' onestà: non si può — si afferma — tutelare un minore già corrotto, è impossibile corrompere chi è già corrotto⁽⁷⁴⁾, non si può accordare la tutela penale a chi ne è indegno: « il giudice deve andare oltremodo guardingo e cauto » nel valutare la « materialità del reato » di corruzione se non vuole accordare la protezione della legge penale a chi ne è indegno⁽⁷⁵⁾.

La configurazione della congiunzione carnale con una minore di anni sedici come corruzione è inevitabilmente considerata alla luce della depenalizzazione dello stupro semplice e della 'fine della seduzione': « il limite che separa la corruzione e la seduzione è tenuissimo e non volle la legge punire la seduzione personale, una

corruzione è riservato all'estimazione del giudice e alla di lui prudenza... » (*ibidem*, p. 185).

⁽⁷³⁾ F. CARFORA, *Corruzione di minorenni*, in *Il Digesto italiano*, VII, 3 (1891), pp. 965/966.

⁽⁷⁴⁾ Netta la negazione di Pio Viazzi (*Sui reati sessuali*, cit., pp. 80 e 81) le cui posizioni sono esaltate da più ampie convinzioni scientifiche dell'Autore riguardo alla prostituzione « anomalia organica invincibile, rappresentante dalla nascita una sorta di predestinazione ».

⁽⁷⁵⁾ A. POZZOLINI, *Dei delitti contro il buon costume e l'ordine delle famiglie*, in A. ZERBOGLIO (a cura di), *Trattato di diritto penale*, Milano, 1902, p. 100. Con l'articolo 335 « il legislatore volle proteggere il pudore individuale e sociale, allorché si tratta di minore già precedentemente corrotto cessa la ragione della repressione » (*ibidem*, p. 98). Per la configurazione di una protezione più ampia nei confronti del minore, cfr. A. SEGRE, *La corruzione di minorenne (art. 335 Cod. Pen.)*, cit., in particolare pp. 179 e ss.; e E. MAJNO, *I reati sessuali contro i fanciulli studiati nella legge italiana*, Milano, 1907, in particolare p. 9 e ss.; p. 24 (ove è contenuta una critica alla ricostruzione 'astratta' di Carrara in tema di seduzione); pp. 106 e ss., ove richiede « la completa rinunzia all'elemento della corruzione »: « anche trattandosi di fanciulli dai dodici ai sedici anni, l'atto compiuto *sulla loro persona* deve essere punito in sé e per sé (...) e cioè indipendentemente dalla moralità della vittima e dalle conseguenze sull'animo suo ».

volta che cancellò dal novero delle azioni criminose lo stupro » (76). La corruzione nei confronti della minore (in tutto il dibattito l'uso generico del termine 'minore' viene poi sempre specificato al femminile) di anni sedici non può essere affidato ad un implicito richiamo al *praesumitur seducta*: la congiunzione carnale configura la pienezza del consenso, i lavori preparatori del Codice Zanardelli dimostrano che la legge non deve invadere il campo della morale (« si volle abolire il delitto di seduzione sotto promessa di matrimonio ») e non si può ritenere che si possa accordare attraverso l'articolo 335 una protezione più ampia per la donna sedotta: 'il fatto non fu violento', 'il consenso alla unione carnale fu interamente libero', e pertanto non può esserci la protezione del diritto in base alla massima per cui *volenti et consentienti non fit iniuria*.

Le contrapposte rappresentazione dell'onestà 'dell'anima e del corpo' della minore di anni sedici si affrontano all'inizio del secolo di fronte ad alcune decisioni della Cassazione che, in modo alquanto confuso, tentano di risolvere la questione della relazione tra corruzione e congiunzione carnale con una minore degli anni sedici. Si ripropone lo schema della depenalizzazione come affermazione di una libertà, e non è un caso che alcuni commentatori individuano nell'impunibilità dei rapporti sessuali con minorenni un aspetto di 'liberazione sessuale' (77); in realtà l'intero dibattito pare attraversato dalla ricerca di una coerenza dogmatica per il principio che aveva caratterizzato l'intero processo di depenalizzazione, quello della negazione d'ogni protezione nei confronti di un consenso che, mentre è configurato come libero, è condannato come 'colpevole' (78).

La corruzione deve essere individuata — spiega la Corte, autorevolmente presieduta da Lucchini — distinguendola dalla 'sempli-

(76) A. POZZOLINI, *Dei delitti contro il buon costume e l'ordine delle famiglie*, cit., p. 89.

(77) Un racconto confuso dell'intera vicenda è offerto da R. CANOSA, *Sesso e Stato. Devianza sessuale e interventi istituzionali nell'Ottocento italiano*, Milano, 1981, pp. 160 e ss.; condivisibile invece è la valutazione di B. WANROOJ, *Storia del pudore. La questione sessuale in Italia 1860 — 1940*, Venezia, 1990, pp. 148 e ss. secondo il quale l'aspetto di liberazione sessuale era « del tutto assente » (p. 151).

(78) L'art. 530 del Codice Rocco risolverà la questione escludendo esplicitamente la punibilità « se il minore è persona già moralmente corrotta ».

ce' congiunzione carnale ottenuta mediante seduzione o seduzione ce' con promessa di matrimonio: «...se la sola congiunzione carnale bastasse a corrompere e a costituire un fatto criminoso, sarebbe non soltanto disconosciuto il carattere fisiologico di un atto tra i più normali della vita umana, ma sarebbero altresì completamente falsati il concetto e la finalità della legge, che non intese affatto d'incriminare lo stupro non violento con o senza promessa di matrimonio, sotto forma più o meno larvata di seduzione, come lo era nei Codici preesistenti e che volutamente, anche per le facili frodi e insidie cui può dare adito, si lasciò in disparte » (79). La preoccupazione principale è quella della certezza dell'onestà, quella di una lineare prosecuzione della depenalizzazione dello stupro 'non violento' al fine d'impedire 'frodi' e 'insidie'. I termini della questione sono ribaditi con maggiore nettezza nella decisione che fa scaturire il dibattito: la congiunzione carnale — si scrive — « se fa perdere il fiore della verginità, ledendo il corpo, integra e pura lasciar può moralmente la persona offesa ed immacolata l'anima di lei, ed è perciò erroneo il volerla di per sé considerare, come fa la Corte di merito, quale mezzo di corruzione e di incitamento alla prostituzione »; né la corruzione può essere intravista, alludendo a promesse di matrimonio non mantenute, ricorrendo a « la *seduzione*, non più prevista come reato dal legislatore italiano » (80).

Di fronte alla sentenza, che appare 'strana' ed 'eccessiva' (81), il dissenso degli annotatori assume spesso toni lirici privi di controllo (82). In riferimento alle « sedotte » (cui « tien dietro la triste

(79) Così Corte di Cassazione (Seconda Sezione), 2 agosto 1905, in *Rivista penale*, 1905, p. 525.

(80) Corte di Cassazione, 13 agosto 1909 (Presidente Lucchini), in *Rivista di diritto e procedura penale*, I, 2, 1910, pp. 234 e ss.; pp. 237 e 238; con nota di A. ZERBOGLIO (*Corruzione di minorenni mediante congiunzione carnale*); può essere letta anche in *La Scuola positiva*, 1910, pp. 206 e ss., con nota di G. BAVIERA (*La « seduzione di minorenne » in relazione all'art. 335 Cod. pen. ed alla giurisprudenza*).

(81) Cfr. A. ZERBOGLIO, *Corruzione di minori mediante la congiunzione carnale*, cit., p. 234.

(82) Cfr. G. ESCOBEDO, *Elogio della congiunzione carnale* (Nota a Corte di Cassazione, sezione II, 13 agosto 1909), in *La giustizia penale*, 1909, cc. 1404 e ss. (negli anni immediatamente successivi nella stessa Rivista compare ad opera dello stesso Autore una serie di articoli da confrontare soprattutto per la ricercata amenità delle intitolazio-

corte degli illegittimi») — si commenta ne *La Scuola Positiva* — la legge colpisce « con durezza implacabile ... le vittime»: nel diritto civile si vieta la ricerca della paternità, il diritto penale 'per non invadere la morale' si limita a proteggere i minori solo sino agli anni sedici ⁽⁸³⁾; la Cassazione ora, completando una sua progressiva « erosione » nei confronti di quell'ultima protezione « contro le insidie della seduzione », giunge addirittura a « dissolvere » il reato ⁽⁸⁴⁾.

Mossa « dal proposito di rivendicare il santo diritto all'amore da pregiudizi morali e da nebulosità mistiche e ascetiche », una difesa della decisione esalta « il concetto, tutto materiato di modernità » espresso dalla Cassazione: la donna ha personalità propria, « la giovinetta, amando, usa d'un suo diritto », la libera congiunzione

ni); A. STOPPATO, *La libertà sessuale e il delitto di corruzione dei minorenni*, in *Il progresso del diritto criminale*, II, 2, 1910 pp. 73 e ss.; G. BAVIERA, *La « seduzione di minorenni » in relazione all'art. 335 Cod. pen. ed alla giurisprudenza*, cit., pp. 208 e ss.; L. BETTONI, *Seduzione e corruzione (articolo 335)*, *Nuove considerazioni*, in *Supplemento alla Rivista Penale*, XX, 1911, pp. 301 e ss.; D. RENDE, *Congiunzione carnale consensuale e corruzione di minorenni* (nota a Corte di Cassazione, Sezione II, 25 Novembre 1910), in *Giurisprudenza penale*, 1911, II, cc. 222 e ss.

⁽⁸³⁾ G. BAVIERA, *La « seduzione di minorenni » in relazione all'art. 335 Cod. pen. ed alla giurisprudenza*, cit., pp. 208 e 209. La limitazione a sedici anni è ritenuto incongrua: « parrebbe nella opinione del legislatore la seduzione (la corruzione) dei minorenni fra i 16 e i 21 anni un fatto di *moralità interna*, che non arreca danno evidente ed apprezzabile alle famiglie... »; « ... è grave delitto indurre una minorenni a firmare una cambiale di cinquanta lire, è poi giuridicamente irrilevante il sedurla ad atti, che, come l'amplesso sessuale, ne ledono la persona fisica e morale, ne offendono l'onore, ne compromettono irreparabilmente l'avvenire ».

⁽⁸⁴⁾ G. BAVIERA, *La « seduzione di minorenni » in relazione all'art. 335 Cod. pen. ed alla giurisprudenza*, cit., p. 209. Si è esclusa la corruzione di persona corrotta (« il patrimonio d'onore di una fanciulla diviene una specie di *res nullius*, indegna di ogni ulteriore tutela, sol perché da taluno, una prima volta violato »); si è esclusa la tutela « in presenza di impulso di reciproco affetto »; è stato respinto il riferimento alla corruzione derivante da seduzione con promessa di matrimonio, dimenticando che l'articolo 335 era stato presentato nel Codice Zanardelli proprio come tutela predisposta per quella ipotesi. Ora si sostiene che solo atti « anormali, patologici, contrari alla conservazione dell'individuo e della specie » possono realizzare la corruzione, mentre la congiunzione carnale può lasciare 'immacolata l'anima' (*ibidem*, pp. 209 e 210). Una visione del problema adeguata ai criteri della Scuola Positiva dovrebbe spingere — conclude — a insistere sulla figura del reo, distinguendo tra « il seduttore passionale », « il seduttore occasionale », « il seduttore abituale », « il sadista » (*ibidem*, p. 213).

carnale « non può giammai essere causa di delitto » (85). Coloro che criticano la sentenza — si aggiunge — muovono da una « presunzione di mancata libertà » e in modo ipocrita ripropongono un incongruo valore giuridico per la verginità, affermano una visione dell'uomo come « padrone della donna considerata come cosa », non vedono come « l'industrialismo moderno... ha dato ai minorenni e alla donna, viventi del loro lavoro » nuovi diritti « e tra questi diritti v'è per la minorenni atto al matrimonio, quello di amare » (86).

Di fronte ad una nuova sentenza della Cassazione sullo stesso tema, in una noterella, comparsa sulla rivista *La Scuola Positiva*, si ironizza su tale « lirismo avvenirista » e si pone in ridicolo il concetto di corruzione utilizzato dai giudici, posto in relazione alla 'fisiologia' e alla 'patologia' del rapporto sessuale e accompagnato, nello stesso tempo, dalla libidine rivolta 'all'animo' (87). Pronta è la replica: « la redazione della Scuola Positiva ... cinge il cilicio, impugna il flagello, smarrita su un sentiero passatista » (88).

Non è il caso d'insistere oltre sul dibattito, né di accennare alle fortune di molte formulazioni avanzate in questi anni nel Codice penale del fascismo (89), quello che mi preme sottolineare è che il

(85) Cfr. F. DE LUCA, *La congiunzione carnale con la minore dei sedici anni è sempre un delitto?*, in *Rivista di diritto e procedura penale*, I, 1, 1910, pp. 590 e ss.; pp. 594 e 598. La tesi è fatta valere insistendo soprattutto sull'incongruenza di una configurazione della congiunzione carnale con minore di anni sedici come delitto a fronte della presunzione di violenza riferita solo alle minori di anni dodici e dal richiamo agli articoli 55 e 68 del Codice civile (fissavano per la donna a quindici anni l'età per contrarre matrimonio, stabilendo la possibilità di dispensare per decreto reale la maggiore di anni dodici dall'impedimento).

(86) *Ibidem*, pp. 590 e 594.

(87) « Atti » di libidine su minorenni, rivolti al loro « morale »?, in *La Scuola Positiva*, 1910, p. 534. La nuova sentenza della Cassazione è del 5 agosto 1910.

(88) F. DE LUCA, *Appunti polemici. Ancora sugli atti di libidine*, in *Rivista di diritto e procedura penale*, 1911, parte prima, p. 471.

(89) Riguardo ai successivi ripensamenti della Cassazione sul tema delle relazioni tra « candore e innocenza » e « congiunzione carnale » con minori di anni sedici, cfr. M. MANFREDINI, *La corruzione di minori*, in *Rivista di diritto e procedura penale*, 1915, parte prima, pp. 193 e ss.; in particolare pp. 199 e ss.; M. MANFREDINI, *Gli atti di libidine e la corruzione nel delitto di cui all'articolo 335 c.p.*, in *Rivista di diritto penale e procedura penale*, II, 1918, p. 425. Sulla retorica successiva riguardo alla minorenni 'corrotta e corruttrice' cfr., a mo' d'esempio, F. LUCIFERO, *Sul reato di corruzione di minorenni (Cod. pen. art. 335)*, in *La scuola positiva*, 1927, parte II, pp. 340 e ss.; G. BENVENUTO, *La*

problema della tutela penale per la minorenne continua ad essere affrontato, al di là della prosa più o meno elegante riguardo al 'diritto d'amare', ancora all'ombra della ricerca di evidenze vere, reali, dell'onestà della donna. La questione della libertà della donna, quella della tutela del minore, sono questioni secondarie o irrilevanti. L'abbattimento della tutela penale non si presenta come il riconoscimento di una libertà, di un diritto, ma come negazione di un abuso delle donne, come rifiuto di un premio immeritato. Un filo di continuità unisce così le dispute riguardo alle sentenze della Cassazione presieduta da Lucchini con le scelte della depenalizzazione compiute tra Sette e Ottocento, l'unitarietà è data dal riferimento grossolano agli abusi delle donne, dalla ricerca di una collocazione dogmatica adeguata alla fine del sogno dell'onestà femminile presunta dal diritto.

È, del resto, lo stesso Autore che più insiste sulla 'modernità' delle sentenze della Cassazione presieduta da Lucchini a darci l'unitarietà del percorso: «...è doveroso — scrive — riconoscere che nella materia di corruzione di minorenni il Supremo Collegio ha posto fine ad una giurisprudenza, tutta impregnata di vieti e falsi criteri ... Questi criteri servivano ai più sfacciati ricatti da parte di donne senza scrupoli, ed erano anche un incitamento a giovinette non disoneste a darsi nelle braccia dei propri amanti, sicure che per il timore di una condanna chi le aveva godute era indotto o a sposare o a dotare »⁽⁹⁰⁾.

3.3. *La « sostanza interiore » e la « esteriore apparenza »: ratto con inganno*

Nel ratto per inganno di una maggiorenne i giudici di merito tornano a riproporre ancora la retorica della seduzione e a prospettare, a presumere, un'immagine femminile necessariamente virtuosa. Rivendicano la lettura 'autonoma' del fatto e l'incensura-

corruzione di minorenni nel progetto Rocco, in *La scuola positiva*, 1928, parte I, pp. 246 e ss.; ID., *Il ratto consensuale nel progetto di Codice penale*, in *ibidem*, pp. 134 e ss.

⁽⁹⁰⁾ «Ora il merito di aver distrutto tali inconvenienti o di averli limitati è principalmente di Lucchini » (F. DE LUCA, *Appunti polemici. Ancora sugli atti di libidine*, cit., p. 480).

bilità in Cassazione del loro apprezzamento: nelle ‘lusinghe di matrimonio’, nei raggiri e negli artifizii posti in essere dal seduttore scorgono l’inganno di cui parla l’articolo 340 del Codice Zanardelli ⁽⁹¹⁾. La dottrina segnala le ‘incongruenze logiche’ di tale interpretazione; la Cassazione richiama ‘l’ordine comune e generale delle cose’ che i giudici di merito sono chiamati a vedere: apprezza la ‘virtuosa indignazione’ che ispira la proposta di un ritorno della seduzione sotto la veste dell’inganno, ma nega la tenuta giuridica della ricostruzione. Gli spazi per un recupero della seduzione nell’ambito penale sono dogmaticamente chiusi, ‘i fatti’ richiamati dai giudici sono apparenze senza peso, incongrue reminiscenza del passato ⁽⁹²⁾.

« Inganno » è — si afferma — « formula troppo elastica »; tanto elastica da poter far riemergere situazioni scomparse e un vero e proprio ritorno della « figura dello stupro per seduzione cacciata per

⁽⁹¹⁾ « Chiunque, con violenza, minaccia o inganno, sottrae o ritiene, per fine di libidine o di matrimonio, una donna maggiore di età o emancipata è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni ». La questione si ripropone soprattutto in riferimento all’articolo 341: « Chiunque con violenza, minaccia o inganno, sottrae o ritiene, per fine di libidine e di matrimonio, una persona di età minore (...) è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni » e, nel secondo comma: « Se la persona minore sia sottratta o ritenuta senza violenza, minaccia o inganno, ma col suo consenso, la pena è della reclusione da sei mesi a tre anni ».

⁽⁹²⁾ La disputa principale che divide « dottrina e giurisprudenza » è « se nell’inganno possa contenersi la seduzione, possa cioè aversi la figura del ratto per seduzione e la seduzione con promessa di matrimonio ». Si cfr. M. MANFREDINI, *Sull’inganno quale elemento costitutivo del ratto proprio (a proposito di due recenti sentenze)*, in *Rivista di diritto e procedura penale*, 1910, parte prima, pp. 658 e ss., p. 659 e p. 663. Nonché G.B. DE MAURO, *L’estremo dell’inganno nel delitto del ratto* (nota alla Corte di Cassazione, 17 agosto 1911 [presidente Lucchini]), in *Rivista di diritto e procedura penale*, 1912, parte seconda, pp. 169 e ss. che a sostegno di « una giurisprudenza illuminatamente liberale » sintetizza i motivi ‘storici’ che si oppongono alla configurazione della seduzione come inganno: « La donna che tiene veramente alla sua pudicizia e alla sua castità deve saper trovare la forza di resistere ad una oramai sfruttata tentazione, che se poi dà in anticipo al primo pretendente ciò che invece dovrebbe concedere al suo sposo legittimo, non avrà a dolersi della sua sorte se non con se stessa, con la sua troppo facile credulità »; « ... la donna cede alle lusinghe del seduttore perché vuol afferrare quel marito che le pare le sfugga... ». A immancabile sostegno dell’argomentazione dogmatica volta a esigere una ‘vera’ contaminazione de « l’anima e del corpo » della fanciulla ci sono le pagine di Gaetano Filangieri (*ibidem*, pp. 170, 171 e 173).

la porta nell'articolo 331 [violenza carnale] del Codice penale »⁽⁹³⁾. La formula 'elastica' in effetti è utilizzata da parte della giurisprudenza senza tante sottigliezze: si può ravvisare inganno nella promessa di matrimonio non adempiuta, nelle arti e nei raggiri posti in essere dal seduttore, nelle « mentite sofferenze », nelle minacce di suicidio⁽⁹⁴⁾. Ragioni d'ordine sistematico condannano la scelta dei giudici. La Cassazione precisa che l'inganno non può riferirsi alla congiunzione carnale e che non può consistere nella semplice promessa di matrimonio⁽⁹⁵⁾: se così fosse — si dice — riviverebbe, e con maggior gravità, lo stupro per seduzione con promessa di matrimonio 'bandito dal legislatore'⁽⁹⁶⁾.

Resta difficile però porre distinzioni precise tra « inganno » e seduzione. Chi condivide la scelta del legislatore dell'equiparazione dell'inganno alla violenza propone definizioni imprecise⁽⁹⁷⁾; chi si

⁽⁹³⁾ P. VIAZZI, *Ratto*, in *Enciclopedia giuridica italiana*, XIV, 1, 1900, p. 210.

⁽⁹⁴⁾ Cfr. *Corte di Cassazione, Sezione II, 23 febbraio 1900* (con nota di G. ESCOBEDO, *L'inganno nel ratto*), in *Giurisprudenza italiana*, 1900, II, cc. 193 e ss.

⁽⁹⁵⁾ L'inganno non consiste « nel portar seco una donna ed averne i favori su semplice promessa di matrimonio », ed è necessario « che ciò abbia avuto luogo al seguito di arti e raggiri che possano aver occultato il fine pravo dell'agente ». Ed è l'immagine che i giudici hanno della donna che guida la lettura del caso: « nella specie, se alla G. piacque di accogliere le proposte... nella credulità rimasta poi delusa, di raggiungere di essere sposata, certo non è a parlarsi che fosse sottratta con inganno, (...) seguendo e compiacendo il D'Andrea fu essa che si inganno nei suoi calcoli » (*Corte di Cassazione, sez. seconda penale, 24 gennaio 1893*, in *La Corte Suprema di Roma*, 1893, p. 252).

⁽⁹⁶⁾ Cfr. G. GRAZIOLI, *Ratto*, in *Il Digesto italiano*, XX, 1, 1911-15 (la voce è datata 1910), p. 180.

⁽⁹⁷⁾ « ...l'inganno e il raggio paralizzando ogni volontà ed energia della donna, rendono impossibile ogni resistenza di lei, la danno inerme in braccio al colpevole, e talvolta la dimostrano consenziente alle voglie di costui » (C. CALOGERO, *Dei delitti contro il buon costume e l'ordine delle famiglie*, cit., p. 1148); « Nell'inganno vi è un grado di efficacia oltre il quale non è possibile a chicchessia di giovare di qualunque sussidio di attenzione e di ocultezza: e qui non è dubbio che la libertà del consenso è annullata del tutto, essendo distrutta dai mezzi che ne paralizzano l'attività, costringendola a sottostare alla forza dell'errore e dell'artificio » (M. LONGO, *Commento al Codice penale italiano*, Torino, 1911, II, p. 252). Altri non si pongono molti problemi: « E quanto all'inganno deve essere costituito da arti o raggiri che occultino verso la donna il fine pravo dell'agente. Anche una promessa di matrimonio fatta in condizioni che la rappresenti seria può costituire inganno, come vuole la legge » (G. CRIVELLARI, *Il Codice penale per il Regno d'Italia*, cit., VII, p. 583).

oppone al richiamo ritiene di poter contenere la pericolosità del riferimento insistendo sulla diversità « giuridica » tra l'inganno e la seduzione (« la donna sa quello che vuole il seduttore, malgrado si faccia convincere da lusinghiere proposte »⁽⁹⁸⁾), tra l'inganno e le vaghe promesse o la « semplice menzogna »⁽⁹⁹⁾.

Dalle dispute tecniche riguardo al ratto traspare che il termine 'inganno' evoca ancora, istintivamente, la seduzione e figure femminili 'antiche'. La sconfitta dell'indirizzo giurisprudenziale volto a far riemergere la seduzione si fonda, più che su distinzioni scientifiche (che sono inevitabilmente fragili) soprattutto sulla necessità di mostrare ai giudici la 'vera' realtà, la 'nuova' realtà femminile di cui tenere conto: l'immoralità delle donne, i possibili abusi delle donne. L'inganno nei confronti della donna deve essere rintracciato fuggendo il sospetto di qualsiasi complicità del giurista con donne disoneste, rifiutando protezione a false sedotte: l'inganno richiede il raggio, ha bisogno di una visibile *mise en scène*, ma (visti 'gli abusi delle donne') occorre essere consapevoli che « si rasenta ... sempre un pericolo: quello di punire la seduzione all'incontrario, applicare la pena al maschio, forse perché si è lasciato sedurre »⁽¹⁰⁰⁾.

L'attenzione non è rivolta alla libertà della donna, ma esclusivamente alla sua onestà: la configurazione ampia o ristretta d'inganno è condizionata soltanto dallo scontro riguardo all'immagine dell'onestà della donna da assumere a base del giuridico. Ogni richiamo al *praesumitur seducta* è negato con indignazione, non per l'offesa che porta alla dignità e alla libertà, ma per il riferimento ad un'onestà femminile oramai inesistente, irrimediabilmente perduta. Non è un caso che la ricostruzione dogmatica sia tutta attraversata dal capovolgimento continuo delle 'finzioni poetiche' e da prosaiche negazioni del sogno di onestà della donna diffuso in antico regime: « ...il maschio parrebbe che trascini e la femmina parrebbe che resista: ed ivi novanta volte su cento abbiamo una vittima nel preteso

⁽⁹⁸⁾ G. GRAZIOLI, *Ratto*, cit., p. 180.

⁽⁹⁹⁾ « Guai se potesse lamentare l'inganno contemplato dal Codice una donna che avesse acconsentito ad una fuga di fronte a vaghe e generiche promesse... Né di solito può dirsi corra l'inganno, allorquando si presti fede ad una semplice menzogna, ma occorre il raggio la *mise en scène* ». P. VIAZZI, *Ratto*, cit., p. 211.

⁽¹⁰⁰⁾ P. VIAZZI, *Ratto*, cit., p. 211.

rapitore; vittima della combinata cecità del proprio trasporto amoroso con la frigidità calcolatrice della femmina... »; « ...la donna è sedotta (...) ma da sé medesima: sedotta dalla sua avidità, sedotta dai sensi, sedotta dall'ambizione di divenire una signora... » (101).

Non assumere quest'immagine femminile a base dei processi significa capovolgere la realtà (« si trovò una Corte d'appello che condannò la vittima — volevo dire il maschio » (102)), non essere in grado d'interpretare scientificamente la volontà libera della persona rapita, una volontà 'vera' che il giurista deve ora saper cogliere conoscendo « la femmina che usa l'arte di farsi vincere »: « ...il giudice deve passare la superficie ed entrare nell'intimo valore degli eventi; né il comodo di una pretesa vittima la quale trovi utile lagnarsi dopo, come trovò utile protestare solo *pro forma* dapprima, può scuotere il criterio illuminato di chi si avvezzi a distinguere nei fatti dell'anima umana la sostanza interiore dalla esteriore apparenza » (103).

Passare la superficie, cogliere la sostanza interiore, non accontentarsi dell'apparenza: il giurista deve saper leggere nel profondo dell'anima umana, renderla trasparente. Era quanto spingeva i giuristi di antico regime a dubitare costantemente della volontà libera della donna. Quei dubbi si sono ora trasformati solo in certezze: la 'poetica' figura della seduzione che traduceva il sogno in principio giuridico e dietro la superficie, oltre il consenso apparente, coglieva quel dissenso consono alla donna sempre onesta, non ha più senso, contrasta con quanto si deve vedere nella realtà. Ora l'invito rivolto ai giudici si fonda sul costante capovolgimento del sogno: recuperi sussidiari di antiche protezioni, romantici ritorni al passato sono impossibili per la forza espansiva dell'immagine della donna colpevole, un'immagine da scorgere oltre ogni esteriore apparenza.

Ai giudici di merito — che negano imputazioni di violenza carnale per mancanza di prove (« ella sapea bene quello che concedeva; corse l'alea del disonore... ») ma poi recuperano in via sussidiaria l'onestà della donna per colpire il seduttore, ricorrendo alla figura del ratto con inganno — anche la Cassazione richiede coe-

(101) *Ibidem*, p. 199 e p. 211 in nota.

(102) *Ibidem*, p. 211.

(103) *Ibidem*, p. 212.

renza e oppone il confronto con la realtà. È impossibile rifugiarsi « dietro le apparenze di una pura e semplice questione di fatto »⁽¹⁰⁴⁾: la rivendicazione di una configurazione dell'inganno come questione di fatto incensurabile in Cassazione deve essere respinta di fronte all'evidenza della nuova realtà, « all'ordine generale e comune delle cose che ognuno è in grado di valutare »⁽¹⁰⁵⁾ e che inesorabilmente mostra un consenso della donna che non può più essere piegato dai giuristi e dalle loro presunzioni di onestà, 'mutando faccia alle cose'⁽¹⁰⁶⁾.

⁽¹⁰⁴⁾ *Corte di Cassazione (seconda sezione), 17-28 Dicembre 1909*, in *Rivista penale*, LXXI, 1910, pp. 328 e ss., p. 330.

⁽¹⁰⁵⁾ « ...l'apprezzamento del giudice del merito [è] sovrano e incensurabile finché si tratti di accertare le circostanze peculiari e contingenti dei fatti (...), non più quando esso si riferisca all'ordine generale e comune delle cose, che ognuno è in grado di valutare, o dalle deduzioni logiche e giuridiche da trarsene, per cui non può sottrarsi all'esame e alla censura del Supremo Collegio ». *Corte di Cassazione 17-28 Dicembre 1909*, cit., p. 330.

⁽¹⁰⁶⁾ « ...ben libera la Corte di Trani di ritenere un fiore di virtù e di prudenza la Morgese, che si lasciava commuovere dalle proteste d'amore di Lepore e accettava un convegno sul bello della mezzanotte in una pubblica e deserta via con lui che le prometteva bensì di sposarla, ma intanto le chiedeva baci, amplessi, fusione di corpi; ... padronissima la Corte di Potenza di trovar encomiabile la pietà della Morgese per le erotiche ambasce dell'innamorato... e sia incensurabile la Corte di Aquila, che non soltanto prestò piena fede alla dichiarazione della Morgese, ma che trovò perfettamente corretta la condotta di una fanciulla che fa quello che fece la Morgese sulle semplici assicurazioni e proteste del Lepore; ma né le Corti che giudicarono precedentemente e che furono già censurate dalla Suprema Corte poteano scambiare l'abuso ipotetico, che il ricorrente fece della supposta grossolana credulità della ragazza, con l'inganno richiesto a integrare il ratto; né, per schermirsi della censura di questa Corte, poteva la Corte d'Aquila mutar la faccia alle cose... ». *Corte di Cassazione 17-28 Dicembre 1909*, cit., p. 330. Riguardo alle pronunce antecedenti si cfr. *Corte di Cassazione (seconda sezione), 28 febbraio 1908*, cit.; *Corte di Cassazione (seconda sezione) 29 dicembre 1908*, in *Supplemento alla Rivista penale*, 17, 1908-1909, pp. 309 e ss. L'imputato era stato rinviato a giudizio dinanzi al Tribunale di Trani in riferimento all'art. 331 n° 4 (violenza carnale compiuta per effetto di mezzi fraudolenti) del Codice penale, ma era stato assolto. La Corte d'Appello di Trani lo aveva invece condannato per ratto con inganno (per violata promessa di matrimonio). La Cassazione, presieduta da Lucchini, aveva chiarito che la promessa di matrimonio non poteva integrare gli estremi dell'inganno richiesto dalla legge. La Corte d'Appello di Potenza si attiene su questo punto alla pronuncia della Cassazione, ma condanna comunque per ratto (d'inganno); al nuovo annullamento della Cassazione fa seguito la pronuncia della Corte d'appello dell'Aquila, censurata poi nella sentenza qui richiamata.

I giudici di merito ancora propensi a proporre una visione ampia dell'onestà compiono dunque errori di diritto occultati « sotto la parvenza di un apprezzamento di fatto »; quei giudici, ovviamente, sono dominati dal « preconconcetto » che li spinge a colpire in ogni caso fatti immorali, irrilevanti giuridicamente ⁽¹⁰⁷⁾. Dall'ironia dei giudici di Cassazione nei confronti dei giudici di merito disposti ancora a prestare fede alla 'prudenza' e alla 'virtù' femminile, dal tono scettico dell'argomentazione, non affiora la distinzione tra diritto e morale su cui tanto si insiste, ma riemerge ancora la scelta del silenzio della legge come sanzione verso la donna. Scritta nell'ordine generale e comune delle cose, la presunzione d'immoralità della donna vince il richiamo alla presunzione di seduzione utilizzata dai giudici di merito. Il giurista deve saper trarre logiche conseguenze dalla realtà: sotto le apparenze 'antiche' esiste una figura femminile 'nuova' nata dalla degenerazione delle tutele di antico regime.

Quanti rifiutano tale impostazione rivendicano naturalmente la concretezza del fatto, la 'vera realtà' travisata dagli astratti richiami della Cassazione. Il richiamo all'ordine generale e comune delle cose e alle logiche deduzioni giuridiche da trarsene — si obietta — prevarica la ricostruzione del fatto e sacrifica 'la verità' all'affermazione di un principio astratto. I giudici di merito hanno visto nel caso concreto 'l'inganno', hanno soppesato « il grado di intelligenza della donna », « la passione », « le varie e complicate arti » della seduzione, le astuzie, le frodi, i desideri... Il richiamo all'ordine generale e comune delle cose impone un'iniqua limitazione all'attività del giudice, falsa la realtà, non considera « qual sia oggi la potenza di resistenza della donna di fronte alla promessa di matrimonio », ignora la « diminuita volontà » della donna causata dai condizionamenti sociali e dalla « lotta per il matrimonio » ⁽¹⁰⁸⁾.

⁽¹⁰⁷⁾ *Corte di Cassazione (seconda sezione) 17-28 Dicembre 1909*, cit., p. 330.

⁽¹⁰⁸⁾ « il matrimonio è la *posizione* della donna di oggi (...) la donna consumata da questa lotta per il matrimonio, quando si trovi di fronte ad una possibilità di esso, è già diminuita nella sua volontà a causa delle influenze che le condizioni di vita fanno pesare su di lei: ... ella cede alle arti del seduttore; acconsente, ma è soggiogata dalla di lui volontà... ». M. MANFREDINI, *Sull'inganno quale elemento costitutivo del ratto proprio (a proposito di due recenti sentenze)*, in *Rivista di diritto e procedura penale*, I, 1, 1910, pp. 658 e ss.; 660 e 661.

Prescindere preventivamente dall'analisi della concreta efficacia della seduzione come inganno, significa insomma riproporre capovolte le rigide presunzioni del passato e affermare una moralità più severa e spietata di quella antica: la Cassazione « tiene a ritrovare in ogni caduta una colpa che sulla femmina ricada » (109).

L'indignazione per la fine della seduzione, scomparsa da quanto è evidente per i penalisti, sa solo evocare l'immagine di una vera onestà dell'anima e di una volontà diminuita: la libertà resta elemento accessorio del discorso. E inevitabilmente le argomentazioni si ripetono, i dubbi sulla vera libertà del consenso si ripropongono in una spirale di interpretazioni già viste (110).

(109) M. MANFREDINI, *Sull'inganno quale elemento costitutivo del ratto proprio*, cit., p. 660.

(110) E assolutamente nulla di nuovo si rintraccia nei dibattiti che dividono la giurisprudenza e la dottrina riguardo al ratto improprio, al ratto della consenziente: qui ritroviamo letteralmente gli scontri diffusi nella penalistica di antico regime riguardo all'interpretazione del richiamo alle donne *sive volentibus sive nolentibus* presente nella Costituzione di Giustiniano. L'art. 341 del Codice Zanardelli prevede una figura di ratto di persona minore [di 21 anni] compiuta « senza violenza, minaccia, inganno, ma col suo consenso » (la pena è quella della reclusione da sei mesi a tre anni). La lettura della dottrina è classica: il diritto leso, si afferma, è quello della famiglia; la donna riceve tutela solo indirettamente in quanto si presume che il suo consenso sia falsato, sia stato estorto. Chi critica la norma (cfr., per tutti, P. VIAZZI, *Ratto*, cit., pp. 215 e ss.; C. CALOGERO, *Dei delitti contro il buon costume e l'ordine delle famiglie*, cit., 1156 e 1157) non si indigna tanto per l'incoerenza nella configurazione degli spazi di libertà e per il settoriale ritorno di un'assoluta indisponibilità dell'onore della famiglia, quanto per l'assurdità di una tutela penale accordata dalla legge ad un consenso deviante della donna. Come è possibile tutelare col diritto una volontà disonesta? Come si può premiare il consenso prestato al proprio disonore? Le configurazioni per cui « il consenso esclude la esistenza del ratto » torna ad incrociarsi con la valutazione per cui « si presume sempre la violenza »: a muovere le diverse ricostruzioni resta la preoccupazione (comune a tutti) che la tutela penale diventi « un pericoloso strumento di ricatti » nelle mani di donne disoneste (cfr. F. MANDUCA, *Il ratto consensuale o improprio*, in *La Scuola Positiva*, 1893, pp. 681; 683, 685). La Cassazione 'oscilla': configura il reato 'contro i genitori' e richiama nello stesso tempo 'la mancanza di valido consenso nella persona rapita' (cfr. A. POZZOLINI, *Rivista critica di giurisprudenza controversa*, 2. *Ratto consensuale*, in *Archivio giuridico*, 1898, pp. 150 e ss.; e *Corte di Cassazione*, 22 dicembre 1898, in *Il Filangieri*, 1899, p. 711); per risolvere le incongruenze insiste, infine, soprattutto sul dolo specifico (disegno di far abbandonare la casa paterna: « fuga e abbandono vero dalla casa paterna per un tempo non breve ») e si oppone di fronte agli inevitabili richiami alla seduzione proposti dai giudici di merito. Cfr. *Cassazione 8 luglio 1913* (con una nota di M.

3.4. « *Non in grado di resistere... per effetto di mezzi fraudolenti* »

Il richiamo alla 'seduzione vera' e alla seduzione con promessa di matrimonio si ripropone sostanzialmente negli stessi termini riguardo alla violenza carnale: lo spiraglio normativo è offerto in questo caso dal riferimento presente nell'articolo 331 ai « mezzi fraudolenti »⁽¹¹¹⁾. E la disputa dogmatica torna a considerare l'onestà della donna, la violenza al corpo e la violenza all'anima, tornando a contrapporre modelli femminili e presunzioni 'opposte'.

La 'frode' agisce sull'animo, sulla mente, provoca una deformazione della coscienza, oscura il consenso, lo annulla: è « insita nel fatto » di chi, « approfittando della oscurità della notte, poté entrare nel letto di lei, che credette suo marito... »⁽¹¹²⁾; si mostra nei « pretesti ed i raggiri » usati da chi, « per trionfare di tutte le resistenze della disgraziata sua vittima », si avvale « di un talismano che sull'animo di una giovinetta ha l'irresistibile fascino di un vero costringimento »⁽¹¹³⁾; è rintracciabile nella simulazione di matrimonio come nell'uso dell'ipnotismo; è indubbia nell'ipotesi classica e letterariamente fortunata dello 'stupro della dormiente'⁽¹¹⁴⁾. Muo-

MANFREDINI, *Il dolo specifico nel ratto consensuale*, in *Rivista di diritto e procedura penale*, IV, 2, 1913, pp. 740 e ss.; e *Prima Raccolta completa della Giurisprudenza sul Codice penale*, cit., III, art. 341, in particolare nn. 39, 40, 42, 44, 98, 182, 211, 216.

⁽¹¹¹⁾ « Chiunque, con violenza o minaccia, costringe una persona (...) a congiunzione carnale è punito con la reclusione da tre a dieci anni. /Alla stessa pena soggiace chi si congiunga carnalmente con persona (...) la quale al momento del fatto: (...) 4° non sia in grado di resistere, per malattia di mente o di corpo o per altra causa indipendente dal fatto del colpevole, ovvero per effetto di mezzi fraudolenti da esso adoperati ».

⁽¹¹²⁾ *Corte di Cassazione, Sez. seconda penale 8 maggio 1893*, n. 2640, in *La Corte Suprema di Roma*, XVII, 1893, pp. 475 e 476.

⁽¹¹³⁾ *Corte di Cassazione, 30 gennaio 1902*, in *Il Filangieri*, 1902, p. 797; può essere letta anche in *Giurisprudenza italiana*, 1902, II cc. 237 e ss. con nota di S. LONGHI (*La « violenza morale » come elemento della violenza carnale*) che propone attraverso la via di un'utilizzazione ampia della violenza un recupero della normativa 'antica' relativa alla seduzione: « ... se la seduzione cessò di costituire reato a sé, non è però escluso che possa costituire parvenza di quella violenza o di quella frode che è estremo essenziale del reato previsto dall'articolo 331 del Codice penale » (c. 240).

⁽¹¹⁴⁾ Cfr. *Corte di Cassazione, 28 novembre 1904* (con una risentita nota di D.

vendo da questi assunti in qualche giudicato si affaccia l'idea che la seduzione possa costituire 'frode'; fra 'i mezzi fraudolenti' spicca la seduzione con promessa di matrimonio ⁽¹¹⁵⁾: come non ravvisare nella *mise en scène* del seduttore un vero mezzo fraudolento? Pagine intere di letteratura giuridica lo confermano: la volontà è comunque coartata, la donna è posta nella impossibilità di resistere, il consenso è apparente, indotto dai dolosi artifici adoperati dal seduttore; non si tratta di tenere conto di *blanda verba*, ma di una seduzione vera, pericolosa persuasione che agisce sull'animo e attenta all'onestà, si tratta di una frode più pericolosa della violenza perché compiuta utilizzando la 'accecante' speranza del matrimonio dalla donna 'tanto vagheggiato' ⁽¹¹⁶⁾.

Ma la ricerca di una protezione per l'onestà della donna affidata alla retorica della seduzione è oramai nel diritto penale solo una reliquia del passato. L'ipotesi di un'ascesa della 'frode/seduzione' verso la violenza è da respingere per le solite ragioni di carattere sistematico, e soprattutto perché in contrasto con la protezione giuridica riservata solo ad un'onestà vera della donna: la *ratio legis* emergente dai lavori preparatori (l'esplicita volontà di depenalizzare la figura della seduzione con promessa di matrimonio), l'analisi della 'sostanza interiore' del consenso (la promessa di matrimonio 'illude' ma non toglie la capacità di resistere, 'persuade' ma non è tale da costituire 'inganno' o 'frode') ⁽¹¹⁷⁾, mostrano che la seduzione non elimina mai la libertà del consenso della donna.

RENDE, *Se il sonno naturale della vittima costituisca presunzione di violenza nel reato di congiungimento carnale*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1905, II, cc. 200 e ss. in cui si nega la tesi del tribunale, e si afferma che, « dal concetto della legge e dalla stessa natura delle cose », « la ragazza dormiente » può resistere.

⁽¹¹⁵⁾ Giulio Crivellari è tra i pochi a non sollevare nessun dubbio riguardo alla comprensione della seduzione tra i 'mezzi fraudolenti' di cui al n. 4 dell'articolo 331 e, ovviamente, « Fra i vari casi di seduzione non va dimenticata la promessa di matrimonio non adempiuta. (...) Noi crediamo non occorranno quei solenni sponsali venuti meno senza giusta causa che esige il Codice toscano, ma una qualunque promessa, purché, per le condizioni di età delle persone, abbia un carattere di serietà che possa trarre in inganno » (G. CRIVELLARI, *Il Codice penale per il Regno d'Italia*, cit., VII, p. 532).

⁽¹¹⁶⁾ *Corte di Cassazione di Roma (Prima Sezione)*, 18 ottobre 1895, in *Il Foro italiano*, 1895, II, c. 517; la si veda anche in *Rivista Penale*, 1896, pp. 171 e 172.

⁽¹¹⁷⁾ Cfr., in sintesi, C. BIANCHEDI, *Violenza carnale*, in *Il Digesto italiano*, cit., pp. 1094 e ss.

Gli 'abusi del passato' indicano che la donna 'veramente onesta' conosce « le solite arti della comun seduzione », « l'inganno non meno solito e volgare delle promesse di matrimonio »: non si può, dunque, lasciarsi andare alle 'apparenze' — così si commentano sulla *Rivista penale* le sentenze volte ad « allargare ... di soverchio l'incriminazione in tema di violenza carnale » — e « porre la tutela della legge a servizio di una virtù femminile poco salda, anzi vacillante »⁽¹¹⁸⁾.

Il penalista moderno non può confondere promessa di matrimonio e violenza (la forza della promessa di matrimonio non può più essere utilizzata per cancellare la disonestà del consenso⁽¹¹⁹⁾), la seduzione con i 'mezzi fraudolenti' di cui parla la legge: se così fosse « si verrebbe ... all'assurdo di aprire il campo più sterminato alle querele; perché non definito il concetto della seduzione, potrebbe facilmente ogni donna abbandonata imputare di seduzione l'uomo a cui ha volontariamente ceduto dopo la parvenza di una resistenza destinata a non confonderla con le donne che si offrono, ed a salvare l'onore delle armi in un combattimento nel quale preferiva rimanere vinta anziché vincitrice »⁽¹²⁰⁾.

Ed ancora lo schema dogmatico si fonda sulla realtà resa evidente dalla depenalizzazione dell'ampia configurazione dello stupro di antico regime. La seduzione/frode è ora impossibile per il modello femminile presupposto dalla legge: il giurista non è più chiamato a difendere la virtù della donna presumendo la sua onestà, ma deve diffidarne, così come fa il legislatore con il suo silenzio di condanna. Comunque configurata la seduzione mostra un grado

⁽¹¹⁸⁾ « Di questo passo ... temiamo si vada troppo oltre e si finisca, come suol avvenire, per ottenere effetti opposti e contraddittori a quelli che il legislatore si è prefisso, si finisca cioè per convertire le sanzioni penali poste a tutela della donna, della famiglia e della moralità in strumenti di turpi immoralità e ricatti ». Così in *Rivista penale*, 1896 (p. 171) in una nota alla sentenza della Cassazione del 18 ottobre 1895 citata sopra.

⁽¹¹⁹⁾ « la donna sa di concedere quanto non dovrebbe, e, arrendendosi alle voglie del suo amatore, non può ignorare il vero consenso della sua adesione (...) per le ragazze veramente oneste la promessa di matrimonio non costituisce certo una causa che annulli il potere di resistenza e le sospinga a favori non dovuti » (C. BIANCHEDI, *Violenza carnale*, cit., p. 1095).

⁽¹²⁰⁾ C. CASTORI, *Seduzione*, cit., p. 187.

d'onestà della donna insufficiente per meritare la protezione del diritto: l'interpretazione del giurista riguardo alla volontà non può certo essere deviata dal richiamo a una « virtù femminile poco salda, anzi vacillante », dev'essere sempre attenta al consenso libero, al vero dissenso (opposto con una resistenza vera reale effettiva ad una violenza vera reale effettiva) che mostra un'onestà visibile, la sola cui, cessati i sogni, si deve credere ⁽¹²¹⁾.

⁽¹²¹⁾ Il Codice Rocco propone una sorta di rivincita del pudore, con un esplicito richiamo alla seduzione (art. 526: « Chiunque, con promessa di matrimonio, seduce una minore di età, inducendola in errore sul proprio stato di persona coniugata, è punito con la reclusione da due mesi a due anni. Vi è seduzione quando vi è stata congiunzione carnale »); ma quel singolo richiamo, emerso dopo un contrastato dibattito, non muta il complessivo percorso qui descritto. Il ripristino della seduzione fu giustificato da ridondanti riferimenti all'etica fascista, al « rinnovamento etico che è una delle idealità dello Stato fascista ». Nei lavori preparatori puntuale è lo scontro riguardo agli strumenti giuridici attraverso cui realizzare tale 'rinnovamento etico', uno scontro che gravita tutto sulla donna da 'presupporre': alla protezione per la donna sedotta (« fragile creatura d'amore, educata al matrimonio, come quasi unica meta cui deve aspirare ») si oppongono immancabilmente gli 'abusi del passato', le apparenze della seduzione maschile a fronte di una realtà ricca di donne disoneste e di 'vere' seduzioni (quelle femminili). Cfr. Ministero della giustizia e degli affari di culto, *Lavori preparatori del Codice penale e del Codice di procedura penale*, IV, *Atti della commissione ministeriale*, Parte III, Verbali delle sedute della commissione, Roma, 1929, pp. 165 e ss., in particolare, p. 166 (intervento di Manzini: « si può dire che quasi sempre è la donna che seduce l'uomo », p. 167); nonché *ibidem*, IV, parte IV, *Relazione riassuntiva*, Roma, 1929, p. 376.

Oggi i penalisti guardano con giustificato disinteresse a quella norma che 'tipicizza una sorta di congiunzione carnale qualificata con particolare inganno', a metà tra tutela della libertà di autodeterminazione sessuale della donna e protezione di minorenni dalla corruzione. In riferimento ai mutamenti intervenuti nei rapporti tra i sessi, alle mutate abitudini sessuali, all'emancipazione della donna, si prospetta in quella norma un'ipotesi di « eccesso di tutela » (cfr. G. FIANDACA, *Seduzione con promessa di matrimonio*, in *Enciclopedia del diritto*, XLI, 1989, pp. 934). Lo storico ha il vantaggio di poter tacere su tutto ciò, limitandosi a scorgere in quell'articolo non solo l'ultima reliquia di una tutela antica, ma anche l'emersione di quella 'virtuosa indignazione' contro i silenzi del Codice che aveva disseminato di disagi e di contraddizioni l'interpretazione del Codice Zanardelli. Si può certo legare quel frammento affiorato nel Codice penale del 1930 alle 'velleità moralizzatrice' del Codice fascista e contrapporre ad esse il liberale silenzio del Codice Zanardelli (cfr. FIANDACA, *Seduzione con promessa di matrimonio*, cit.); ma — come abbiamo visto — le scelte 'opposte' sono meno distanti tra loro di quanto non si pensi.

4. *Il silenzio della legge e la 'virtuosa indignazione': la giurisprudenza civile*

Le fortune della seduzione tra Otto e Novecento sono molto più ampie nella giurisprudenza civilistica. Mentre la dottrina e la giurisprudenza penalistica, assieme a poeti e letterati, più che le avventure oramai celebra l'agonia e la morte di Don Giovanni ⁽¹²²⁾, la giurisprudenza e la dottrina civilistica tornano nella seconda metà dell'Ottocento a fissare i tratti 'tipici' della seduzione e si interrogano sulla veridicità del consenso della donna. Inseguendo i calcoli e le astuzie del seduttore, mostrando le sventure, l'ingenuità, l'onestà della sedotta, la giurisprudenza civile mette in scena personaggi sempre ben definiti, ripropone ruoli ben sedimentati nell'immaginario del giurista e fa così emergere, in opposizione al silenzio della legge, diritti da tutelare. I 'diritti della sedotta' affiorano da costruzioni ricalcate su modelli giuridici di antico regime, da una configurazione dell'illiceità che riesce a far emergere una situazione meritevole di tutela solo in quanto tratteggia a tinte forti l'immagine della donna come 'vera vittima', solo un quanto riesce ad annullare la veridicità del suo colpevole consenso.

Il richiamo ad una *voluntas ordinata* della donna torna ad annientare il riferimento alla *voluntas libera* e, ovviamente, tra gli strumenti utilizzati svetta la presunzione di seduzione: nella giurisprudenza civile il rimedio giuridico accordato per la lesione di un determinato interesse riesce a diventare realtà solo esasperando la *mise en scène* della seduzione, solo accentuando il carattere dei personaggi, rendendo prevedibili le loro mosse sul palcoscenico e nette le loro scelte per l'onestà o per la perdizione. Quanto più forte è la rappresentazione dell'onestà della donna, tanto più forte è la negazione della veridicità del suo libero consenso a fronte della 'violenza' della *persuasio*, e tanto più netta emerge, come accadeva nel modello di antico regime, la necessità di una tutela per le situazioni di 'vera onestà' trascurate dall'ingiusto silenzio del Codice.

(122) Cfr. G. MACCHIA, *Vita avventure e morte di Don Giovanni*, Milano, 1991⁵; A. CORBIN, *Dietro le quinte*, in P. Ariès-G. Duby (a cura di), *La vita privata. L'Ottocento*, Roma-Bari, 1988, pp. 433 e ss.

L'indignazione di fronte al silenzio del Codice, la 'virtuosa indignazione' che si oppone alle sue scelte severe, si fissa nuovamente in un'indagine che affronta il tema della 'vera' libertà del consenso della donna preoccupata soltanto di riscattare la disonestà di quel consenso, di negarne la 'colpevolezza'. Lo scontro dogmatico sulla *voluntas libera* torna ad essere solo uno scontro sull'immagine di onestà femminile da assumere nel giuridico.

L'ingiustizia contenuta nel divieto della ricerca della paternità diventa percepibile, visibile, reclama riparazione solo attraverso l'accentuazione dell'onestà della 'sedotta', solo mostrando la donna come 'vittima', negando la sua configurazione come *socia criminis*. Accordare una tutela di diritto civile sussidiaria al silenzio del Codice significa ripristinare l'immagine della donna onesta, della « vera vittima » tratteggiata dalla penalistica di antico regime e, nello stesso tempo, contrapporsi al capovolgimento dell'immagine della donna posto a base della depenalizzazione, negare il colpevole consenso. Negli stessi anni la lettura delle stesse 'apparenze' fa scaturire rappresentazione molto diverse nei penalisti e nei civilisti, letture spesso opposte della libertà del consenso e della sua onestà.

La giurisprudenza civilistica fa emergere un nuovo ampio richiamo alla seduzione traendo forza e sostegno dal composito coro di voci che contesta il contrasto tra giustizia e rigore della legge, che si oppone all'ingiustificato abbandono di una tutela ampia per l'onestà della donna. Il rimedio risarcitorio (l'affermazione di una colpa nel seduttore, l'individuazione di una vittima ancora degna di protezione) è percepito come affievolimento di un'ingiustizia morale generata dal silenzio della legge, come ritorno suppletivo del diritto per risolvere ipotesi in cui programmaticamente il legislatore aveva sancito che del diritto non c'era più bisogno. Di fronte al silenzio della legge che suona come sanzione verso una donna 'colpevole di consentire al suo disonore', la giurisprudenza civilistica ripropone la tutela mostrando l'onestà, l'assenza di consenso, l'impossibilità di una parificazione del consenso femminile a quello maschile, insistendo sul consenso 'diminuito' della donna.

Il riferimento al difetto della libertà del consenso da cui scaturisce la ricostruzione manifesta il disagio per la perdita di protezioni ampie collegate in antico regime all'illiceità delle relazioni sessuali fuori dal matrimonio: il giurista propone in contrasto con la rappre-

sentazione del diritto penale (tutta centrata sulla raffigurazione della donna come 'socio criminis') la donna come vittima onesta, ancora degna di tutela: « Il disonore, la gravidanza..., il mantenimento dei figli nati dal concubinaggio... Di fronte a tale stato di cose è giuridicamente logico l'abbandono della donna da parte di colui che, dopo averla adescata ai propri voleri e forse resala anche madre, le volga le spalle e vada via? ... il dolo, la frode, le male arti, la seduzione, la promessa di matrimonio, rendono vittima la donna » (123).

La seduzione mostra la donna onesta, la donna 'vittima' ed evidenzia l'indispensabilità di una tutela: il risarcimento del danno da seduzione accordato in base alla clausola generale della responsabilità per colpa è avvertito come un rimedio appropriato per i molteplici 'mali' collegati alla caduta delle tutele di antico regime. Istanze variegata alimentano così la configurazione della 'colpa' e del 'danno': quella di sanzionare comportamenti da condannare moralmente; quella di reintrodurre 'responsabilità' consapevolmente trascurata dal legislatore (individuando il seduttore tenuto al risarcimento si opera spesso infatti, a fronte del divieto stabilito dalla legge, un accertamento indiretto di paternità); quella di prevenire e attenuare situazioni sociali di cui la seduzione è rappresentata come causa (esposizione; infanticidio; prostituzione; 'delitti d'onore' (124)); quella di tutelare la virtù, l'onore, l'onesto pudore delle

(123) G. CESAREO CONSOLO, *Trattato del risarcimento del danno in materia di delitti e quasi delitti*, cit., pp. 258 e ss.

(124) « La cronaca quotidiana è fatta di seduzioni. I giornali parlano dei colpi di rivoltella e delle coltellate con cui le fanciulle tradite tentano di ristabilire l'equilibrio fra la loro debolezza e la malvagità virile. (...) La legge penale non punisce il seduttore della donna maggiorenne, e sia pure; ma non per ciò è meno illecita, disonorante e lesiva l'azione seduttoria; tanto che perdura sempre la sanzione di quell'altissimo codice morale che a tutto ed a tutti s'impone. Da ciò anche la responsabilità civile che deve gravare sull'autore dell'altrui onta ». Attraverso citazioni di questo tipo sostiene con forza 'il fondamento giuridico' della responsabilità da seduzione il Presidente del Tribunale di Roma (L. GATTI, *La seduzione della donna maggiorenne nella patria legge*, Nota a Cassazione di Napoli, 6 febbraio 1905, in *Giurisprudenza italiana*, 1905, I, 1, cc. 533 e ss.). In Francia suscitano particolare scalpore alcune sentenze-denuncia del Président Paul Magnaud del Tribunale di Château-Thierry in tema di 'delitti d'onore' commessi dalla sedotta nei confronti del seduttore. Un ampio resoconto sul punto in A. POUZOL, *La recherche de la paternité*, cit., pp. 194 e ss.; ma si cfr. anche R. WEYL - M.

donne, l'onore e l'ordine delle famiglie... Al di là della mancanza di norme giuridiche particolari, la clausola generale di responsabilità ripristina la difesa dell'onestà, indica « diritti per la donna sedotta » (125).

Lo sforzo principale della giurisprudenza è quello di determinare tecnicamente i contorni ampi della 'nuova' figura della seduzione di fronte ai limiti stabiliti dalla legge; anche le argomentazioni più tecniche finiscono col rinviare all'immagine dell'onestà fissata in antico regime: la tutela diventa cioè effettiva solo quando riesce a negare 'gli abusi delle donne' indiscriminatamente colpiti dal silenzio della legge. Le soluzioni tecniche rivendicano una loro 'purezza' e si propongono come descrizione concreta della realtà, delle responsabilità presenti nel caso particolare: il raggiungimento della tutela è dato però solo esasperando la finzione, mostrando ordinate sequenze di fatti tutti uguali, disegnando colpe e incapacità, malvagità e virtù entro un modello sempre uguale che fa rivivere nel diritto civile quell'immagine dell'onestà della donna rifiutata dal diritto penale.

4.1. *Colpa del seduttore e bisogno di tutela*

Il principio cui fa riferimento la giurisprudenza per supplire alle 'ingiustizie' del Codice e per ripristinare una tutela nei confronti dell'onestà della donna è la clausola generale di responsabilità contenuta nell'articolo 1151 del Codice civile (126). La giurisprudenza utilizza quell'articolo per reclamare un rimedio contro un'in-

PICARD WEYL, *Socialisme et justice dans la France de 1895: le 'bon juge Magnaud'*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 3/4 (1974-75), *Il 'socialismo giuridico'. Ipotesi e letture*, pp. 367 e ss.; ma in particolare p. 372.

(125) Cfr., per tutti, A. GIACOBONE, *I diritti della donna sedotta*, cit., pp. 27 e ss. L'ampia portata dell'art. 1151 del codice civile del 1865 come clausola generale di responsabilità — come appropriato rimedio per tutti i mali generati dalla seduzione — si sorregge in modo molto confuso su istanze morali e sociali, per poi trasformarsi in 'rigorosa' costruzione giuridica, seguendo con molta approssimazione i lavori di Giampietro Chironi (*La colpa nel diritto civile odierno. Colpa contrattuale*, Torino, 1884; *Colpa extracontrattuale Aquiliana*, I, 1886; II, 1887).

(126) « Qualunque fatto dell'uomo che arreca danno ad altri, obbliga quello per colpa del quale è avvenuto, a risarcire il danno ».

giustizia resa evidente dalla seduzione e non si pone molti problemi riguardo al diritto soggettivo da tutelare.

La clausola generale di responsabilità lascia all'interprete uno spazio ricostruttivo ampio, offre un istituto giuridico sensibile ai mutamenti e perciò capace di fornire un rimedio suppletivo per situazioni non tutelate esplicitamente dalla legge; ma quella clausola non può essere intesa — e non lo era di sicuro nell'Ottocento — come un neutro contenitore dogmatico capace di assorbire immediatamente nel giuridico ogni valore sociale. La tutela è rivendicata e accordata dai giudici in riferimento ad una costruzione che rende tipico un modello d'ingiustizia che tende a bloccarsi nel tempo e a 'inventare il diritto' ⁽¹²⁷⁾; il giudice accorda la tutela rinviando implicitamente ad una situazione predeterminata, ad un modello 'immobile' d'ingiustizia 'codificato' dalla stessa giurisprudenza. Nel caso del danno da seduzione quel modello è istintivamente ricalcato dalla giurisprudenza sul quadro delle tutele di antico regime, utilizzando le stesse figure presuntive volte a mostrare l'onestà della donna e l'assenza del suo vero consenso.

In altre parole: la costruzione giurisprudenziale in tema di seduzione va compresa cercando di andare al di là del riferimento, necessario e generico, al principio di responsabilità come 'polmone del Codice' in grado di tutelare situazioni non esplicitamente previste dal legislatore ⁽¹²⁸⁾. Nel corso dell'Ottocento si invoca il

⁽¹²⁷⁾ La moltiplicazione di fattispecie costitutive di responsabilità extracontrattuale si è presentata, del resto, come una lenta individuazione d'ipotesi tipiche aggregate attorno al 'generico' divieto di arrecare danno (e solo in qualche caso direttamente 'generate' dal precetto del *neminem laedere*); ipotesi in cui la varietà della « questio facti » è presto trasformata in una sorta di canovaccio attorno a cui si può aggregare senza difficoltà la « questio juris ».

⁽¹²⁸⁾ Com'è noto, la stessa 'atipicità' del rimedio aquiliano è stata fortemente discussa. La dottrina e la giurisprudenza ottocentesche oscillarono a lungo tra programmatica invocazione (spesso tanto enfatica quanto sterile) dell'ampiezza del principio generale di responsabilità e ricerca di una lesione di un preciso diritto (che, considerando risarcibili i soli danni che avessero violato un diritto soggettivo perfetto, depotenziava la diretta operatività del precetto generale, 'degradandolo' a sintesi di doveri specifici). Cfr. S. PUGLIATTI, *Alterum non laedere (il diritto positivo e le teorie moderne)*, in *Enciclopedia del diritto*, II, 1958, pp. 98 e ss.; R. SACCO, *L'ingiustizia di cui all'art. 2043* (Nota a Corte d'Appello di Palermo, 11 giugno 1959), in *Il Foro Padano*, 1960, (cc.

principio del *neminem laedere* per accordare esplicita protezione alla « somma dei diritti di ciascuno »: la teorizzata ampiezza della protezione offerta dal principio tende in sostanza a specificarsi come rimedio concreto solo per diritti tipicizzati ⁽¹²⁹⁾. Soltanto in pochissime ipotesi la giurisprudenza utilizzò il riferimento al principio generale del *neminem laedere* per accordare un risarcimento per ‘un diritto leso’ senza che fosse ben chiaro quale fosse e se ci fosse un preciso diritto (diverso naturalmente da quello desumibile dalla norma generale stessa). Tra queste ultime ipotesi ‘atipiche’ primeggiava tra Otto e Novecento proprio quella del risarcimento del danno derivante da seduzione, un’ipotesi in cui il diritto da tutelare scaturisce, diciamo così, dallo stesso racconto giurisprudenziale ⁽¹³⁰⁾.

Coloro che con maggior forza agli inizi del Novecento negavano l’esistenza di una norma giuridica generale contenente il divieto di ledere interessi altrui ed esigevano il riferimento a ‘norme giuridiche speciali’, a ‘doveri giuridicamente stabiliti’ ⁽¹³¹⁾, finivano non a caso

1420-1442), in particolare cc. 1429 e ss. Più in generale è utile cfr. A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1987, pp. 177 e ss.

⁽¹²⁹⁾ Cfr., ad esempio, TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, IV, Bruxelles, 1838, n. 119 e ss. (pp. 49 e ss.); F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, Paris-Bruxelles, XX, 1876, n. 404 e ss. (pp. 422 e ss.); G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano esposta con la scorta della dottrina e della giurisprudenza*, vol. V, *Fonti dell'obbligazione. Quasi contratti, fatti illeciti, legge*, Firenze, 1882: « ogni responsabilità di fatto illecito... richiede oltre la colpa e il danno, anche la lesione del diritto; perché dove havvi offesa di semplice interesse e non di diritto, manca il carattere essenziale dell'atto illecito » (p. 478); E. LAI, *Principii generali della responsabilità civile per delitti e quasi delitti*, Cagliari, 1880, p. 100; G. VIGNALI-G. SCALAMANDRE', *Commentario al Codice civile italiano*, Napoli, 1882, IV, p. 632 (da cui è tratta l'espressione riportata nel testo). Sulla questione si cfr. comunque G. CAZZETTA, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico (1865-1914)*, Milano, 1991.

⁽¹³⁰⁾ Il risarcimento del danno da seduzione opera solo indirettamente come conferma dell'operatività ampia del principio generale di responsabilità e della 'atipicità' della tutela. Il procedimento è infatti del tutto inconsapevole nella giurisprudenza: anche questa ipotesi, infatti, non era rappresentata come una coerente teorizzazione, come una concreta traduzione, dell'operatività della clausola generale; il risarcimento era accordato in base ad un procedimento retorico che spingeva, assorbendo aspetti della figura penalistica della seduzione, a 'inventare' comunque un diritto leso.

⁽¹³¹⁾ Cfr., soprattutto, G. BRUNETTI, *Il delitto civile*, Firenze, 1906. Cfr. anche W.

per concentrare la loro attenzione critica soprattutto sulla seduzione. Giovanni Brunetti critica con forza la prassi giurisprudenziale per cui è tenuto al risarcimento del danno chi, valendosi di mezzi ingannevoli, ottiene da una donna « la concessione di favori extra-matrimoniali »: se può essere un fatto immorale, la seduzione non potrà essere mai considerata come un fatto giuridicamente illecito perché non contrasta alcuna norma giuridica ⁽¹³²⁾, non è colpita da nessuna legge ⁽¹³³⁾. Il silenzio del diritto penale non può, pertanto, essere valutato con indifferenza dal civilista: invocando « il principio di penalità del fatto illecito doloso », Brunetti afferma che non si può parlare di 'delitto di seduzione' nemmeno agli effetti civili « quando si esce dai limiti tassativi del Codice penale » ⁽¹³⁴⁾.

A fronte della rigorosa architettura del 'delitto civile' la giurisprudenza predominante in tema di seduzione appare pertanto condannabile in quanto volta a confondere il diritto con la morale, a generare arbitrii, disuguaglianze e incertezze. L'unica via per l'attribuzione della tutela è la comminazione di una pena, il ritorno di una sanzione penale per la seduzione ⁽¹³⁵⁾.

Francesco Carnelutti muove da una configurazione per certi aspetti simile da un punto di vista teorico: « una determinazione generica d'illiceità è una contraddizione in termini »; il dovere

CESARINI SFORZA, *Risarcimento e sanzione*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, I, Padova, 1940.

⁽¹³²⁾ Brunetti parte da una posizione estrema: « fatto illecito che produce l'obbligo di risarcire il danno recato è solamente il fatto costituente una mancanza ad un *dovere giuridico*, cioè il fatto contrario ad un *imperativo giuridico*, ad una *norma giuridica* ». G. BRUNETTI, *Il delitto civile*, cit., p. 11.

⁽¹³³⁾ « Non esiste (...) una norma giuridica generale, per la quale sia illecito ledere gli interessi altrui, ma esistono norme giuridiche speciali, per cui sono illeciti certi determinati fatti » (*Ibidem*).

⁽¹³⁴⁾ G. BRUNETTI, *Il delitto civile*, cit., pp. 502 e ss.

⁽¹³⁵⁾ « Si stabilisca esattamente che cosa s'intende per 'seduzione', si fissino i nuovi limiti, si determinino le circostanze di fatto che costituiscono il delitto: in una parola, si faccia una delimitazione certa, ed uguale per tutti, del territorio dell'illecito giuridico. (...) Configurato il delitto, si commini la pena, evitando così che il male intenzionato sappia di poter violare maliziosamente la norma giuridica senza andare incontro a responsabilità penale, ed in non pochi casi abbia pure la certezza di potersi, in fatto, sottrarre, date le proprie condizioni economiche alla responsabilità civile consistente nell'obbligo del risarcimento ». G. BRUNETTI, *Il delitto civile*, cit., p. 503.

generico del *neminem laedere* « non è in realtà che la sintesi di tutti i doveri specifici imposti a ciascuno verso gli altri »⁽¹³⁶⁾. Accettando questo assunto si deve considerare la diretta operatività del generico principio del *neminem laedere* come una mera 'illusione' generata dall'evidente difficoltà di 'forgiare' il preesistente diritto di riferimento. L'illusione, tanto erronea quanto benefica⁽¹³⁷⁾, presente nella giurisprudenza finisce ancora una volta per essere individuata facendo riferimento soprattutto al tema del danno da seduzione: « Quanti sono i nostri magistrati i quali, se sapessero o almeno se considerassero che la colpa presuppone la violazione di una norma, e dovessero pertanto, ogni volta che la norma non c'è, forgiarsela a fatica con l'*analogia legis* e l'*analogia juris* per dichiarare un atto colposo e derivarne l'obbligo al risarcimento, avrebbero la scienza o la pazienza di farlo? Vorrei vedere a che ne sarebbe della giurisprudenza in materia, ad esempio, di seduzione..., se il giudice avesse anzitutto a discutere se ed in quanto, nel sistema giuridico vigente, sia da ammettere il diritto della donna alla sua integrità fisica e morale... Invece l'art. 1151, con la sua formula semplice, illude e invita. Basta dichiarare che nel seduttore... c'è colpa; e la dichiarazione nel modo di pensare comune, è il frutto di un giudizio complesso, i cui elementi non si analizzano. Basta dichiarare che il seduttore... viola... il precetto del *neminem laedere*. E tranquillarsi che fra il seduttore e la sedotta non preesiste alcun rapporto, ma la colpa lo crea! »⁽¹³⁸⁾.

⁽¹³⁶⁾ Carnelutti utilizza tale assunto per porre in discussione la tradizionale distinzione tra colpa contrattuale e colpa extracontrattuale: la colpa richiede una preesistente obbligazione fra le parti (« colpa senza preesistenza di un obbligo speciale non esiste, non può esistere ») ed un obbligo preesiste tanto per la colpa contrattuale come per la colpa aquiliana. F. CARNELUTTI, *Sulla distinzione tra colpa contrattuale e colpa extracontrattuale* (Nota a Corte d'Appello di Venezia, 5 luglio 1912), in *Rivista di diritto commerciale*, 1912, 2, p. 744.

⁽¹³⁷⁾ Benefica in quanto, come lo stesso Carnelutti riconosce, permette al principio della responsabilità per colpa di essere « una sorgente perenne di rinnovamento giuridico ».

⁽¹³⁸⁾ Secondo Carnelutti, la colpa, sia contrattuale che extracontrattuale, « non crea, ma *modifica* il rapporto »: il rapporto originario diviene secondario, all'obbligo primitivo si sostituisce quello del risarcimento. Nei contratti l'individuazione dell'obbligo originario è semplice, « visibile »; più complessa è invece la sua individuazione nel caso della responsabilità extracontrattuale: molti diritti assoluti (« ad esempio, i diritti

Nei dibattiti riguardo alla configurabilità di una concreta operatività giuridica del principio del *neminem laedere* la giurisprudenza in tema di danno da seduzione si presenta, dunque, come il simbolo dei contrasti tra la necessità di una specifica violazione di un 'preesistente diritto' e una 'generica' attribuzione di tutela. Il diritto che è tutelato non è mai chiaro: è creato dall'affermazione della colpa presente nel seduttore, dalla complessiva rappresentazione del fatto fornito dalla giurisprudenza. L'obbligo presupposto, il diritto assoluto presupposto in tema di risarcimento del danno da seduzione non è, del resto, mai enunciato da parte di una giurisprudenza tutta protesa a modellare l'illiceità della seduzione insistendo sulla colpa (o sul dolo) del seduttore e sull'innocenza della vittima.

Il vuoto di tutele percepito come presente nel diritto penale spinge i giudici a reclamare una forma di protezione anche se non riescono a indicare con precisione quale sia il diritto leso: il risarcimento del danno nei confronti della donna sedotta è posto dalla giurisprudenza come riparazione generale sussidiaria a tutte le ingiustizie generate dalla scelta della depenalizzazione, restaura nell'immaginario dei giuristi una protezione per l'onestà 'vera' della donna non più tutelata dalle scelte del diritto penale. Il diritto leso che i giudici non riescono a individuare con esattezza è, insomma, sostituito dalla semplice riaffermazione retorica del modello dell'onestà di antico regime: è all'onestà offesa, alla *voluntas ordinata* della donna che si accorda protezione, è alla 'vera vittima' che si guarda per attribuire una tutela civile più ampia di quella accordata dal diritto penale.

Nelle sentenze non si specifica mai con esattezza il diritto leso (si parla in genere di 'diritti della sedotta', altre volte di 'diritto al pudore', 'diritto alla castità', 'diritto all'onore', 'diritto alla disponibilità del proprio corpo', 'diritto all'integrità fisica e morale'); in

sulla propria persona, dal diritto alla integrità fisica al diritto all'onore») sono « presupposti in una serie di norme, spesso non coordinate » e affiorano come obbligazione nel momento in cui dalla loro violazione deriva un'obbligazione diversa. Ritenere che il diritto e l'obbligo nascano in quest'ultimo caso solo al momento della lesione (e per il fatto stesso della lesione) è una mera illusione: in realtà l'obbligo, anche se apparentemente 'scomparso' di fronte « agli occhi dell'interprete e forse a quelli dello stesso legislatore », è presupposto dalla norma che lo sanziona. F. CARNELUTTI, *Sulla distinzione tra colpa contrattuale e colpa extracontrattuale*, cit., pp. 745 e 746.

realtà, il diritto da proteggere è ricreato di sentenza in sentenza, facendo di volta in volta rivivere le rappresentazioni di antico regime dell'onestà della donna. La virtuosa indignazione che muove la giurisprudenza civilistica a 'creare' diritti da opporre al silenzio del Codice non è mai indignazione volta a difendere scelte di libertà, ma semplice riaffermazione di quei diritti collegati in antico regime alla presunzione d'onestà.

4.2. *Danno da seduzione: distinzioni scientifiche e costruzione retorica dell'ingiustizia*

Combinando assieme 'tutela del diritto' ed 'invenzione del diritto', la giurisprudenza sul risarcimento del danno per seduzione utilizza esplicitamente il principio della responsabilità per colpa per sanare lacune del diritto, per compensare ingiustizie scaturite dalla stessa legge, per affermare « soluzioni morali » da opporre alle scelte del legislatore. Nel diritto civile si afferma attraverso quest'interpretazione una tutela per l'onestà della donna diversa da quella imposta dal legislatore nei Codici.

Varcare in maniera spregiudicata i confini tra diritto e morale, invadere le prerogative del legislatore è operazione inammissibile di fronte al diritto codificato: Carlo Francesco Gabba non ha dubbi, a fine Ottocento, nell'opporvi — « in nome della scienza, la quale, se non è chiara e precisa, non è » — all'indirizzo giurisprudenziale oramai consolidato in tema di danno da seduzione. L'obiettivo dei giudici è giusto e necessarie sono le tutele che essi accordano, ma le nobili e benevole intenzioni non rendono comunque legittimo l'operato della giurisprudenza: « non credo — scrive Gabba — che per questo nobile scopo i tribunali possano disconoscere e disapplicare la legge scritta » ⁽¹³⁹⁾.

Il rigoroso divieto di ricerca di paternità e la depenalizzazione della seduzione impongono ai giuristi coerenza: il seduttore non può essere obbligato al risarcimento; la seduzione non può essere ammessa argomentando dalla gravidanza; il figlio naturale non può domandare gli alimenti a colui che risulti essere il seduttore. Gabba

⁽¹³⁹⁾ C.F. GABBA, *Nota a Corte d'Appello di Catania*, 23 agosto 1896, in *Il Foro italiano*, 1897, I, cc. 719 e 722.

nega con argomentazioni puntuali tutti i rimedi accordati dalla giurisprudenza, sofferta dimostrazione dell'impotenza del giurista di fronte a disposizioni ritenute ingiuste e immorali, perché ingiuste e immorali erano — a dire di Gabba — quelle disposizioni che i giudici dovevano comunque rispettare (il divieto della ricerca della paternità ed il silenzio del Codice penale riguardo alla seduzione ⁽¹⁴⁰⁾).

Il problema principale è quello della lettura del fatto, è qui — a dire di Gabba — « l'errore capitale » della giurisprudenza. Giova vedere allora come, secondo Gabba, i giudici debbono leggere il fatto.

La seduzione che non si avvale della promessa di matrimonio è la più « pericolosa »: « l'uomo sensuale ed egoista sa vincere la resistenza che una donna giovane, inesperta o povera, oppone alla sua concupiscenza »; la donna « cede a continuata ossessione, a un vero costringimento morale », « vero abuso che l'uomo fa della disuguaglianza morale dei due sessi », « soggiogazione psicologica della volontà della donna » (« donna inesperta, veramente fuorviata o accecata dall'uomo », « moralmente passiva » ⁽¹⁴¹⁾). In questi casi non si può parlare di « libera volontà » della donna, ma tali ipotesi sono state volutamente, anche se ingiustamente, dimenticate dal legislatore penale e il civilista non può far nulla per opporsi a questa scelta.

Diversa è invece la seduzione accompagnata da promessa di matrimonio, in questo caso la « volontà libera » della donna esiste, la donna è consapevole e « responsabile »: si ha « un concorso della consapevolezza e della volontà della donna con quella dell'uomo a porre in essere il sacrificio del proprio pudore »; « la donna... è vittima di un'imprudenza che essa medesima ha commesso o, a meglio dire, di un imprudente, oltre che immorale, patto o contratto

⁽¹⁴⁰⁾ Per Gabba, la seduzione non accompagnata da promessa di matrimonio diviene civilmente rilevante solo se prevista dalla legge penale. Gabba qui invoca — con Millet (*La séduction*) di tornare a considerare nel Codice penale come delitto la seduzione di una minorenni, varcando naturalmente i limiti previsti dal reato dell'abuso sessuale (qui rinvia al solo articolo 331 del Codice Zanardelli: (violenza carnale) che fissava a dodici anni il limite di età per la 'violenza presunta'.

⁽¹⁴¹⁾ C.F. GABBA, *Nota a Corte d'Appello di Catania*, 23 agosto 1896, cit., c. 711.

che essa ha fatto con l'uomo »⁽¹⁴²⁾. Il consenso della donna è presente (si ha « piena consapevolezza in entrambi i contraenti di tutti gli estremi di fatto ») e non è cancellato o attenuato riferendo al seduttore l'intenzione d'ingannare (dolo *mente repositum*), perché quella 'intenzione' « non esclude il pieno e consapevole consenso dell'altra parte » che accetta di correre il rischio che la promessa non venga mantenuta. Siamo dunque semplicemente di fronte a « un patto violato », mancata fede contrattuale: il consenso della donna (« sciagurato consenso ») comunque esiste⁽¹⁴³⁾.

Le conseguenze giuridiche devono essere coerenti con tale configurazione del fatto: la seduzione 'semplice' nega la volontà della donna, ma è impossibile da colpire perché consentita dal diritto penale; la seduzione con promessa di matrimonio si fonda su un patto poi non eseguito dall'uomo, si tratta però di un fatto inesigibile, a quel patto immorale il diritto non può accordare azione, la donna è « degna di compassione » ma non di tutela⁽¹⁴⁴⁾.

Posta così in astratto, la questione della seduzione non ha nessuna importanza (e Gabba ne è ben consapevole), è molto lontana dalle vicende della vita su cui si pronunciavano i giudici: la seduzione emergeva dinanzi ai tribunali quando era seguita da gravidanza, si dibatteva per le spese occasionate dal parto e dal puerperio, per il mantenimento della madre e del figlio (si disputava quasi sempre di un riconoscimento 'indiretto' della paternità). La teoria, l'analisi 'pura' del « risarcimento della seduzione per sé medesima e per sé sola » considerata, serve però ad acquisire distacco di fronte alla realtà, consente di osservare i fatti senza falsanti pregiudizi morali, « affinché il discorso mentale proceda con forma e rigore scientifico »⁽¹⁴⁵⁾. Anche di fronte alla donna sedotta

⁽¹⁴²⁾ *Ibidem*, cc. 711 e 713.

⁽¹⁴³⁾ Cfr. C.F. GABBA, *Nota a Corte d'Appello di Catania*, 23 agosto 1896, cit., c.714.

⁽¹⁴⁴⁾ « L'essere degna di compassione la donna che si è arresa a un simile patto e che a nessun altro arresa si sarebbe; (...) l'orrore che ispira il ladro crudele di ciò che per la donna vi ha di più prezioso e di più sacro — tutto ciò non impedisce che agli occhi del giurista, e a termini della legge, quello sciagurato consenso non sia che un patto immorale, e giuridicamente nullo e senza effetto alcuno » (C.F. GABBA, *Nota a Corte d'Appello di Catania*, 23 agosto 1896, cit., c. 715).

⁽¹⁴⁵⁾ C.F. GABBA, *Nota a Corte d'Appello di Catania*, 23 agosto 1896, cit., c. 716.

che si presenta dinanzi ai giudici come madre non si deve dimenticare infatti la tesi astratta, il principio generale: l'inammissibilità teorica del risarcimento della seduzione 'per sé medesima' implica necessariamente l'inammissibilità della seduzione seguita da gravidanza⁽¹⁴⁶⁾. Occorre essere rigorosi: la visione di una palese ingiustizia non può comunque consentire al giurista di mutare i caratteri del fatto e dell'azione giudiziale che deve scaturire dalla « indole sua »; la benevola volontà dei giudici di accordare il risarcimento non può rendere scientificamente accettabili « i sofismi » (« argomentano la natura dell'azione dallo scopo a cui questa serve »); non può far scaturire il diritto dal semplice bisogno di tutela o dall'esigenza di carità, di assistenza.

Non si tratta del solo errore commesso dai giudici: essi sono costretti ad aggiungere sofismi a sofismi e per aggirare infatti il divieto di ricerca di paternità condannano il seduttore al risarcimento del danno, pur proclamando di non aver individuato il padre. Condannare il seduttore al risarcimento del danno senza affermarne la paternità è stravolgimento del fatto, impossibile scissione giuridica di un tutto unitario ed inseparabile, visione miope della realtà. La strategia suggerita da Marcadé (quella « di lasciar passare i fatti senza dar loro la propria qualifica, di ammettere le cose eliminando le parole ») è una consapevole e ingenua illusione, « dissimulazione » che non offre argomenti scientifici⁽¹⁴⁷⁾.

Civilista accorto, consapevole delle molte imperfezioni del Codice, sostenitore convinto dell'esigenza di 'animare' il diritto positivo

⁽¹⁴⁶⁾ « una tesi speciale trova... un ostacolo insuperabile nell'inammissibilità della tesi più generale, a cui quella può e deve essere ricondotta ». *Ibidem*, c. 716.

⁽¹⁴⁷⁾ « ... far passare la cosa senza chiamarla col suo nome; si parlerà di seduzione, di perduta considerazione, di avvenire sciupato, di danni procacciati, ma senza dir mai che il seduttore cagionò la gravidanza. A che serve tutto questo discorso, se non a rendere chiaro che i sostenitori della tesi che io combatto hanno bisogno di rappresentarla a sé medesimi ed agli altri quale non è veramente? (...) Se in realtà è l'autore della gravidanza che si ricerca, è la responsabilità della gravidanza il fondamento dell'azione e della pronunzia di risarcimento, e di tutto ciò si conviene, a che serve dissimularlo? È forse la dissimulazione un argomento, un elemento di dimostrazione? Una *restrizione mentale* può forse valere una distinzione intellettuale, scientifica? » (*ibidem*, c. 719). Cfr. anche: C.F. GABBA, *La dichiarazione della paternità e l'articolo 189 del Codice civile italiano*, in *Annuario delle scienze giuridiche sociali e politiche*, II, 1881, pp. 201 e ss.

col sistema scientifico (148), Gabba non è spinto su queste posizioni dall'idolatria per il testo della legge ed, anzi, è tra i giuristi più impegnati nel denunciare le ingiustizie dei Codici, nel richiedere la soppressione del divieto di ricerca di paternità e la configurazione della seduzione come delitto. La decisa condanna nei confronti della prassi giurisprudenziale volta a tutelare la donna sedotta intende mettere a nudo la « brutalità », « l'immoralità », « l'irresponsabilità », delle scelte del legislatore: negando ogni supplenze giudiziaria si evidenzia appieno l'ingiustizia delle situazioni prive di tutela, si reclama con maggior forza l'intervento del legislatore e non si abbandona la purezza del discorso scientifico (149).

Le distinzioni scientifiche di Gabba non furono particolarmente fortunate; fortunatissime invece furono le sue pagine di denuncia nei confronti dell'ingiustizia delle scelte presenti nei Codici: quelle pagine furono sistematicamente utilizzate per fondare la tesi giurisprudenziale che con tanta decisione Gabba negava. Le argomentazioni contro il divieto della ricerca della paternità e la richiesta di tornare a reprimere come reato la seduzione configuravano per i giudici 'i diritti' posti a fondamento del danno da seduzione. La retorica riguardo al seduttore che utilizza a suo vantaggio la 'disuguaglianza morale dei due sessi' è, ad esempio, nelle pagine di Gabba un argomento necessario per abbattere il divieto della ricerca della paternità e per rivendicare una considerazione più ampia nel diritto penale dell'onestà della donna; quell'argomento nella giuri-

(148) Cfr. P. GROSSI, « *La scienza del diritto privato* ». *Una rivista-progetto nella Firenze di fine secolo (1893-1896)*, Milano, 1988, pp. 49 e 50.

(149) La dottrina critica nei confronti dell'indirizzo volto ad attribuire il risarcimento alla sedotta riconosce a tale giurisprudenza soprattutto il merito di porre in primo piano l'esigenza di una riforma dell'articolo 189 del Codice civile del 1865. In questo senso Gabba si era già espresso nei suoi precedenti interventi sul tema: C.F. GABBA, *Nota* a Corte di Cassazione di Torino, 29 marzo 1881, in *Il Foro italiano*, 1881, I, c. 629; C.F. GABBA, *La dichiarazione della paternità e l'articolo 189 del Codice civile italiano*, cit., pp. 205 e ss. Una posizione analoga è presente in E. CIMBALI, *La Nuova Fase del diritto civile*, cit., p. 115. In direzione di una richiesta di un intervento legislativo si veda anche la proposta emersa dal Terzo Congresso giuridico nazionale: cfr., la relazione di O. REGNOLI (« *Se e quali riforme siano da introdursi nel Codice civile relativamente alla ricerca di paternità, e alla condizione giuridica dei figli illegittimi...* ») in *Atti del III Congresso giuridico nazionale tenuto in Firenze l'anno 1891*, Torino, 1897, pp. 32 e ss.

sprudenza è concreta dimostrazione dell'impossibilità 'naturale' di considerare libero il consenso, è prova dell'inesistenza di responsabilità e di colpe uguali. È la stessa retorica di Gabba a negare le sue argomentazioni giuridiche e a vincerle, è quella retorica che fa emergere l'onestà della donna non tutelata dal diritto, quell'onestà che i giudici ritengono degna di attenzione ⁽¹⁵⁰⁾.

Se la retorica di Gabba è utilizzata contro Gabba, in altri casi i contrasti emergono fianco a fianco nelle pagine dello stesso giurista. Laurent, ad esempio, è fautore di una programmatica ricostruzione della responsabilità in termini di lesione del diritto ⁽¹⁵¹⁾, ma condivide e sostiene l'indirizzo della responsabilità proveniente da seduzione (con promessa di matrimonio). La questione, che pure gli è cara, del diritto soggettivo leso non è posta mai in riferimento al danno da seduzione, è assorbita dal clamore stesso dei casi giurisprudenziali riportati ⁽¹⁵²⁾, dall'esigenza di dover porre un rimedio suppletivo all'ingiustizia generata dal divieto di ricerca di paternità (una disposizione — scrive — che deroga ad un principio di diritto naturale) e dall'esigenza morale di affermare una 'sanzione' nei

⁽¹⁵⁰⁾ « Si sa che per natura le donne hanno maggiore ritegno dell'uomo contro gli stimoli della carne. Mentre per l'uomo l'obbedire a questi stimoli è celata e momentanea soddisfazione, per la donna è prossimo rischio di compromettere la propria riputazione pubblicamente e per sempre, di immolare tutta se stessa, e per tutta la vita, ai patimenti, alle pene, ai sacrifici di ogni genere della gravidanza e della maternità. Contro questi pericoli la natura le ha munite di un istinto di pudicizia (...). Non suole quindi accadere fuori del matrimonio che la donna sia così facile a tentare l'uomo, come questo quella, che il gran *s'* non sia il termine di una lotta in cui il più ardito combattente è l'uomo, il prezzo di una vittoria che l'uomo riporta sulla donna, aiutando questa a vincere sé medesima... » C.F. GABBA, *La dichiarazione della paternità e l'articolo 189 del Codice civile italiano*, cit., p. 230. È utile cfr. anche C.F. GABBA, *Della condizione giuridica della donna nella legislazione francese austriaca, sarda. Studio di legislazione comparata*, Torino, 1880².

⁽¹⁵¹⁾ « Toute lésion d'un droit est un délit dans le sens de l'article 1382 (...) Mais il faut se garder de croire que la *lésion* consiste dans le *dommage* qui résulte d'un fait; le dommage n'est que l'un des éléments du fait dommageable, par lui seul il ne suffit point, il faut qu' un *droit* soit *lésé* » (F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, Bruxelles-Paris, 1876, vol. XX, n. 404, pp. 422 e 423).

⁽¹⁵²⁾ Si può confrontare, ad esempio, il racconto di una celebre causa decisa dal tribunale di Caen nel 1862: F. LAURENT, *Principes de droit civil*, Bruxelles-Paris, 1870, vol. IV, n. 90, pp. 135 e ss.

confronti di comportamenti riprovevoli di ‘seduttori infami’, ‘senza legge, né fede’ (153).

Non manca certo chi, notando i passaggi claudicanti della ricostruzione, rivendica distinzioni giuridiche più rigorose. Forti dubbi sono avanzati dal traduttore italiano di Laurent circa la possibilità d’inquadrare la questione in riferimento ai principi generali enunciati dallo stesso Autore in tema ‘delitti e quasi delitti’: quale la colpa? quale il danno? quale il diritto leso? Interrogativi che restano senza una risposta coerente con il complessivo impianto della trattazione giuridica. Il danno derivante da seduzione tende infatti a sottrarsi all’argomentazione ‘pure’ per fondarsi tutto sulle evidenze morali scaturenti dal fatto che impongono come necessaria una supplenza giudiziaria oppure che la negano in modo netto. La disputa dogmatica si fonda come sempre nello scontro relativo all’onestà delle donne, su quali siano le certezze da fissare nel diritto: alla donna onesta degna di protezione si oppone immediatamente la donna che è *socia criminis*, la donna colpevole col consentire (154).

(153) Il risarcimento è esplicitamente configurato come una pena. F. LAURENT, *Principes de droit civil*, cit., vol. IV, n. 88, p. 129; n. 90, pp. 132 e ss., ma in particolare p. 136. La configurazione del risarcimento come vera e propria pena per il seduttore è particolarmente diffusa nella dottrina e nella giurisprudenza italiana: cfr. ad esempio, A. CAUTELA, *Nota* a Corte d’Appello di Trani, 19 maggio 1893, in *Giurisprudenza italiana*, 1893, I, 2, cc. 348 e ss.: «La teorica del delitto civile serve adunque per punire con l’azione di risarcimento dei danni il fatto che sfugge alla legge penale o che questa non arriva a colpire. E qual delitto sarà mai maggiore di quello che deriva dal fatto di un uomo che, attraendo con blandizie e promesse una donna ai suoi voleri, l’abbandoni poi nella miseria e nel disonore, forse senz’altra via di scampo che il vizio o il suicidio?» (c. 349).

(154) Cfr. S. GIANZANA, Appendice III (*Se, nel diritto italiano, sia dovuto alla donna sedotta indennizzo per titolo di seduzione...*), al vol. IV di Laurent (*Principii di diritto civile*, Napoli, 1880) pp. 241 e ss. Anche la critica non riesce infatti a mantenersi sul terreno della ‘pura’ ricostruzione giuridica e fonda sull’immoralità della donna le sue conclusioni. Il terreno prescelto è quello della ‘parificazione’ del consenso e delle responsabilità della sedotta con quelle del seduttore: «D’altronde in questo tema, conviene esser logici. Dato per fondamento all’azione aquiliana la seduzione, perché la si concederà solo alla donna, non all’uomo? Forse ché non può questi essere circuito, ammalato, sedotto al pari della donna? Ma si dirà, l’uomo *deve* essere più forte: *dovere* non equivale ad *essere*, tanto più che ritorcendo l’argomento nei rapporti colla donna, la sua querela per titolo di seduzione sarebbe in modo ineluttabile respinta dal riflesso che anche la donna *deve* essere virtuosa, e non cedere illegittimamente alle altrui brame

Le questioni relative all'esatta individuazione del diritto leso, il rigoroso richiamo a configurazioni contrattuali o extracontrattuali, non cessa mai di confrontarsi con la caduta del fondamento penalistico dell'illiceità delle relazioni sessuali fuori dal matrimonio: analizzate in un'ottica di lungo periodo, le argomentazioni mostrano il disagio 'morale' generato dalla definitiva caduta del sistema di coercizioni e di protezioni di antico regime. Il rigore della legge presente nel nuovo ordine appare ingiusto e spietato, la proclamazione dei diritti 'uguali', le nette distinzioni tra diritto e morale, mostrano situazioni prive di protezione giuridica che reclamano, almeno nel diritto civile, una considerazione meno formalistica. Il risarcimento è rappresentato dalla giurisprudenza come un rimedio sussidiario per far fronte a un quadro composito di 'mali' generati dalla caduta dell'ordine di antico regime. Rinviando all'ordine del passato e mitigando la rigidità del diritto dei Codice, la costruzione giurisprudenziale del danno da seduzione colma simbolicamente il vuoto di tutele civilistiche seguito alla secolarizzazione del diritto penale. Di tale operazione dottrina e giurisprudenza hanno piena consapevolezza: « Se nell'antico diritto si obbligava a sposare o dotare la sedotta non possiamo oggi abbandonarla pienamente nella sua disgrazia » ⁽¹⁵⁵⁾.

Il rimedio risarcitorio per la donna sedotta è accordato, dunque, grazie ad una composita costruzione retorica di un'ingiustizia che, più forte d'ogni distinzione scientifica e d'ogni ricostruzione 'pura' del fatto, emerge dal riaffiorare di quelle presunzioni d'onestà sconfitte con la depenalizzazione dello stupro semplice e della seduzione, sconfitte durante i lavori preparatori del Codice civile

libertine»; « ... è concepibile la colpa quando il fatto che è causa del danno avviene di *consenso* delle due parti? A nostro avviso la tesi avversaria si risolve nel considerare l'uomo in una condizione intellettuale e morale e ad un tempo giuridica superiore a quella in cui versa la donna. Or ciò non è in fatto di fronte al diritto italiano, nel quale la donna, non maritata, ha capacità civile al pari dell'uomo » (p. 243). In base a tale argomento si giunge anche a negare l'esistenza di un danno giuridicamente rilevante: « ...di chi è il torto? Non è forse concorso a creare questo danno il libero consenso della donna? non fu essa forse a sfoggiare insolentemente alla luce del giorno la suo vergogna, ad ostentare il suo obbrobrio? » (p. 244).

⁽¹⁵⁵⁾ D. VITI, Appendice I (*La proibizione delle indagini di paternità*) al vol. IV di LAURENT, (*Principii di diritto civile*, cit.) p. 112.

francese. Il 'ritorno della seduzione' propone un'immagine giuridica più ampia dell'onestà della donna e può pertanto correggere il rigoroso divieto di ricerca di paternità, allontanare il diritto civile da una corrispondenza perfetta con le sole certezze fissate nel diritto penale e consentirgli di applicare tutele in modo suppletivo rispetto ai silenzi della legge. È solo la retorica sull'onestà della donna che sostiene in concreto la protezione accordata dai giudici: il diritto lesa è riferito alla donna onesta; la seduzione è il filtro giuridico che purifica la volontà e ripropone immutati gli schemi di antico regime. Il libero consenso e la libera volontà della donna (condannate dal silenzio del diritto penale) scompaiono e torna la virtù, l'onestà 'vera' ancora degna della protezione della legge. Il consenso della donna ('consenso al suo disonore') non esiste, non è giuridicamente rilevante: *quia non est voluntas ordinata, sed dolosa persuasione inducta, et sic mulier decepta pro non volente habetur...*

4.3. « Inalienabilità della pudicizia » e « diligente custodia del proprio onore »

L'indirizzo giurisprudenziale in tema di danno da seduzione si concentra dunque sulla rappresentazione del libero consenso della donna, ma non riesce mai ad affrancare la ricostruzione giuridica dalla considerazione del consenso avanzata entro il modello dell'onestà. La difesa dogmatica della giurisprudenza sul danno da seduzione si affida puntualmente alle dispute sulla veridicità del consenso della donna.

Le argomentazioni più tecniche sulla questione sono quelle offerte da Carlo Fadda con l'intento di difendere una sentenza della Corte di Cassazione di Roma che aveva ribadito l'attribuzione dei danni da seduzione nei confronti di una donna maggiorenne in considerazione del diverso valore della responsabilità maschile e femminile e della conseguente impossibilità di compensare le colpe (« Non vi ha dubbio che la donna maggiore debba avere gelosa custodia del proprio pudore. Ma se ella è soggiogata da subdole ed ingannevoli speranze, il danno che ne deriva, per quanto vi concorra la propria colpa, attenuata per altro dalla umana fragilità, ha la causa vera ed efficiente nel fatto delittuoso del seduttore »), in considerazione della necessità di prescindere nel diritto civile dal riferimento

alle sanzioni fissate nel diritto penale (« esse non elevano a grado di delitti punibili tutti gli atti che ledono diritto altrui ») e dell'auto-noma rilevanza del risarcimento del danno rispetto al divieto della ricerca della paternità (« la legge vieta la ricerca diretta della paternità... ma quando una donna si faccia a richiedere il risarcimento del danno cagionatole da capziose e subdole promesse, non le è vietato di porre in chiaro tutti i mezzi di prova, non esclusi quelli che tendono a stabilire essere autore della gravidanza colui dal quale le arti subdole sono state praticate ») ⁽¹⁵⁶⁾.

La difesa di Fadda della sentenza muove da una puntuale contestazione degli argomenti solitamente opposti ai giudici e cerca poi di rintracciare un solido fondamento giuridico: dato di partenza è la constatazione di una convinzione radicata nella « coscienza comune » da cui si traggono diverse conseguenze, quella per cui « l'unione sessuale estramatrimoniale menoma, anzi distrugge, l'onore della donna » (« la coscienza comune considera come disonesta quella donna che si concede ad altri che al marito ») ⁽¹⁵⁷⁾. Di fronte a tale situazione di « perdita della reputazione » che « tocca l'elemento immateriale della personalità » (« la lesione del corpo può andarvi congiunta, ma non è necessaria »), la scelta dei legislatori moderni è stata quella d'intervenire « comminando gravi pene quando l'unione sessuale è il prodotto di una violenza » ⁽¹⁵⁸⁾.

L'argomento di chi, muovendo da questa situazione, conclude che fuori dalle ipotesi esplicitamente tutelate dal diritto penale « la donna stessa sarebbe in prima linea chiamata custode del proprio onore », deve essere utilizzato, a giudizio di Fadda, non per restringere la configurazione del diritto, ma per renderla più ampia; la constatazione cioè di una delimitazione della protezione accordata solo di fronte alla violenza implica che si riconosca negli altri casi un

⁽¹⁵⁶⁾ *Corte di Cassazione di Roma*, 6 marzo 1893, in *Giurisprudenza italiana*, 1893, I, 1, cc. 435 e ss. (le citazioni riportate sono alle cc. 436 e 437). La si veda anche in *La legge*, 1893, pp. 580 e ss., e sempre in questa rivista alle pp. 604 e ss. si veda il commento di Carlo FADDA, *Il risarcimento dei danni alla donna sedotta*.

⁽¹⁵⁷⁾ C. FADDA, *Il risarcimento dei danni alla donna sedotta*, cit., p. 605.

⁽¹⁵⁸⁾ *Ibidem*, p. 605. Fadda rinvia alle forme di violenza « effettuale o presunta » disciplinate dall'articolo 331 del Codice Zanardelli riguardo alla violenza carnale.

diritto della donna « sulla persona propria » ⁽¹⁵⁹⁾ e un conseguente « diritto di disposizione della donna del suo onore »: « l'abbandono che la donna faccia del suo onore è un fatto che può essere vietato dalla legge: ma nel silenzio della legge è un fatto che non è ne vietato ne permesso » ⁽¹⁶⁰⁾.

La configurazione di un diritto della donna sul proprio corpo e sul proprio onore implica naturalmente che la scelta libera per « l'unione sessuale estramatrimoniale » non potrà dar luogo a risarcimento dei danni nei confronti della donna: sicuramente improponibile è, a dire di Fadda, la tesi per cui il consenso della donna non può giovare all'autore del danno in quanto si tratterebbe comunque di « diritto inalienabile ». In sostanza, non si può affermare nel nuovo quadro legislativo la tesi della « inalienabilità della pudicizia femminile »: « porre senz'altro la donna come incapace di custodire il proprio onore, farne un essere debole e da proteggere *a priori* è rinnegare la completa uguaglianza sancita dalle leggi moderne fra i due sessi per gli effetti civili » ⁽¹⁶¹⁾. La donna è titolare del diritto, ma proprio per questo non può invocare la protezione di quel diritto in caso di abbandono, non può richiedere che l'ordinamento le garantisca la protezione della pudicizia che lei ha volontariamente abbandonato.

La questione a questo punto torna ad avere al centro il tema del consenso libero: l'unico sistema a disposizione del giurista per configurare una protezione più ampia dell'onestà rispetto alla delimitata tutela del diritto penale torna infatti ad essere l'interpretazione del consenso della donna. La « volontà libera » della donna deve essere veramente libera, « scevra di vizi ». I testi utilizzati in antico regime dai penalisti per far ascendere la seduzione verso la violenza, per mostrare l'esistenza di una pericolosa violenza all'anima della donna, sono utilizzati per guardare oltre l'apparenza del libero consenso: « il consenso vi è, ma è un consenso viziato »,

⁽¹⁵⁹⁾ Sulla questione si cfr. anche le note dei traduttori (C. FADDA e E. BENSA) a B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, Torino, 1902, § 40 (*Diritti sulla propria persona*), p. 177 e ss.; si veda in particolare la *nota (e)* dei traduttori a pp. 601 e ss.

⁽¹⁶⁰⁾ C. FADDA, *Il risarcimento dei danni alla donna sedotta*, cit., 605.

⁽¹⁶¹⁾ *Ibidem*, p. 606.

« effetto della seduzione » che distrugge l'applicabilità del principio *volenti non fit iniuria* ⁽¹⁶²⁾.

Non si può certo ipotizzare una costante presunzione di seduzione della donna, ma non si deve neppure negare in assoluto una sua configurazione nel diritto civile per la sola ragione che il legislatore ha negato la sua sanzionabilità nel diritto penale, oppure adducendo l'uguaglianza giuridica dei due sessi ⁽¹⁶³⁾: « esagerazione era certo il presumere *a priori* sedotta la donna, ma esagerazione anche peggiore è il rifiutare ogni indagine sulla seduzione... negare in via di principio la possibilità della seduzione » ⁽¹⁶⁴⁾.

La questione se la donna abbia avuto « libertà d'elezione » torna ad essere affidata ad un « accurato esame della specie concreta », al ricorso ai « medici esperti », alla valutazione della « debolezza di resistenza, non scevra di colpa », allo studio « oggettivo » dei « rag- giri, astuzie, macchinazioni », alla ricerca del « nesso causale ». L'indagine del giudice (« indagine delicata e difficilissima ») deve verificare la capacità concreta della donna di vincere la seduzione, giudicare riguardo alla « diligente custodia del proprio onore da canto di quella determinata donna in quelle determinate condi- zioni » ⁽¹⁶⁵⁾.

A riscattare la donna dalla « immoralità dell'atto » c'è « il difetto della volontà libera »: « noi partiamo dal presupposto che la volontà sia stata traviata dall'inganno » e « negare che in tal caso la donna abbia diritto ad un risarcimento è negare la esistenza del diritto sulla propria persona, perché appunto questo in definitiva viene leso » ⁽¹⁶⁶⁾.

Non mi pare il caso di insistere oltre: la ricostruzione dogmatica ripercorre l'intero itinerario della relazioni tra tutele di diritto civile e tutele di diritto penale, l'opposizione tra 'alienabilità' e 'inalienabilità' della pudicizia femminile, tra disponibilità e indisponibilità

⁽¹⁶²⁾ *Ibidem*, p. 606.

⁽¹⁶³⁾ « è naturale che si parli di seduzione solo riguardo alla donna: certo anche l'uomo può essere sedotto, ma l'inganno per parte della donna non conduce l'uomo al suo disonore » (*ivi*).

⁽¹⁶⁴⁾ *Ibidem*, p. 606.

⁽¹⁶⁵⁾ *Ibidem*, p. 606.

⁽¹⁶⁶⁾ *Ibidem*, p. 608.

sul proprio corpo, soltanto alla luce della verifica dell'onestà della donna. L'intera argomentazione finisce per essere speculare a quelle avanzate in antico regime: lì infatti l'inalienabilità della pudicizia, accompagnata dal principio del *semper praesumitur seducta*, era attaccata con la richiesta di una tutela corrispondente all'onestà soggettiva della vittima, con interpretazioni che, relativizzando la presunzione assoluta di seduzione, erano volte a verificare 'in concreto' l'onestà della donna; qui il dubbio sulla veridicità della volontà libera della donna è funzionale agli stessi obiettivi, è necessario per appurare 'in concreto' la diligente custodia da parte della donna della sua onestà, per respingere una negazione astratta della seduzione che suona come negazione assoluta dell'onestà della donna. La disputa sulla libertà del consenso è in ogni caso solo una disputa sull'onestà vera, sulle presunzioni, sui 'presupposti' da cui muovere nell'attribuzione della tutela.

Il 'diritto sulla propria persona' fa da sfondo all'intera ricostruzione; quel diritto (che si mostra solo come ordinario strumento di attribuzione di sanzioni verso la donna colpevole di aver alienato la sua pudicizia e il suo onore) riesce a divenire strumento concreto per una tutela giuridica solo quando affiora l'immagine dell'onestà; un'onestà che — è quasi inutile dirlo — è proclamata come 'non apparente' ma 'vera'.

4.4. Mise en scène: *la giurisprudenza pedagogica*

Il rimedio risarcitorio riesce dunque ad essere prospettato solo ricostruendo l'immagine della donna onestà, della donna come 'vera vittima', solo riaffermando come intatto il 'pudore femminile' negato dalla scelta della depenalizzazione e dalla conseguente negazione delle tutele civilistiche. Il risarcimento è percepito come riparazione residua rispetto al quadro delle protezioni agganciate in antico regime all'illiceità delle relazioni sessuali fuori dal matrimonio, ultima possibilità di attribuire una forma di protezione alla donna 'veramente onesta' che si riveli nel caso concreto sacrificata dalla negazione della tutela fissata in astratto dalla legge: al di là delle rigide impostazioni del diritto penale, al di là del ferreo divieto della ricerca della paternità, la donna riesce ad ottenere una protezione perché il giurista la mostra 'nel caso particolare' come meritevole di

protezione, perché indica il suo consenso come non colpevole, falsato, estorto, irrilevante o non rilevante come quello del seduttore.

Il racconto dei giudici ripercorre così sentieri antichi, è costretto a far rivivere quelle immagini, e spesso quelle presunzioni, contro cui con tanta forza si erano scagliati 'Filangieri e i suoi seguaci' per abbattere gli 'abusi delle donne'. L'attribuzione della tutela è condizionata dalla capacità del racconto dei giudici di far rivivere quell'onestà femminile negata dal silenzio della legge: sulla ricostruzione tecnica infatti prevale sempre la ricerca dell'onestà e della disonestà, la vivacità della *mise en scène* posta in essere da un 'turpe seduttore' contro una 'povera e ingenua sedotta'. Il racconto evidenzia l'ingiustizia di un'onestà non protetta dal silenzio della legge, indica un diritto che non è mai ben precisato, ma la cui esistenza è resa evidente dalla stessa forza della rappresentazione dell'ingiustizia generata dall'astratta negazione delle tutele per l'onestà. Il racconto dell'ingiustizia, la configurazione del rimedio risarcitorio come ultimo strumento a disposizione del giurista per individuare la vera onestà della donna, si snoda sviluppando un canovaccio sempre uguale, riproponendo scene e personaggi che si somigliano tutti e che assomigliano alle scene e ai personaggi messi sulla scena dai giuristi di antico regime. Come accade per i personaggi letterari, come per il mito di Don Giovanni, anche per i giuristi i loro personaggi finivano coll'esser veri soprattutto per l'intensità della finzione che li faceva vivere: l'enfasi posta sul 'vile seduttore' e 'la povera sedotta' sostiene l'intelaiatura tecnica della ricostruzione, legittima la protezione attribuita 'contro' il silenzio delle leggi.

Leggendo una dopo l'altra le sentenze, non si ha la sensazione di essere di fronte a fatti diversi con donne e uomini in carne ed ossa, ma a personaggi letterari noti che interpretano di sentenza in sentenza una recita posta fuori dal tempo. Sta proprio in ciò però la forza della giurisprudenza riguardo al danno da seduzione: attraverso lo spiraglio offerto dalla clausola generale di responsabilità per colpa, i giudici riescono a far rivivere l'immagine della donna come 'vera vittima', riescono a riproporre la tutela per un'onestà femminile accertata caso per caso e ancora degna, al di là delle certezze formali ricercate dal legislatore, di una protezione.

La seduzione è sempre al centro del racconto: consente d'individuare 'il fatto delittuoso', è alla base della «catena inscindibile

della causa e degli effetti » da analizzare, consente di accertare fatti che la legge aveva proclamato ‘invisibili’. I giudici si sentono chiamati a valutare « un organismo complesso i cui elementi integrali non si possono razionalmente trascurare o staccare »⁽¹⁶⁷⁾: partendo dal ‘fatto della seduzione’, l’intera scena preclusa dalla depenalizzazione delle relazioni sessuali fuori dal matrimonio torna così ad essere sottoposta ad un filtro giuridico: « anzitutto si ebbe ... l’avvicinamento affettuoso, indi le blandizie, le lusinghe, la promessa di matrimonio, la seduzione e la suprema dedizione della fanciulla: da questa conseguì la fecondazione, la maternità e il diritto alla vita nella creatura così venuta alla luce. Come potrebbe seriamente disconoscere il nesso intimo ed invincibile di causalità complessa e continuativa in tutte queste evenienze e il loro comune riallacciarsi al fatto originario ed evidente della seduzione? »⁽¹⁶⁸⁾.

L’intero quadro delle protezioni civilistiche collegate in antico regime all’illiceità delle relazioni sessuali fuori dal matrimonio riemerge dunque « come conseguenza della seduzione »; e per « provare la seduzione » si possono superare i ristretti confini imposti nel Codice civile per l’accertamento della paternità e per l’attribuzione degli alimenti: la donna può addurre prove riguardo alla nascita del figlio e richiedere una tutela oltre i limiti fissati da esplicite disposizioni del Codice civile⁽¹⁶⁹⁾.

Il principio della responsabilità per colpa consente di ‘sanzionare’ la seduzione oltre i confini fissati dal diritto penale: esiste — si ripete — « completa indipendenza ... tra il giudizio penale e il

⁽¹⁶⁷⁾ *Corte d’Appello di Venezia, 18 aprile 1911*, in *Giurisprudenza italiana*, 1911, I, 2, c. 566.

⁽¹⁶⁸⁾ L’argomento è utilizzato per affermare che l’azione per gli alimenti e la ricerca della paternità emergono solo in quanto collegate alla seduzione. *Corte d’Appello di Venezia, 18 aprile 1911*, cit., c. 566. La sequenza è (al di là di leggere varianti retoriche) tipica, cfr., ad esempio, *Corte di Cassazione di Torino, 18 dicembre 1895*, in *Annali della giurisprudenza italiana*, 1896, 1, cc. 144 e ss.

⁽¹⁶⁹⁾ *Corte di Cassazione di Napoli, 4 marzo 1909*, in *Il Filangieri*, 1909, p. 605 e ancora in *ibidem*, a pp. 773 e ss. Sul punto la giurisprudenza è unanime nonostante le critiche di buona parte della dottrina, cfr., a mo’ d’esempio, *Corte di Cassazione di Torino, 29 marzo 1881*, in *Il Foro italiano*, 1881, I, c. 628 (con una nota critica di C.F. Gabba); e *Corte d’Appello di Macerata, 12 gennaio 1911*, in *Giurisprudenza italiana*, 1911, I, 2, cc. 80 e ss.

giudizio civile », anche in assenza di una specifica norma non si può pertanto dubitare che « il fatto della seduzione, la quale si attua con manovre fraudolente e turpi raggiri, costituisce una colpa nel seduttore », colpa che deve essere comunque sanzionata ⁽¹⁷⁰⁾. Nello stesso momento in cui si proclama che il diritto civile segue oramai percorsi diversi da quelli del diritto penale, nessuno dubita però che il risarcimento del danno da seduzione sia da considerare come l'ultima derivazione delle sanzioni per lo *stuprum sine vi* (« tale responsabilità discende dalle più severe disposizioni del romano diritto » ⁽¹⁷¹⁾), riparazione sostitutiva della protezione di antico regime del dotare o sposare ⁽¹⁷²⁾, ultimo presidio giuridico capace di accertare nel caso concreto l'onestà della donna degna di protezione. E in quest'ottica non si esita a ricostruire la figura civilistica invocando l'autorità e le distinzioni dei 'criminalisti' ⁽¹⁷³⁾.

Per quanto i civilisti si sforzino di rendere autonoma la loro figura della seduzione da quella 'antica' dei penalisti, i nessi dunque rimangono; la seduzione dei civilisti vive del resto grazie ad immagini antiche, propone certezze 'sconfitte' nel dibattito penalistico di fronte alla dirompente vulgata degli 'abusi delle donne'. Figure femminili dichiarate inesistenti dai penalisti, relegate nel mondo dei 'sogni cavallereschi' si riaffacciano dinanzi ai tribunali civili e reclamano protezione. Le vicende e le ricostruzioni tecniche ripercorrono inevitabilmente percorsi che ci sono già noti.

La promessa di matrimonio è indispensabile per la seduzione: « nessuna donna cede se non ha almeno la scusa di uno sperato

⁽¹⁷⁰⁾ *Tribunale civile di Roma*, 23 dicembre 1887, in *La Legge*, 1888, p. 492. Cfr. anche *Corte d'Appello di Genova* 15 febbraio 1895, in *Il Filangieri*, 1895, pp. 355 e ss.; e *Corte di Cassazione di Palermo*, 1 aprile 1909, in *Giurisprudenza italiana*, 1909, I, 1, c. 866.

⁽¹⁷¹⁾ *Corte d'Appello di Venezia*, 23 febbraio 1900, in *Il Filangieri*, 1900, p. 536. Cfr. anche *Corte di Cassazione di Napoli*, 6 febbraio 1905, in *Giurisprudenza italiana*, 1905, I, 1, cc. 530 e ss.: negare il risarcimento del danno « è negare l'esistenza del diritto al proprio onore e alla propria persona. È un'affermazione a ritroso di ogni progresso dottrinale e legislativo, a cominciare dalle azioni concesse in diritto romano contro le azioni sessuali illegittime » (cc. 537 e 538; si cfr. anche 544 e ss.).

⁽¹⁷²⁾ « È massima di diritto comune che in generale lo stupratore se non sposi la sedotta, sia tenuta a dotarla, e la misura della dote deve raggugiarsi in specie alla condizione della sedotta » (*Corte d'Appello di Venezia*, 23 febbraio 1900, cit., p. 537).

⁽¹⁷³⁾ Cfr. *Corte di Cassazione di Palermo*, 1 aprile 1909, cit., c. 867.

futuro matrimonio » (174); la promessa « vince la naturale ritrosia e l'onesto pudore della donna, e le rapisce quanto le è di più caro al mondo, l'onore », la promessa rende la donna « vittima » delle « turpi arti del seduttore » (175). Ma — affermano altri — la seduzione ha un rilievo autonomo rispetto alla promessa, la seduzione va sanzionata di per sé anche quando la promessa di matrimonio non risulti evidente (176).

La seduzione permette di filtrare la lettura del consenso della donna alla luce della sua onestà; come nel modello di antico regime l'interpretazione della volontà della donna non riesce ad essere scissa dalla verifica della sua onestà. L'immagine femminile di riferimento è essenziale per tutta la ricostruzione: in alcuni casi si nega del tutto la configurabilità di una colpa nella donna che 'abbia ceduto' ad una relazione sessuale fuori dal matrimonio; più spesso si ammette la colpa della donna ma la si annulla di fronte alla 'colpa prevalente' dell'uomo o di fronte al suo dolo. Si parla di libera volontà, di consenso 'veramente libero', avendo come unico obiettivo l'onestà: « indarno potrebbe la donna che, frangendo ogni freno di naturale pudore, si buttò volentiera e senza resistenza in braccia dell'uomo, chiedere... compenso. Ma quando si ha da una parte un uomo che si fa avanti colle arti e le lusinghe della seduzione, e dall'altro una donna che al laccio di quelle arti e di quelle lusinghe, o troppo debole o troppo inesperta o troppo credula, riman presa... le condizioni rispettive delle parti non son più pari. Vi ha una colpa che prevale alla colpa... una violenza morale che s'impose alla

(174) *Corte d'Appello di Torino*, 23 dicembre 1892, in *Giurisprudenza italiana*, 1893, I, 2, c. 326.

(175) *Corte di Cassazione di Napoli*, 6 febbraio 1905, cit., cc. 535 e 536. Cfr. *Corte di Cassazione di Torino*, 29 gennaio 1909, in *Il Filangieri*, 1909, p. 852.

(176) « Se la donna è resa madre, ciò non sarà dovuto alla promessa, ma alla seduzione, alle insidie ed alle arti turpi colle quali l'uomo giunse ad ottenere la soddisfazione dei suoi sensuali desideri. È questo fatto dunque, se realmente esiste, che dà luogo alla responsabilità del successivo abbandono, non la promessa: la promessa in sé non basta a far sorgere nell'uomo alcuna grave responsabilità ». G. PACCHIONI, *Effetti della promessa di matrimonio inadempita; spese rimborsabili; seduzione*, Nota a Tribunale di Pordenone, 11 gennaio 1889, in *Annuario critico di giurisprudenza pratica*, II, 1890, p. 69; cfr. anche pp. 70 e 67.

donna. Parlar qui di piena e perfetta libertà del consenso ... sarebbe un assurdo. Donde un colpevole ed una vittima » (177).

La ricerca della vittima degna della protezione è ricerca della 'vera vittima', della vittima dalle volizioni oneste. La ricerca va operata caso per caso superando le distinzioni imposte dal Codice penale: la donna minore è sempre vittima (« la colpa della turpe azione deve esclusivamente ascriversi al seduttore » (178)); ma non si può negare che anche nella donna maggiorenne siano presenti volizioni oneste. Certo, la donna maggiorenne è chiamata a « gelosamente custodire quanto le deve essere più caro al mondo, il proprio pudore » (179), a rispettare « il più sacro dei suoi doveri, quello di mantenersi onesta » (180), ma ciò non impedisce che il consenso della donna possa e debba essere considerato per accertare se abbia veramente voluto violare i 'suoi sacri doveri'. Rispetto all'imputazione 'oggettiva' di una responsabilità sempre gravante sulla sola donna, sempre 'colpevole col consentire' (ed è così che i giudici leggono la rigorosa scelta della depenalizzazione), i tribunali civili affermano un'onestà più ampia da ricercare ancora caso per caso: « Anche per la ragazza maggiore d'età concorre la circostanza attenuante dell'umana fragilità, anche alla ragazza maggiore può arridere, e forse con maggior prepotenza che nella minore, l'idea del matrimonio, della sua unione indissolubile... Essa pure ha ragion d'andar superba e nel giubilare nel vedersi formata oggetto d'amore...; la passione amorosa in lei s'accende verso colui che tutto suo le si professa...; e se essa è da biasimarsi, da rimproverarsi, è pure da compatirsi, quando, adescata dalle continue e ripetute dichiarazioni d'amore, vinta dalle lusinghe..., avendo la mente offuscata dalla passione, dimentica del suo stretto dovere, cede... » (181).

(177) *Corte d'Appello di Bologna*, 18 dicembre 1885, in *Il Foro italiano*, 1886, I, c. 35 (con nota di A. Manaresi, cc. 33 e 34).

(178) *Corte d'Appello di Genova*, 31 marzo 1891, in *Il Foro italiano*, 1891 c. 885.

(179) *Ibidem*, c. 885.

(180) *Corte d'Appello di Torino*, 26 giugno 1900, in *Il Filangieri*, 1900, p. 773.

(181) *Corte d'Appello di Genova*, 31 marzo 1891, cit., c. 886. Il principio è costantemente ribadito dalla giurisprudenza anche se non sempre con la stessa retorica, cfr., ad esempio, *Corte di Cassazione di Torino*, 23 giugno 1899, in *Il Filangieri*, 1899, p. 770.

Quel ‘cedimento’ non indotto dalla violenza deve essere valutato diversamente dal civilista che, a differenza del penalista, può ancora far riferimento alla seduzione. Il riferimento al principio *volenti et consentienti non fit iniuria* cessa infatti di fronte alla seduzione, si dissolve di fronte all’immagine dell’onestà femminile che essa trascina con sé: « stabilita in fatto una vera e propria seduzione... non può dirsi che il consenso della sedotta sia pienamente libero e spontaneo, né può negarsi che la seduzione costituisca per il seduttore un grave fatto colposo, se non doloso... »; e ovviamente la prova della seduzione è affiancata (e resa possibile) dalla preventiva esclusione del fatto che la donna « fosse disonesta e depravata » (182).

È la rappresentazione dell’onestà che porta, dunque, alla necessaria conclusione che la tutela è meritata, è la rappresentazione dell’onestà che impone, per una sorta di presunzione assoluta, l’affermazione per cui « la sua caduta non fu l’effetto del suo libero consenso » (183). Il consenso ‘libero e spontaneo’ è tutelato solo attraverso il filtro dell’onestà, quella fissata nell’anima, quella delle ‘volizioni vere’. La tutela ‘integrale’ dell’onestà spinge verso le stesse argomentazioni che in antico regime spingevano la *persuasio* sullo stesso terreno della violenza: « seduzione giuridicamente equivale a violenza non materiale come nello stupro, ma morale, più pericolosa e temibile, violenza che non distrugge la volontà, ma la piega, la fuorvia in guisa da rendere la vittima strumento vivo e voluto del suo seduttore: esiste il suo consenso, ma non è consenso libero e spontaneo... » (184).

I giudici che attribuiscono la riparazione per il danno da seduzione sentono di svolgere ‘per via d’equità’ un compito che è ben più nobile rispetto a quello della semplice attribuzione di una somma ai fini del risarcimento del danno: attribuiscono un’ultima protezione per l’onestà vera, per l’onestà dell’animo, comminano l’unica sanzione ancora possibile nei confronti di quel ‘turpe seduttore’ ignorato dalle leggi penali volte oramai solo a colpire l’evidenza della violenza e del tutto silenziose rispetto a questa ben più grave e

(182) Corte di Cassazione di Firenze, 24 gennaio 1901, in *Il Filangieri*, 1901, p. 283.

(183) Corte d’Appello di Casale, 26 gennaio 1911, in *Il Filangieri*, 1911, p. 288.

(184) Corte d’Appello di Genova, 11 ottobre 1898, in *Il Filangieri*, 1899, p. 297.

pericolosa lesione morale rivolta all'animo della donna onesta: « è poi risaputo che la libera volontà viene coartata dalla violenza morale... »; « ripetendole che l'ama e l'ama sempre perdutamente, promettendole un lieto avvenire, facendole perfino intravedere che la condurrà in moglie... quest'uomo operò sulla sedotta una suggestione tale che... si traduce giuridicamente in una vera violenza morale » (185).

La rappresentazione dell'onestà dei civilisti riesce, dunque, ad essere più ampia di quella impostasi nel diritto penale e ciò consente di attribuire per via suppletiva ancora una protezione quando il giurista riesce a negare l'immagine del 'consenso colpevole della donna'. Il bilanciamento tra necessità oggettiva della riparazione e meritevolezza soggettiva è giocato di volta in volta di fronte all'onestà della donna affiorante nel caso concreto e poi aderendo ad una sorta di canovaccio semplice da sviluppare. L'azione è naturalmente dichiarata infondata quando l'onestà della donna non risulti evidente, e qui i ruoli si capovolgono: « era già, ad onta dell'età giovanile, troppo addestrata alla battaglie dell'amore, facile a prestarsi alle disoneste proposte..., più seduttrice che sedotta »; si deve concludere pertanto che « il di lei consenso, piuttosto che carpito dalle arti malvagie di un seduttore, possa essere stato eccitato dalla concupiscenza e dalle di lei immorali tendenze, e che perciò essa si presenta immeritevole della invocata protezione della legge, la quale verrebbe altrimenti a favorire il mal costume... » (186).

Letture dell'onestà e lettura del consenso si confondono nelle

(185) *Corte d'Appello di Bologna*, 21 dicembre 1900, in *Il Filangieri*, 1901, pp. 466 e 467.

(186) *Corte d'Appello di Venezia*, 1 marzo 1911, in *Il Filangieri*, 1911, p. 775. Inseguendo 'l'onestà vera', si giunge a dubitare della possibilità di attribuire il risarcimento quando la donna non abbia conservato l'onestà anche dopo il fatto da cui si fa scaturire il risarcimento (cfr. *Corte d'Appello di Venezia* 1 luglio 1898, in *Annali della giurisprudenza italiana*, 1898, 2, pp. 335 e ss., ma in particolare p. 338). Sulla questione cfr., comunque, *Corte di Cassazione di Firenze*, 31 luglio 1899, in *Il Filangieri*, 1900, p. 44, che cassa la decisione della Corte d'Appello che aveva deciso di non attribuire il risarcimento in quanto la donna aveva tenuto una condotta immorale dopo la seduzione con promessa di matrimonio. In una nota redazionale la rivista plaude alla scelta della Cassazione: « la mala condotta » deve essere considerata « una triste e necessaria conseguenza della seduzione medesima ».

distinzioni della penalistica di antico regime (« dalla dottrina e dalla giurisprudenza si fa distinzione tra seduzione semplice od ordinaria e seduzione qualificata o straordinaria »⁽¹⁸⁷⁾), nelle interpretazioni delle stesse apparenze da cui ora si desume un peso uguale del consenso e una ‘colpa comune’ (« Chi è l’attrice? ... era adusata alle battaglie della vita e dell’amore... per lei la semplice promessa verbale di matrimonio, quando pure dimostrata, non può dare azione a risarcimento di danni... Vi sono dei seduttori come delle seduttrici... la colpa è comune... »⁽¹⁸⁸⁾), ora invece si desume l’assoluta impossibilità di compensare le colpe, la necessaria prevalenza della colpa maschile, la preponderanza del dolo dell’uomo a fronte della semplice colpa della donna, l’impossibilità di configurare un consenso femminile veramente libero e spontaneo. La stessa vicenda ora è soppesata alla luce del filtro della seduzione, ora si presenta nella veste ‘priva di poesia’ con cui sono costretti ad osservare quel fatto i penalisti: « una comunissima relazione sessuale fra due persone, delle quali, né l’una si manifesta come malizioso tentatore, né l’altra come timorosa e ingenua fanciulla che sia rimasta vittima dell’avveduto maschio »⁽¹⁸⁹⁾.

Libero consenso e tutela giuridica appaiono insomma incompatibili. In quasi tutti i ‘casi concreti’ il risarcimento non si pone come ‘prezzo del disonore’, ma come tutela per il figlio di cui si accerta (indirettamente) la paternità, per cui si chiedono alimenti; anche in questi casi però la retorica del giurista resta volta a misurare l’onestà della donna, a filtrare la veridicità del suo consenso alla luce della sua vera onestà. La clausola generale della responsabilità per colpa, « eterno principio di giustizia »⁽¹⁹⁰⁾, permette ai tribunali civili, più

⁽¹⁸⁷⁾ *Corte d’Appello di Trani, 7 settembre 1899*, in *Il Filangieri*, 1900, p. 139.

⁽¹⁸⁸⁾ *Ibidem*, p. 139.

⁽¹⁸⁹⁾ *Tribunale di Piacenza, 11 febbraio 1932*, in *Temì emiliana*, 1932, 1, p. 109, nella Nota (di M. Lombardi, *Seduzione e risarcimento del danno*) si richiede che la valutazione della promessa di matrimonio sia rimessa al « prudente arbitrio del magistrato », senza riferimenti ‘formali’ della promessa di matrimonio, ma in relazione alla natura femminile: « gli impulsi dell’animo femminile sono spesso diretti più dal sentimento che dalla fredda ragione: spesso basta una parola, un comportamento non equivoco perché la donna si convinca e sia intimamente certa che l’uomo manterrà la promessa inespresa... ».

⁽¹⁹⁰⁾ *Corte d’Appello di Casale, 25 novembre 1908*, in *Giurisprudenza italiana*, 1909,

che di dosare le colpe, di pesare ancora ogni singola sfumatura dell'onestà della donna per attribuire 'sanzioni' e 'protezioni' avvertite in continuità con le protezioni di antico regime. Per questa via si manifesta nel diritto civile la 'virtuosa indignazione' della giurisprudenza verso quelle situazioni in cui l'onestà della donna resta priva di tutela in seguito al silenzio dei Codici. Al centro del discorso resta l'onestà della donna: la valutazione del consenso è giocata solo in relazione al 'sogno' di onestà della donna presente in antico regime e, così come accadeva nella giurisprudenza penalistica di antico regime, il libero consenso non riesce mai ad essere valutato autonomamente. La relazione tra *voluntas libera* e protezione rimane sullo sfondo, sempre inquadrata dalla luce delle diverse immagini dell'onestà presupposte da discorso del giurista, sempre falsata dalla ricerca di una tutela che non appare mai diretta alla libertà della persona.

4.5. *Reliquie di danno da seduzione con promessa di matrimonio*

L'affermazione di una protezione giuridica solo in relazione ad una rappresentazione che, in nome dell'onestà da tutelare, nega la libertà del consenso richiamando il filtro della seduzione continuerà ad attraversare le ricostruzioni civilistiche anche di fronte all'assetto del Codice civile del 1942. Fuoriesce dai limiti del presente lavoro l'avventura in questi territori segnati da nuove relazioni tra il diritto penale ed il diritto civile e da una progressiva espansione dell'utilizzazione dei principi della Costituzione; ma, a mo' di epilogo, può essere di una qualche utilità un breve cenno alle fortune nella giurisprudenza civile della seconda metà del Novecento del risarci-

I, 2, c. 7. Il rinvio all'articolo 1151 del Codice civile come strumento per attenuare tutti i mali è estremamente diffuso, cfr., ad esempio, *Corte d'Appello di Genova*, in *Annali della giurisprudenza italiana*, 1895, 2, p. 267: «il principio che dominar deve nella presente controversia è quello di ragione comune scritto nell'art. 1151 del Codice civile... Questa disposizione generale abbraccia ogni ipotesi possibile di danno ad altri causato col fatto colposo...»; «... non può disconoscersi che nei termini tanto estesi dell'articolo 1151 deve venir pur compreso quello della giovane che si provi essere vittima della seduzione, e resa madre con mentite blandizie, promesse, raggiri ed inganni».

mento del danno da seduzione; una costruzione ribadita tra i contrasti ancora ai nostri giorni da sentenze della Cassazione ⁽¹⁹¹⁾.

Nelle prime decisioni che negano la configurazione del risarcimento del danno da seduzione, valorizzando il libero consenso della donna, si percepisce ancora non il riconoscimento di una libertà ma soltanto la volontà di negare protezione: è come se sullo sfondo fosse ancora presente l'eco della retorica degli 'abusi delle donne', l'affermazione del silenzio della legge come sanzione. È impossibile — scrive la Corte d'Appello di Firenze — configurare come un illecito la congiunzione carnale con una minore di oltre sedici anni che vi abbia consentito: la donna « ha subito il danno... per il consenso, giuridicamente efficace, da lei prestato all'amplesso »; dopo il compimento del sedicesimo anno « il minore diviene sessualmente libero. Né può affatto venire opposto che la capacità di compiere atti di rilevanza giuridica si acquista solamente al compimento del ventesimo anno.... La G. si è data volontariamente... e non le è consentito di addurre un'offesa alla propria libertà sessuale che le dia diritto a risarcimento.... Concessasi la donna volontariamente essa si espone (...) a quella che è la conseguenza normale delle congiunzioni carnali » ⁽¹⁹²⁾. Di fronte a tale proposizioni è lo stesso Carnelutti — che abbiamo visto intento a criticare l'invenzione del diritto operata dalla giurisprudenza in tema di danno da seduzione — a ribellarsi e a prospettare una ricostruzione volta a far scaturire (a 'creare') il diritto, muovendo dall'esigenza di porre un rimedio al danno (la deflorazione, la gravidanza) subito dalla « sciagurata fanciulla ». Il percorso prescelto dall'interprete per « tradurre in una formula giuridica il suo convincimento morale » ⁽¹⁹³⁾ non è privo di tortuosità. La tutela si ottiene valutando la 'seduzione consensuale'

⁽¹⁹¹⁾ Una recente riconferma dell'indirizzo giurisprudenziale in questione, volto ad attribuire il risarcimento del danno da seduzione con promessa di matrimonio, ci è data da *Cassazione civile, sezione III, 8 luglio 1993, n. 7493*, in *Il Foro Italiano*, 1994, I, cc. 1878 e ss., con nota di G. LONGO, *Sedotta (con promessa di matrimonio) e risarcita*. La sentenza può essere letta anche in *Il corriere giuridico*, 9, 1993, pp. 1052 e ss. (con commento di V. CARBONE, *Seduzione con promessa di matrimonio: continua il contrasto tra giudici di merito e di legittimità*).

⁽¹⁹²⁾ *Appello di Firenze, 7 aprile 1943*, in *Il Foro italiano*, 1943, I, (Nota di F. CARNELUTTI, *Lecita seduzione?*) cc. 939 e ss.

⁽¹⁹³⁾ F. CARNELUTTI, *Lecita seduzione?*, cit. c. 940.

come un negozio giuridico: « i sedici anni costituiscono il limite di età, oltre il quale l'amplesso non è reato, non oltre il quale una persona è dichiarata capace di consentire ad un'altra il godimento del proprio corpo » (194). Il territorio del danno risarcibile proveniente da seduzione (configurata in termini negoziali) viene così esteso oltre i limiti imposti dalla necessaria presenza di una promessa di matrimonio, e ben oltre le ipotesi in cui la seduzione può essere fatta rientrare in un reato. Al di là della diversa configurazione dogmatica (contrattuale o extracontrattuale) (195) c'è una sostanziale convergenza sulla necessità di estendere il rimedio per una situazione che continua ad essere percepita come ingiusta: si vuole comunque supplire al 'rigore del diritto' o (come sostiene Carne-lutti) prospettare 'il rigore del diritto' in termini 'conformi' ai 'principi morali' dell'interprete.

Le dispute tecniche si ripetono negli anni successivi riproponendo lo stesso percorso: alla virtuosa indignazione di chi ritiene impossibile proteggere con il diritto una donna 'che volontariamente si espone al danno', si oppone la voce di chi torna a prospettare le argomentazioni del consenso falsato, della seduzione irresistibile, della forza travolgente delle promessa di matrimonio.

Alcuni tentano di ricucire implicitamente il filo spezzato dei nessi tra tutele di diritto penale e tutele di diritto civile rifacendosi alla figura dell'abuso del diritto e configurando 'di per sé' ogni relazione sessuale come illecito 'scriminato' solo da una responsabile adesione contrattuale della donna (196); altri si oppongono con forza

(194) *Ibidem*.

(195) Più in generale su tale dogmatica può essere utile confrontare le riflessioni, divertite e amare, presenti in celebri pagine di Filippo Vassalli (*Del ius in corpus, del debitum coniugale e della servitù d'amore ovvero sia la dogmatica ludicra*, Roma, 1944) che traggono spunto da una configurazione dello stesso Carnelutti riguardo allo *ius in corpus* come diritto reale.

(196) Cfr. S. BORGHESE, *Il risarcimento dei danni alla donna sedotta*, in *Il Foro italiano*, 1950, IV, cc. 127 e ss.; in particolare c. 142: « L'illecito civile esiste sempre nell'atto sessuale, sì che gli effetti (colpa e obbligo del risarcimento), paralizzati dal consenso valido della donna risorgono non appena questo venga meno ». Così, infine, il giudice di Milano riassume la sua ricostruzione giuridica: « l'atto sessuale può essere illecito penale, civile, morale »; il consenso valido della donna esclude l'illiceità penale e toglie anche l'illecito civile; solo il consenso matrimoniale elimina l'illecito morale. Il

a ricostruzioni di stampo contrattuale, affermando che la sede naturale della questione non può che essere ancora quella del danno extracontrattuale ⁽¹⁹⁷⁾, quello della *illiceità dei mezzi* con i quali si ottiene il consenso della sedotta ⁽¹⁹⁸⁾.

Ricondotta la questione nell'ambito della responsabilità extracontrattuale il dibattito prosegue senza distaccarsi dai binari posti nell'Ottocento: non mutano le scelte tecniche, non muta la retorica di fondo, prosegue l'immaginaria ricerca del giurista del 'casto pudore' e della 'naturale ritrosia' della donna, con la verifica dei turpi comportamenti (ora dolosi, ora colposi) del seduttore, con la lettura del vero consenso che è presunto dall'onestà ⁽¹⁹⁹⁾. Spesso i commentatori aggiungono alle sentenze spaccati di retorica antica, proponendo letture tecniche dettate dal rimpianto del modello infranto dell'onestà della donna: si invitano pertanto i giudici a fare « una più profonda indagine » riguardo alla « condotta morale della sedotta », perché il presente — si afferma — non è più quello dei « tempi andati, quando la purezza dei costumi e lo *status virginitatis*

consenso prestato dalla donna deve essere immune da vizi e, dal momento che il « consenso dell'offeso è un negozio giuridico » occorrerà tener conto delle cause d'incapacità giuridica stabilite dal diritto civile. Si cfr. anche S. BORGHESE, *Ancora in tema di seduzione*, in *Il Foro padano*, 1953, cc. 455 e ss.

⁽¹⁹⁷⁾ Le voci contrarie a ricostruzioni di stampo 'negoziale' sono prevalenti: si cfr., per tutti, le argomentazioni di E. ONDEI, *In tema di responsabilità civile per seduzione*, nota a Corte d'Appello di Bologna, sez. I, 2 marzo 1950, in *Il Foro padano*, 1950, cc. 1057 e ss.: « la seduzione (...) non è atto di disposizione, ma di godimento (...) Le donne che si lasciano sedurre non fanno questo per rinunciare alcunché (per es. la libertà, l'onore ecc.) a favore del seduttore: esse agiscono per un piacere proprio sia pure a costo della perdita di questi beni. Manca, in definitiva, l'intenzione creativa di diritti altrui e si è quindi, anche per ciò, fuori assolutamente della sfera negoziale per cui è richiesta la capacità di agire giuridicamente anche in ordine all'età ».

⁽¹⁹⁸⁾ Cfr. M. STELLA RICHTER, *In tema di seduzione*, Nota a Cassazione civile, sez. I. civ., 10 giugno 1949, n. 1043; e sez. III civ., 27 ottobre 1948, n. 1786, in *Il Foro italiano*, I, cc 1061 ss. (che insiste sulla configurabilità di una responsabilità solo per seduzione dolosa); C. DI SALVO, *Diritto di non concepire?*, in *Il Foro italiano*, 1948, IV, cc. 109 e ss.

⁽¹⁹⁹⁾ Cfr., ad esempio, *Tribunale di Cuneo*, 15 luglio 1958, in *Il Foro padano*, 1959, cc. 888 e ss. « È risultato che la ragazza all'epoca dei fatti, e successivamente, era profondamente onesta... Ciò posto è conforme alla giurisprudenza formatasi in materia presumere dall'onestà della ragazza che essa si sia indotta ad accontentare i desideri del C. confidando nelle nozze ».

della donna assumevano effetti morali di inestimabile valore » (200); e dunque non è giusto che le sentenze siano sempre « propense, per motivi sentimentali, a favorire la ragazza » (« ...i tempi di oggi non sono più quelli di una volta. La ragazza più che essere sedotta seduce i poveri maschi... ») (201). Nella prosa di chi richiede l'abbattimento di questa protezione si ripropongono uno dopo l'altro i temi che avevano condotto alla depenalizzazione dello stupro semplice e alla caduta delle protezioni ampie per l'onestà, primo fra tutti il tema degli 'abusi delle donne', quello della trasformazione 'ai tempi d'oggi' della donna da ingenua sedotta a pericolosa seduttrice.

Le dispute dottrinali più rilevanti riguardano il tema della seduzione colposa (che è ammessa dalla giurisprudenza, ma fortemente criticata dalla dottrina) e il tema classico della 'compensazione delle colpe', risolto ricorrendo alle stesse argomentazioni di fine Ottocento (202). La configurazione sempre più decisa della 'seduzione illecita' come attentato contro la libertà sessuale della donna non è certo sufficiente a rinnovare l'intelaiatura complessiva della ricostruzione che, come la prosa dei giudici, rimane legata agli schemi ottocenteschi: scaltri Don Giovanni continuano a combattere e a vincere ingenuie fanciulle d'innata pudicizia e naturale ritrosia; la *mise en scène*, le truffe, i raggiri, le ingannevoli promesse (atte a vincere il pudore della donna e a determinarne la volontà) si succedono in una 'concatenazione causale' ancora uguale: il matri-

(200) A. CAPORICCI, *La responsabilità civile per seduzione*, Nota a *Corte d'Appello di Venezia* 25 settembre 1962, in *Il nuovo diritto. Rivista giuridica pratica*, 1963, p. 389.

(201) G. ANZÀ, Nota a *Corte d'Appello di Napoli*, 10 Novembre 1969, in *Il nuovo diritto. Rivista giuridica pratica*, 1971, p. 82.

(202) Il dibattito è particolarmente vivo in relazione ad una sentenza della Corte di Cassazione del 26 giugno 1959 che configura esplicitamente una seduzione solo colposa. Cfr. la sentenza in *Temì. Rivista di giurisprudenza italiana*, 1959, pp. 410 e ss. (e a pp. 543 e ss. si veda la nota di E. ONDEI, *L'elemento costitutivo dell'illecito per seduzione*); la si veda anche in *Giustizia civile*, 1959 (con una nota critica di M. STELLA RICHTER), pp. 1180 e ss.; e in *Archivio di ricerche giuridiche*, 1960, (con una nota di S. BORGHESE, *In tema di responsabilità civile per seduzione*). Cfr. sulla questione E. FADDA, *Responsabilità per seduzione illecita*, in *Il Foro italiano*, 1959, IV, cc. 46 e ss.; F. SCARDULLA, *Responsabilità ed autorevolezza in tema di seduzione con promessa di matrimonio*, nota a *Tribunale di Genova*, 30 novembre 1960, in *Il Foro Padano*, 1961, cc. 627 e ss.; M.V. DE GIORGI, *Seduzione con promessa di matrimonio*, Nota a *Corte d'Appello di Napoli*, 28 febbraio 1969, in *Giurisprudenza italiana*, 1970, I, 2, cc. 277 e ss.

monio è desiderato dalla donna come protezione e ‘sistemazione’ (la donna cede ‘accecata dalla promessa’); la « *traditio corporis* » è atto disonorevole cui segue una disistima sociale.

A metà degli anni Settanta un indirizzo innovativo si fa avanti nella giurisprudenza di merito, con sentenze che si caratterizzano per una scelta fortemente polemica nei confronti delle tradizionali ricostruzioni del danno da seduzione: si critica il linguaggio delle sentenze antecedenti, si insiste sull’esigenza di valorizzare la pienezza del consenso femminile (« non si può risalire ad altro soggetto ‘responsabile’ senza degradare la personalità della donna che ‘ha deciso’ a qualcosa di meno di un soggetto: ad un soggetto ‘minorato’ »), si nega la stessa configurabilità del danno in relazione ai mutamenti intervenuti nel quadro legislativo e nel costume sociale (203).

Tale indirizzo dei giuridici di merito non è approvato dai giudici di legittimità che continuano a riproporre, sia pure con alcuni distinguo (204), le linee tradizionali del racconto della seduzione. Il

(203) *Tribunale di Pisa*, 3 febbraio 1976, in *Giurisprudenza italiana*, 1976, I, 2, cc. 707 e ss. (con osservazioni di M.V. DE GIORGI e nota di V.M. CAFERRA, *La seduzione con promessa di matrimonio tra diritto e ideologia*); cfr. ancora in *ibidem*, 1977, I, 2, cc 47 e ss. (con nota di F. FINOCCHIARO, ‘*Seduzione con promessa di matrimonio*’ e *giurisprudenza pseudo-progressista*) e in *Responsabilità civile e previdenza*, 1977, pp. 62 e ss. (con nota di G. BONILINI, *La seduzione con promessa di matrimonio è ancora un illecito civile?*). Si veda inoltre *Tribunale di Verona*, 29 gennaio 1982, in *Giurisprudenza italiana*, 1983, I, 2, cc. 118 e ss. (con nota di V.M. CAFERRA, *La seduzione con promessa di matrimonio: una fattispecie in via di estinzione*); cfr. anche in *Giurisprudenza di merito*, 1983, I, pp. 24 e ss. con note di A. DE CUPIS, *In tema di seduzione con promessa di matrimonio* (in *ibidem*, pp. 937 e ss.) e di M. DOGLIOTTI, *La seduzione con promessa di matrimonio e le ideologie della giurisprudenza* (in *ibidem*, 1984, pp. 622 e ss.) e in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1982, pp. 1314 e ss. (con nota di S. SCARDULLA, *È ancora risarcibile ex art. 2043 c.c. il danno da seduzione con promessa di matrimonio?*). L’analisi più equilibrata della vicenda mi pare quella offerta da P. CENDON e L. GAUDINO, *Nota di Commento a Cassazione civile, sezione III, 27 novembre, 1986, n. 6994*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 1987, pp. 617 e ss., ora, con il titolo *La seduzione con promessa di matrimonio*, in P. CENDON (a cura di), *La responsabilità civile. Saggi critici e rassegne di giurisprudenza*, Milano, 1988, pp. 323 e ss.. Si cfr. anche, per una sintetica visione d’insieme, G. VISINTINI, *I fatti illeciti. I. Ingiustizia del danno. Imputabilità*, Padova, 1987, pp. 305 e ss. (atti lesivi della libertà sessuale).

(204) Cfr. *Cassazione civile, sezione III, 8 luglio 1993, n. 7493*, cit., c. 1883: « Nessun dubbio generico sul dovere di risarcimento da parte del seduttore ... Soltanto sono da prendere in considerazione i ragionevoli limiti di tale dovere, con riguardo al mezzo

punto nodale del contrasto appare ancora quello di un modello femminile di riferimento per l'interpretazione del consenso. I fautori di ciascun indirizzo si rivolgono critiche speculari: il modello di riferimento, l'immagine femminile proposta (presupposta) è 'stereotipata', 'ideologica', 'non giuridica', 'metagiuridica', 'pedagogica', e pertanto incapace di corrispondere ai fatti, di aderire alla realtà, di proporre un'interpretazione adeguata del consenso della donna nel caso concreto.

La giurisprudenza volta a riconfermare il tradizionale indirizzo ottocentesco è criticata perché, ignorando rilevanti mutamenti avvenuti nel costume sociale, si fonda ancora su (e rinvia a) una realtà sociale oramai quasi del tutto inesistente e, sulla semplice base di un modello tradizionale ('stilnovistico e maschilista'), insiste in un'implicita (o inconscia) analisi della moralità della donna, offrendole poi una 'tutela eccessiva' ⁽²⁰⁵⁾; una tutela che appare offensiva della dignità femminile e volta a infrangere (con la sua rappresentazione di una donna come soggetto debole e incapace di scegliere) il principio costituzionale di uguaglianza ⁽²⁰⁶⁾. Le innumerevoli e

adoperato dall'uomo per ottenere l'assenso della donna all'amplesso, tenuto conto dell'età, della condizione sociale, del grado di moralità, sensibilità, intelligenza e cultura della donna che assume di essere stata sedotta». Nello stesso senso, si cfr. anche *Cassazione civile, sezione III, 10 agosto 1991, n. 8733*, in *Nuova Giurisprudenza civile commentata*, 1992, I, (con nota di E. CORRADI, *In tema di seduzione con promessa di matrimonio e responsabilità civile*) pp. 397 e ss.: «la evoluzione dei costumi, e della legislazione, i mutamenti della coscienza sociale non valgono dunque ad escludere, aprioristicamente, ogni possibilità di richiamo allo schema normativo dell'illecito civile ex art. 2043 cod. civ.; ma acquistano, invece, nel giudicare della conformità o meno del caso concreto al paradigma legale, un'indubbia rilevanza ad effetti diversi: a) anzitutto richiamano il giudice ad una maggiore attenzione nello stabilire se la rappresentazione della sequenza congiunzione carnale/nozze riparatrici sia stata indotta in un membro della coppia esclusivamente dal comportamento dolosamente ingannevole o colposamente fuorviante dell'altro...; b) in secondo luogo ed ancor di più sospingono il giudice a ricercare, sulla base di prove concrete e certe e non più affidandosi a valutazioni discrezionali/presuntive, il fondamento di lamentati pregiudizi da 'disistima sociale' o da 'perdita di occasioni matrimoniali'» (p. 399).

⁽²⁰⁵⁾ Il rimedio risarcitorio per la donna 'sedotta con promessa di matrimonio' si configura come eccessivo, e inutilmente complicato, soprattutto di fronte al testo modificato dell'art. 269 c.c., alla caduta cioè dei limiti posti all'accertamento della paternità naturale.

⁽²⁰⁶⁾ A proposito della citata Cassazione civile, sezione III, 8 luglio 1993, cit., si è

variegate voci levatesi, dall'altra parte, a difesa (o a parziale difesa) dell'indirizzo tradizionale paiono convergere sostanzialmente su un punto: il nuovo indirizzo manca di 'aggancio' con la realtà presente nel fatto concreto; « distacco dalla realtà » che si configura come proiezione e imposizione sul fatto di un modello « chiaramente ideologico », tanto 'moderno' e 'uguale' in senso 'meramente formale', quanto propenso a trascurare la sostanziale concretezza degli interessi coinvolti (che non è escluso possano essere fondati su logiche ancora 'antiche' e 'disuguali') e l'esigenza di una loro proiezione giuridica ⁽²⁰⁷⁾.

parlato — ad esempio — di « sentenza-scandalo » in quanto volta a confermare ancora una volta tradizionali stereotipi, incapace di 'leggere' e 'tradurre' nel giuridico la nuova realtà: « è... sconcertante che in questa materia la Cassazione abbia sempre mancato di adeguare l'ordinamento positivo alla continua evoluzione della vita sociale ». G. LONGO, *Sedotta (con promessa di matrimonio) e risarcita*, cit., c. 1878. Cfr. ancora P. CENDON e L. GAUDINO, *La seduzione con promessa di matrimonio*, cit., p. 340 e p. 333: « La tutela aquiliana della sedotta trova insomma ragion d'essere nella storica debolezza della condizione della donna, ed è venuta affermandosi all'interno di una concezione della sessualità femminile come realtà puramente subordinata e passiva. Lo stesso linguaggio scelto dagli interpreti nei loro interventi, e dai giudici nelle loro motivazioni, rivela quali siano i presupposti inconsci o ideologici dell'atteggiamento assunto verso la 'questione femminile': la donna non sceglie, ma cede, ad essa è connaturale non già il desiderio di esprimere la propria affettività, bensì l'ombra e il riserbo ». Cfr. ancora F. GIARDINA, *Colpa, valori sociali, evoluzione del costume: il caso della seduzione con promessa di matrimonio*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1977, p. 706; M.A. TRONCONE, *Seduzione con promessa di matrimonio, costume sociale e mediazione del giudice* (Nota a Tribunale di Napoli, sezione I, 28 dicembre 1979, n. 7620), in *Diritto e giurisprudenza*, 1980, pp. 858 e ss.

⁽²⁰⁷⁾ Cfr., con riferimento alla citata sentenza del Tribunale di Pisa, F. FINOCCHIARO *'Seduzione con promessa di matrimonio' e giurisprudenza pseudo-progressista*, cit., cc. 48 e 50; (ma si cfr. anche dello stesso Autore, *Del matrimonio (Commentario del Codice civile)*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna, 1971, pp. 185 e ss. Cfr. anche D. REFERZA, *Donna oggetto, pregiudizio risarcibile, seduzione con promessa di matrimonio*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1978, pp. 1332 e ss. che si lascia poi andare ad una ricostruzione del « gelido dipinto di donna » presente nel nuovo indirizzo (p. 1343). Riguardo al carattere « ideologico » di tale sentenza cfr. G. BONILINI, *La seduzione con promessa di matrimonio è ancora un illecito civile?*, cit., p. 63; M. TAMPONI, *La tutela civile della donna sedotta con promessa di matrimonio*, Nota a Cassazione civile, sezione I, 11 marzo 1976, n. 846, in *Giurisprudenza italiana*, 1977, I, 1, (cc. 2001 e ss.) c. 2003; V.M. CAFERRA, *La seduzione con promessa di matrimonio tra diritto e ideologia*, cit., c. 713; ID., *La seduzione con promessa di matrimonio una fattispecie in via di estinzione*, cit., c. 120: « nel vigente sistema normativo,

Sotteso alla questione giuridica, si delinea come preminente lo scontro tra modelli muniti di una forte tensione totalizzante: 'vecchie' e 'nuove' immagini femminili tornano a scontrarsi; visione 'moderna' dei rapporti affettivi (finalmente svincolati da condizionamenti familiari, sociali, patrimoniali, 'esterni' alla libera scelta dei singoli) si contrappongono ad una visione 'antica' (condizionata ancora dalla rappresentazione del matrimonio come interesse patrimoniale, della promessa di matrimonio come strumento efficace per ottenere 'la caduta' della donna).

L'intera piccola disputa ha il sapore delle cose già viste. Di fronte all'estrema espansione dei confini della responsabilità extracontrattuale, il risarcimento del danno da seduzione potrebbe — oggi più che nell'Ottocento, in cui il danno era comunque riferito alla lesione di un preciso diritto — senza particolare forzature interpretative riaffermare una sua presenza; nello stesso tempo però l'interpretazione del consenso della donna sotteso all'attribuzione della protezione si presenta sempre inconsciamente collegata con l'onestà del consenso.

Se assumessimo le diverse immagini femminili presenti nelle sentenze dell'ultimo ventennio riguardo al danno da seduzione come fonte immediatamente efficace per descriverci la realtà sociale di questi anni oppure, più semplicemente, per trarne subito conseguenze riguardo all'odierna mentalità dei giudici, non riusciremmo a farle 'parlare' senza deformazioni e commetteremmo molto probabilmente l'errore di far dire loro troppo o troppo poco. Certo, potremmo scorgere nella giurisprudenza dei giudici di legittimità — come è stato fatto — molti segni di arretratezza del pensiero giuridico, perduranti rappresentazioni prive di corrispondenza col comune modo di sentire e di vivere i rapporti sociali. Dovremmo poi cogliere (e saremmo costretti a farlo) nelle sentenze innovative una ('prima') descrizione 'moderna' della 'nuova' realtà sociale e della

non vi sono ragioni giuridiche per escludere 'a priori' la configurabilità di una responsabilità civile per seduzione con promessa di matrimonio secondo i principi della responsabilità civile; né è consentito alla 'ideologia' dell'interprete rimuovere dalla realtà socio-culturale e livellare (in nome del progresso) valori, situazioni e comportamenti della vita sessuale, legittimamente presenti in una società pluralistica ». Si cfr. ancora la giurisprudenza di legittimità richiamata sopra nella nota 204.

‘nuova mentalità’. Molto probabilmente, però, tale lettura resterebbe solo alla superficie del giuridico, cogliendo in modo inadeguato la mentalità degli interpreti.

Chi proviene da una lettura di lungo periodo delle alterne vicende della ‘seduzione dei giuristi’ non è portato certo ad esaltare le valenze ‘descrittive della realtà’ presenti in queste ultime reliquie giurisprudenziali dell’ampio assetto di antico regime volto a proteggere l’onestà della donna; non è il caso di farlo né di fronte alle immagini femminili ‘immobili’ e ‘concrete’ proposte dalla giurisprudenza di legittimità, né di fronte a quelle ‘moderne’ e ‘astratte’ proposte della giurisprudenza di merito.

Le ricostruzioni ottocentesche del danno da seduzione, quelle poi ereditate dalla giurisprudenza del nostro secolo, esigevano un preciso modello femminile di riferimento, si fondavano su ‘fatti’ accorpati e costruiti in relazione alle necessità dogmatiche del rimedio risarcitorio: la *mise en scène*, la rappresentazione di un’onestà femminile ancora degna della tutela della legge, presentavano una sorta di riscatto della donna onesta ‘nel caso particolare’ che otteneva ancora quelle protezioni giuridiche che le erano state rifiutate dalla scelta della depenalizzazione. Il danno da seduzione era per i giuristi strumento sussidiario di protezione della donna ‘veramente onesta’ di fronte alle scelte astratte e spietate percepite come presenti nei Codici. Nel momento in cui, ancora oggi, si offre a talune situazioni quella stessa tutela i giuristi fanno riaffiorare quelle immagini, e il canovaccio consolidato della recita della seduzione ritorna perché si è, per così dire, sedimentato nelle stesse argomentazioni tecniche, nella stessa retorica della motivazione del rimedio da accordare. La ricostruzione del consenso femminile di fronte al danno da seduzione si ripropone così, ancor oggi, inconsciamente ricalcato sui parametri della ‘virtuosa indignazione’ ottocentesca nei confronti del silenzio del Codice, ma il richiamo al *praesumitur seducta* sa di retorica antica, le argomentazioni giuridiche riguardo al consenso femminile si presentano come un’armatura posta a circondare un corpo oramai inesistente (208).

(208) E ciò naturalmente soprattutto perché l’ordinamento predispone altre tutele per rispondere alle ingiustizie che la ‘virtuosa indignazione’ dei giuristi dell’Ottocento si sentiva chiamata a colmare.

Volendo, certo, si può andar oltre tale riferimento alla vischiosità delle rappresentazioni del giuridico per tentare d'inserire più nel profondo della mentalità degli interpreti anche questi ultimi richiami della giurisprudenza alla seduzione. Lo si può fare, ma occorre essere consapevoli che questi ultimi riferimenti alla seduzione scaturiscono da una mentalità che non è diversa da quella di chi, nel corso dell'intero Ottocento e in gran parte del nostro Novecento, si era sforzato di rendere lineare e scientifica la depenalizzazione dei *delicta carnis* con richiami sempre confusi a libertà e a onestà, con riferimenti continui alla 'volontà libera' come a un pericoloso disvalore di cui disinteressarsi quando non riscattata dall'immagine della (certa, reale, effettiva) onestà della donna. Non è il caso, dunque, di soffermarsi più di tanto su questi ultimi richiami alla seduzione; mentre è forse opportuno riflettere ancor oggi sulla mistificante eredità lasciata dalla battaglia condotta tra Sette e Ottocento 'contro la seduzione' e contro 'i sogni di antico regime'; quella battaglia vinta proponendo il consenso libero non come diritto da 'prendere sul serio', da affermare e da tutelare, ma impugnandolo come arma contro gli 'abusi delle donne' e i pericolosi sogni giuridici che li sostenevano, per negare forme di protezione per un consenso deviante e per affermare ancora una protezione giuridica rivolta alla sola onestà 'perfetta' e 'piena'.

INDICE DEI NOMI

- ACCOLLAS, Émile, 212.
AGO, Renata, 113, 120.
AGOSTINO, Sant', 35, 55, 134, 159.
AGUESSEAU, Henri-François d', 104, 106-107.
AJELLO, Raffaele, 181.
ALBERICO DA ROSATE, 35, 38-41.
ALBERTO DA GANDINO, 33.
ALCIATO, Andrea, 68.
ALESSANDRO III, papa, 56.
ALESSI, Giorgia, 77, 83, 127, 166, 172.
ALIGHIERI, Dante, 34.
ANDREA DA ISERNIA, 43.
ANDRIEUX, François-Guillaume-Jean-Stanislas, 237-238.
ANGELO DA AREZZO: v. Gambiglioni.
ANGELO DA CHIVASSO, 55.
ANTONIO DA BUDRIO, 50, 56.
ANZÀ, Giovanni, 407.
ARIÈS, Philippe, 373.
ARIOSTO Ludovico, 284.
ARNAUD, André-Jean, 235.
ARNAUD-DUC, Nicole, 149, 152.
AUBENAS, Roger, 152.
AUBRY, Charles-Antoine, 304.
AVERARA, Manifesto, 275, 333.
AZCARRAGA, Joaquín de, 93.
AZZARITI, Giuseppe, 317.
AZZONE, 31, 35.
BAIARDI, Giovan Battista, 23, 27, 70, 125, 146.
BALDO DEGLI UBALDI, 16, 35, 42, 44-45.
BARBAGLI, Marzio, 171.
BARBOSA, Agostino, 77, 81.
BARDILI, Burckhard, 122, 125, 129, 131, 141, 146.
BARET, Paul, 150-151, 154, 239, 244.
BARTOLO DA SASSOFERRATO, 25-26, 28, 33, 44-45, 66, 69, 123.
BARTOLOMEO DA SALICETO, 35, 41.
BASILICO, Girolamo, 68-69, 81, 140.
BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel, 116, 121, 230, 244, 290-291, 301-302.
BAVIERA, Giovanni, 358-359.
BECCARIA, Cesare, 162, 249.
BELCASTEL, Jean-Baptiste, 286.
BELLIVIER, Florence, 221.
BELLOMO, Manlio, 113.
BELTRÀN DE HEREDIA, Vicente, 55.
BENSA, Paolo Emilio, 392.
BENVENUTO, Giuseppe, 360.
BÉRENGER, René, 286, 333.
BERLICH, Matthias, 69, 123, 125, 129-131, 147.
BERLIER, Theophile, 221.
BERLINGUER, Luigi, 172.
BERRIOT-SALVADORE, Evelyne, 159.
BERTAZZOLI, Bartolomeo, 68, 74.
BERTAZZOLI, Claudio, 68, 74.
BETTIOL, Giuseppe, 210.
BETTONI, Lodovico, 359.
BIANCHEDI, Camillo, 272, 370-371.
BIANCHI, Emilio, 296-297.
BIANCHI, Francesco Saverio, 291, 299.
BIET, Christian, 217, 228.
BIGOT DE PRÉAMENEU, Felix-Julien, 118, 239-241.
BLACKSTONE, William, 176.
BOCCACCIO, Giovanni, 284.
BOHIER, Nicolas, 149.
BÖMER, Iustus Henning, 122, 131.

- BÖMER, Johann Samuel Friedrich, 133, 135, 160.
- BOLLATI, Emanuele, 34.
- BONAPARTE, Napoleone, 242, 318-319.
- BONFIELD, Lloyd, 113.
- BONFRANCESCHI, Agostino, 25, 46.
- BONILINI, Giovanni, 408, 410.
- BONINI, Roberto, 175.
- BONNECASE, Julien, 218.
- BORDEAUX, Michèle, 116.
- BORGHESE, Sofo, 405-406.
- BORS, Marc, 149.
- BORSARI, Luigi, 300-301, 310-313, 316.
- BOSSI, Egidio, 26, 69, 76, 79-80.
- BOTTRIGARI, Iacopo, 28, 30.
- BOUDOUARD, Laurence, 221.
- BOUREAU, Alain, 336.
- BRANCA, Giuseppe, 410.
- BRANDILEONE, Francesco, 84.
- BRIDE, André, 52.
- BRISSAUD, Jacques, 103.
- BRISSAUD, Jean, 103.
- BRUNETTI, Giovanni, 318-322, 378-379.
- BUCHHOLZ, Stephan, 137.
- BUONFANTI, Jacopo, 257, 343, 345.
- BURGUIÈRE, André, 218.
- CABERLOTTO, Enrico, 308.
- CACIOTTI, Antonio, 342.
- CAFERRA, Vito Marino, 408, 410.
- CALISSE, Carlo, 58.
- CALOGERO, Costanzo, 247, 250, 363, 368.
- CALVINO, Giovanni, 105.
- CAMBACÈRES, Jean-Jacques Régis de, 199, 221-225.
- CANOSA, Romano, 357.
- CANTINI, Lorenzo, 167-168, 170.
- CAPITANT, Henri, 318.
- CAPORICCI, Antonio, 407.
- CAPPELLINI, Paolo, 12.
- CARBASSE, Jean-Marie, 103, 201-202.
- CARBONE, Vincenzo, 404.
- CARBONNIER, Jean, 115, 212-213, 222, 325.
- CARFORA, Francesco, 356.
- CARLO DI BORBONE, re di Napoli, 315.
- CARMIGNANI, Giovanni, 67, 136, 183, 248, 284, 343, 345-346.
- CARNELUTTI, Francesco, 379-381, 404-405.
- CARPZOV, Benedict, 123, 125, 130, 140, 147, 268.
- CARRARA, Francesco, 4-5, 30, 82, 155, 165-166, 179-180, 184, 191, 247, 251, 253, 259-274, 279-280, 284, 351, 356.
- CASTORI, Costantino, 238, 333, 353-354, 371.
- CATULLO, 284.
- CAUTELA, Amilcare, 309, 388.
- CAVALLO, Pietro, 71, 76.
- CAVANNA, Adriano, 217.
- CAVINA, Marco, 217.
- CAZZETTA, Giovanni, 378.
- CENDON, Paolo, 408, 410.
- CERRETELLI, Pier Antonio, 344.
- CESAREO CONSOLO, Giovanni, 315, 375.
- CESARINI SFORZA, Widar, 379.
- CHABOT DE L'ALLIER, Georges Antoine, 239.
- CHAUVEAU, Adolphe, 203-204, 206-208, 210-211.
- CHÉNEAUX, Gustave, 230, 244, 290, 301-302.
- CHEVAILLER, Laurent, 58.
- CHIRONI, Gian Pietro, 376.
- CHOVERON, Bermond, 56, 72.
- CICCAGLIONE, Federico, 137.
- CICU, Antonio, 116.
- CIMBALI, Enrico, 231, 290, 386.
- CINO DA PISTOIA, 32-37, 41, 50.
- CIPOLLA, Bartolomeo, 78-79.
- CLARK, Anna, 156.
- CLARO, Giulio, 23, 61, 74, 77, 122, 144.
- CLAVERO, Bartolomé, 113.
- CLEMENTE XII, papa, 169.
- COGLIOLO, Pietro, 247.
- COLAO, Floriana, 172.
- CONSTANT, Benjamin, 233-235.
- COPPOLA, Francesco, 137, 311.
- CORBIN, Alain, 373.
- CORRADI, Elisabetta, 409.
- COSI, Enrico, 307.

- COSTA, Pietro, 12.
 COSTANTINO, imperatore, 19-20, 107.
 COTTA, Sergio, 181.
 COULET, Paul, 286-289.
 COYER, Abate Gabriel-François, 176.
 COZZI, Gaetano, 115, 161.
 CRAMPE-CASNABET, Michèle, 162.
 CREMANI, Luigi, 67, 160, 343.
 CRISCUOLO, Federico, 297.
 CRIVELLARI, Giulio, 160, 284, 353, 363, 370.
 CUTURI, Torquato, 147-148, 286.
 DA PASSANO, Mario, 340-341.
 DAMHOUDER, Joos, 61, 66, 79, 125, 144.
 DASTE, Eugène, 212.
 DE ANGELIS, Francesco Giuseppe, 36, 69, 71, 78, 80.
 DE CUPIS, Adriano, 408.
 DE GIORGI, Maria Vita, 407-408.
 DE GIORGIO, Michela, 113, 330.
 DE LUCA, Francesco, 360-361.
 DE LUCA, Giovan Battista, 91, 117.
 DE MAURO, Giovanni Battista, 362.
 DE ROSA, Carlo Antonio, 62.
 DEAN, Trevor, 167.
 DECIANI, Tiberio, 26, 35, 47, 63-65, 68-69, 78, 80.
 DEL GIUDICE, Pasquale, 72, 317.
 DELVITTO, Giuseppe, 120, 301, 304.
 DEMARS-SION, Véronique, 108.
 DEMOLOMBE, Charles, 119-120, 150, 303-305, 312-313.
 DENISART, Jean Baptiste, 109, 150.
 DESANTI, Lucetta, 20-21.
 DES-ESSARTS, Eugène-Charles-Marie, 144, 229.
 DI MAJO, Adolfo, 378.
 DI RENZO VILLATA, Gigliola, 113.
 DI SALVO, Corrado, 406.
 DIANA, Antonino, 90.
 DIAZ DE LUGO, Juan Bernardo, 57.
 DINO DEL MUGELLO, 31-33, 36-37, 50.
 DOGLIOTTI, Massimo, 408.
 DOLHAGARY, B., 85.
 DUBY, Georges, 373.
 DUCHESNE, Pierre François, 233.
 DUGUIT, Léon, 103, 105.
 DUMAS, Alexandre (fils), 333.
 DUMOULIN, Charles, 105.
 DURAND, Bernard, 109, 143.
 DURANTON, Alexandre, 304.
 DUSI, Bartolomeo, 291, 308, 317.
 DUVEYRIER, Honorè-Marie-Nicolas, 237, 239-240, 242.
 ELLERO, Pietro, 279.
 ENRICO DA SUSA, 49, 53, 56.
 ENRICO II, re di Francia, 105, 152.
 ESCOBEDO, Gennaro, 358, 363.
 ESMEIN, Paul Hyppolite Adhémar, 77, 103.
 FADDA, Carlo, 310, 390-393.
 FADDA, Emilio, 407.
 FALCO, Giorgio, 171.
 FARGE, Arlette, 101, 116, 143, 159.
 FARINACCIO, Prospero, 23, 29, 41, 43, 46, 59, 64, 67, 71-72, 74-75, 77-79, 122-125, 136, 144.
 FASANO GUARINI, Elena, 167.
 FAVRE, Antoine, 149, 173, 175.
 FAZIO, Ida, 113.
 FENET, P.-Antoine, 199.
 FEOLA, Raffaele, 181.
 FERDINANDO IV DI BORBONE, re di Napoli, 315.
 FERRAJOLI, Luigi, 203.
 FERRANTE, Lucia, 330.
 FERRAROTTI, Teonesto, 353.
 FERRERO, Guglielmo, 284.
 FERRI, Enrico, 284.
 FERRIANI, Lino, 297, 333.
 FERRINI, Contardo, 28.
 FIANDACA, Giovanni, 263, 267, 372.
 FILANGIERI, Gaetano, 3-5, 19, 180-184, 189-190, 249-250, 252, 256, 274, 362, 395.
 FILOMUSI GUELFI, Francesco, 336.
 FINOCCHIARO, Alfio, 324.
 FINOCCHIARO, Francesco, 408, 410.
 FINOCCHIARO, Mario, 324.
 FIORELLI, Piero, 77.
 FIUME, Giovanna, 168, 172.

- FLANDRIN, Jean-Louis, 152.
 FORTI, Fiorenzo, 171.
 FORTI, Francesco, 333, 344-348.
 FOUCAULT, Michel, 192.
 FOUCHER DE CAREIL, Alexandre Louis, 286.
 FOURNEL, Jean François, 104, 109-110, 143-144, 149, 151-152.
 FUMAGALLI-CARULLI, Ombretta, 114.
 FURET, François, 219.
 GABBA, Carlo Francesco, 382-387, 396.
 GALANTI, Giuseppe Maria, 175-179, 274.
 GALLO, Niccolò, 317.
 GAMBIGLIONI DA AREZZO, Angelo, 25, 46.
 GARAUD, Marcel, 217.
 GATTI, Luigi, 375.
 GAUDEMET, Jean, 84, 103, 115.
 GAUDINO, Luigi, 408, 410.
 GAUVARD, Claude, 156.
 GENOVESI, Antonio, 161-162.
 GIACOBONE, Ambrogio, 297, 333, 338, 376.
 GIANTURCO, Emanuele, 317.
 GIANZANA, Sebastiano, 292, 388.
 GIARDINA, Francesca, 410.
 GIORGI, Giorgio, 378.
 GIOVANNI D'ANDREA, 50, 56.
 GIULIANI, Giuseppe, 180, 254-258, 260-261.
 GIUSTI, Giuseppe, 341.
 GIUSTINIANO, imperatore, 18-22, 36, 49, 65, 104-105, 107, 368.
 GLASSON, Ernest, 119.
 GLEIXNER, Ulrike, 101.
 GÓMEZ DE AMESCUA, Balthasar, 93, 124.
 GÓMEZ, Anton, 28, 74-75, 90, 122.
 GORIA, Fausto, 19-21.
 GORNI, Mariagrazia, 333.
 GRAZIANO, 35, 114.
 GRAZIOLI, Giulio, 363-364.
 GREGORIO XVI, papa, 255.
 GRODZYSKY, Denise, 20.
 GROSSI, Paolo, 12, 37, 82, 93, 102, 386.
 GUADAGNI, Gian Antonio, 169.
 GUERCI, Luciano, 162.
 GUIDO DA SUZZARA, 33.
 GUILLAUME DE CUNH, 35, 41, 44.
 HALPÉRIN, Jean-Louis, 217, 222-223, 229, 303.
 HARMS-ZIEGLER, Beate, 149.
 HARPRECHT, Johann, 23, 75, 122-123.
 HÉLIE, Faustin, 203-204, 206-208, 210-211.
 HOMMEL, Karl Ferdinand, 268.
 HUNECKE, Volker, 333.
 INNOCENZO III, papa, 52-53.
 IPPOLITO DE' MARSIGLI: v. Marsigli.
 ISAMBERT, François André, 104.
 JEMOLO, Arturo Carlo, 84, 114, 162.
 JONQUIÈRES, Amédée de, 212.
 JUNGHANNISIUS, Christian G., 134.
 KANTOROWICZ, Ernst H., 37.
 KASTENIUS, Johann Rudolf, 158.
 KLAPISCH-ZUBER, Christiane, 113, 116.
 KOCH, Elisabeth, 147.
 KRAFFEL, Theodor Ludwig, 104.
 LAHARY, Jacques-Thomas, 240.
 LAI, Enrico, 378.
 LAURENT, François, 304, 378, 387-389.
 LE BRAS, Gabriel, 84, 114.
 LE PLAY, Pierre-Guillaume-Frédéric, 333.
 LEFEBVRE-TEILLARD, Anne, 110, 137, 142, 147, 149.
 LEGOUVÉ, Ernest, 330-333.
 LESSIO, Leonardo, 89, 126, 131-132, 138-142.
 LEVI, Giovanni, 113.
 LEVY, Jean-Philippe, 217.
 LEYSER, August von, 104-105, 122, 132-134, 158-160.
 LOCRÉ, Baron Jean-Guillaume, 118.
 LOISEAU, Jean Simon, 227, 229, 241, 306.
 LOMBARDI, Daniela, 137, 162.
 LOMBARDI, Mario, 402.
 LOMBROSO, Cesare, 284.
 LOMONACO, Giovanni, 179, 290, 297, 307.
 LONGHI, Silvio, 369.
 LONGO, Giancarlo, 404, 410.
 LONGO, Michele, 363.
 LOUIS, Marie-Victoire, 336.
 LOWE, Kate J.P., 167.

- LOYNES, Pierre-Louis-Marie-Paul de, 116, 121.
 LOYSEL, Antoine, 117-118.
 LUCCHINI, Luigi, 280-281, 357-358, 361-362.
 LUCIFERO, Falcone, 360.
 LUCIO III, papa, 52.
 LUDEWIG, Johann Peter von, 122, 141.
 LUÉ, Gian Battista, 333.
 LUGO, Juan de, 90, 127-128, 132, 138-141.
 MACCHIA, Giovanni, 373.
 MAGNAUD, Paul, 375.
 MAJNO, Edoardo, 356.
 MALAFOSSE, Jean de, 103.
 MANARESI, Antonio, 399.
 MANCINI, Pasquale Stanislao, 248.
 MANDUCA, Filippo, 368.
 MANFREDINI, Mario, 360, 362, 367-369.
 MANICK, Gottlieb Leonhard, 135.
 MANOUKIAN, Agopik, 115.
 MANZINI, Vincenzo, 274, 372.
 MARCADÉ, Victor-Napoléon, 118, 304, 385.
 MARONGIU, Antonio, 35, 58, 63.
 MARSIGLI, Ippolito de', 61, 69, 74-76.
 MARTIN, Xavier, 217, 219.
 MARTINUS POLONUS, frate, 49.
 MASSARANI, Tullio, 276, 278.
 MASSETTO, Gian Paolo, 58, 84.
 MATHEU Y SANZ, Lorenço, 70, 73, 78, 158.
 MATTEO D'AFFLITTO, 27, 29, 36, 43, 45.
 MATTHAEUS, Anton, 37, 65, 67, 126.
 MENOCCHIO, Iacopo, 66, 71, 75, 79, 125.
 MEREU, Italo, 58.
 MERLIN, de Douai Philippe-Antoine, 144, 229.
 METZ, René, 48.
 MILLET, Albert, 38, 333, 338, 383.
 MINNUCCI, Giovanni, 56.
 MODESTINO, 23.
 MOLINA, Ludovico, 90.
 MOLTKE, Helmuth Karl Bernhard von, 238.
 MONTEL, Alberto, 285.
 MORELLI, Salvatore, 317.
 MORI, Francesco Antonio, 351.
 MORSELLI, Enrico, 284.
 MORTARA, Aristo, 247.
 MOZZONI, Anna Maria, 295.
 MÜLLER, Peter, 133.
 MULLIEZ, Jacques, 218, 220.
 MURAT, Pierre, 217.
 MURATORI, Ludovico Antonio, 171.
 NEVIZZANO, Giovanni d'Asti, 50.
 NICOLÒ DE' TEDESCHI, 29, 49-56, 83, 91, 120, 128.
 NIPPELL, Franz Xaver, 298.
 NITZSCHE, Johann, 122.
 NIUTTA, Domenico, 293.
 NOBILI, Massimo, 202.
 ODOFREDO, 31.
 OFFEN, Karen, 330.
 ONDEI, Emilio, 406-407.
 OSTIENSE: v. Enrico da Susa.
 OURLIAC, Paul, 103.
 OVIDIO, 70, 159, 284.
 OZOUF, Mona, 219.
 PACCHIONI, Giovanni, 398.
 PACIFICI MAZZONI, Emidio, 308.
 PACILLY, G., 103.
 PADOVANI, Tullio, 252.
 PALAZZI, Maura, 330.
 PANORMITANO: v. Nicolò de' Tedeschi.
 PAOLETTI, Iacopo Maria, 67, 137, 343.
 PAOLI, Baldassarre, 345.
 PAOLO DI CASTRO, 75, 80.
 PARENT-RÉAL, Joseph, 236.
 PASI, Antonia, 180.
 PASQUIER, Etienne, 104-105.
 PECCIANI, Daniela, 172.
 PELAJA, Margherita, 137, 169, 180.
 PELLEGRINI, Laura, 333.
 PENE VIDARI, Gian Savino, 147.
 PERREAU, Jean-André, 236.
 PERTILE, Antonio, 72.
 PESCATORE, Matteo, 308.
 PESSINA, Enrico, 28.
 PETRARCA, Francesco, 34.
 PHAN, Marie-Claude, 102, 152-153.
 PIACENTINO, 31.
 PICARD WEYL, Monique, 376.

- PIERONI BORTOLOTTI, Franca, 295.
 PIERRE DE VERGNE, 28, 61.
 PIETRO LEOPOLDO, granduca di Toscana, 341.
 PIETRO LOMBARDO, 114.
 PIRHING, Ehrenreich, 48, 74, 90-91, 94, 128, 138.
 PISANELLI, Giuseppe, 292-293.
 PLANIOL, Marcel, 115, 119, 218, 318.
 POMATA, Gianna, 330.
 PORTALIS, Jean-Etienne-Marie, 228-231, 242.
 PORTEMER, Jean, 162.
 POTHIER, Robert-Joseph, 112, 118, 121.
 POUILLAIN DU PARC, Augustin Marie, 154.
 POUZOL, Abel, 333, 375.
 POZZOLINI, Alfredo, 356-357, 368.
 PRECERUTTI, Enrico, 293-296.
 PRECONE, Fortunato, 247, 250.
 PRODI, Paolo, 167.
 PROPERZIO, 284.
 PROUDHON, Jean-Baptiste-Victore, 304.
 PUCCIONI, Giuseppe, 258-259, 349.
 PUFENDORF, Samuel von, 132, 134-135, 159.
 PUGLIATTI, Salvatore, 377.
 PUSCHER, Johann Gottlieb, 122.
 RAFFAELE, Silvana, 172.
 RAFFAELLI, Giuseppe, 250.
 RAU, Charles-Frédéric, 304.
 REFERZA, Domenico, 410.
 REGNOLI, Oreste, 386.
 RENAULT, Léon, 286.
 RENAZZI, Filippo Maria, 67, 70.
 RENDE, Domenico, 359, 370.
 RESCIGNO, Pietro, 318.
 RICCI, Francesco, 301.
 RINALDI, Giovanni Domenico, 26, 36, 41, 69-70, 80, 91-92, 124, 130-131, 141, 144, 157.
 RIPA, Polidoro, 27, 69.
 RIPERT, Georges, 115, 119, 318.
 ROCCO, Alfredo, 372.
 ROMANO, Andrea, 113.
 RONGA, Giovanni, 297.
 ROPER, Lyndal, 101.
 ROSONI, Isabella, 62, 77.
 ROUAST, André, 115, 119, 318.
 ROUJOUX, Louis Julien de, 236.
 SACCO, Rodolfo, 377.
 SAGNAC, Philippe, 217.
 SALERNO, Francesco, 91, 123.
 SALVIOLI, Giuseppe, 103, 164, 335-336.
 SANCHEZ, Thomás, 82, 84, 86-90, 132.
 SANFELICE, Giovanni Francesco, 76.
 SANTORO PASSARELLI, Francesco, 318, 320.
 SAVATIER, René, 320, 323.
 SAVELLI, Marco Antonio, 74, 93, 130-131, 137, 146.
 SAVIGNY, Friedrich-Karl von, 54.
 SBRICCOLI, Mario, 12, 28, 245, 255.
 SCALAMANDRÉ, Girolamo, 378.
 SCARDULLA, Francesco, 407.
 SCARDULLA, Silvio, 408.
 SCHIAPPOLI, Domenico, 50, 85.
 SCHIAVONE, Aldo, 246.
 SCHLOMACHIUS, Martin Gottlieb, 134.
 SCHMITT, Jean-Claude, 113.
 SCHÖLCHER, Victor, 286.
 SCHÖPFER, Johann Joachim, 133.
 SCHUTZ, Johann Heinrich, 133.
 SCIALOJA, Antonio, 410.
 SCIALOJA, Vittorio, 317.
 SEGRE, Augusta, 355-356.
 SEGRÉ, Gino, 318.
 SERVAN, Joseph Michel Antoine, 149, 172-176, 178-179, 201-202, 274.
 SHORTER, Edward, 170.
 SILVESTRO DA PRIERO, 55, 139.
 SIMÉON, Joseph-Jerome, 237.
 SOLIMANO, Stefano, 223.
 SOLMI, Arrigo, 317.
 SORCINELLI, Paolo, 180.
 SOTO, Domingo de, 82, 92-93.
 STELLA RICHTER, Mario, 406-407.
 STONE, Lawrence, 192.
 STOPPATO, Alessandro, 359.
 SZRAMKIEWICZ, Romuald, 217.
 TAMASSIA, Nino, 114.
 TAMPONI, Michele, 410.

- TARELLO, Giovanni, 182.
 TASSO, Torquato, 283-284.
 TEREZIO, 284.
 TESAURO, Gaspare Antonio, 61, 72, 146.
 THÉRY, Irène, 217, 228.
 THIBAUDEAU, Antoine-Clair, 241.
 THOMASUS, Christian, 135.
 THOMASUS, D. Traugott, 135, 159.
 TODESCAN, Franco, 30.
 TOMMASO D'AQUINO, San, 24, 55, 85-86, 88, 126.
 TOSCHI, Domenico, 25, 77, 120.
 TOSI, Giuliano, 341.
 TOULLIER, Charles-Bonaventure-Marie, 304, 309, 378.
 TRABUCCHI, Alberto, 318, 324.
 TREILHARD, Jean-Baptiste, 242.
 TRONCHET, François-Denis, 241.
 TRONCONE, Maria Antonietta, 410.
 TUZZOLINO, Vincenzo, 297.
 UNGARI, Paolo, 161-162.
 URBANI, Urbano, 341.
 VANNI, Icilio, 336.
 VARIO, Domenico Alfeno, 164-165.
 VASSALLI, Filippo, 405.
 VAUNOIS, Albert, 286-289.
 VENEZIAN, Giacomo, 334.
 VENTURI, Franco, 162, 175, 181.
 VIAZZI, Pio, 284, 356, 363-364, 368.
 VIGARELLO, Georges, 156, 206.
 VIGLIANI, Paolo Onorato, 276, 283, 292-293.
 VIGNALI, Giovanni, 378.
 VILLEY, Michel, 99.
 VINCIGUERRA, Sergio, 255.
 VIOLLET, Paul, 104-105.
 VIRGILIO, 284.
 VISINTINI, Giovanna, 408.
 VISMARA, Giulio, 113.
 VITI, Domenico, 389.
 VITÓRIA, Francisco de, 55, 82, 126, 158.
 VIVIO, Francesco, 68.
 VOLANTE, Raffaele, 12.
 WANROOJ, Bruno P.F., 357.
 WEYL, Roland, 375.
 WIEACKER, Franz, 132.
 WINDSCHEID, Bernhard, 392.
 WINIWARTER, Joseph, 298.
 ZACHARIAE von Lingenthal, Karl Salomon, 238.
 ZANARDELLI, Giuseppe, 197, 248, 276-277, 279, 281.
 ZEMON DAVIS, Natalie, 159.
 ZERBOGLIO, Adolfo, 356, 358.
 ZIEGLER, Caspar, 134.
 ZIINO, Giuseppe, 159-160, 250-251, 259, 284.

INDICE-SOMMARIO

<i>Introduzione</i>	1
-------------------------------	---

Parte Prima

ORDINATA VOLUNTAS

Onestà e consenso femminile nel modello di antico regime

CAPITOLO PRIMO

IL CONSENSO E L'ORDINE:

RICOSTRUZIONI GIURIDICHE DELLA VOLONTÀ FEMMINILE

1. Premessa	15
2. Il problema della irrilevanza del consenso femminile e lo schema della <i>persuasio</i>	18
2.1. <i>Stuprum cum vi, stuprum sine vi... persuasio</i>	22
2.2. <i>Persuasio</i> e fondamento giuridico dello stupro semplice	28
2.3. ' <i>Scienti et consentienti non fit iniuria</i> ' e schema della <i>persuasio</i> : il ratto della consenziente	31
3. Violenza al corpo, violenza all'anima	34
3.1. Tutele per la volontà onesta: la <i>meretrix virgo</i> e la <i>virgo meretrix</i>	38
3.2. <i>Simplex voluntas non coacta</i>	43
4. Centralità del consenso e presunzioni di seduzione: i contrasti della canonistica	47
4.1. <i>Semper praesumitur seducta</i> e libertà di consentire al matrimonio	51
4.2. <i>In sola voluntate</i> : le coerenze <i>in foro conscientiae</i>	54
5. Onestà e consenso nella penalistica di antico regime	57
5.1. ' <i>Volens persuasa</i> ': il ratto della consenziente	61
5.2. Lo stupro della consenziente e l'ascesa della <i>persuasio</i> verso la violenza	66
5.3. Volontà onesta, volontà 'vera' e colpevole consenso	70
5.4. I rigori dell'indagine <i>de voluntate et consensu puellae</i>	73
5.5. <i>Voluntas est invisibilis</i> : i contrastanti simboli dell'onestà	76

6.	Un punto di fuga: la riflessione della Seconda Scolastica	81
6.1.	<i>Sola voluntas feminae</i> : la libertà di non consentire al matrimonio . . .	83
6.2.	<i>Libera voluntas</i> e ridefinizioni dello stupro.	88
6.3.	Il divario tra l'onestà 'esteriore' e l'onestà dell'anima	91

CAPITOLO SECONDO

TUTELE PER L'ONESTÀ

1.	Premessa (la struttura delle protezioni).	97
2.	Seduzione e volontà non conforme all'ordine delle famiglie: il <i>rapt de séduction</i>	103
3.	Le sfortune della seduzione in ambito matrimoniale	111
3.1.	La centralità 'formale' del consenso al matrimonio	112
3.2.	La vocazione a consentire al matrimonio e l'inconfigurabilità della seduzione.	116
4.	<i>Ducere vel dotare</i>	122
4.1.	L'ambigua configurazione giuridica della dote 'alternativa' al matrimonio: la dote come pena; la dote come risarcimento	125
4.2.	Un equilibrio in crisi: protezioni oggettive e volontà disonesta.	132
5.	<i>Stuprata sub conditione consensit</i> : seduzione e promessa di matrimonio . . .	136
5.1.	Un equilibrio in crisi: stupro qualificato da promessa di matrimonio e 'vere' volizioni della donna	138
6.	Rimedi sussidiari al matrimonio e presunzioni di onestà	146
6.1.	<i>Creditur virginis</i>	149
7.	<i>Constans et perpetua voluntas</i> ...: lo stupro violento	156
8.	<i>Socia criminis</i> : la crisi del modello d'antico regime	161
8.1.	Gli 'abusi' delle donne	163
8.2.	Retorica del 'consenso colpevole' e critica alle 'supposizioni' di onestà.	172
8.3.	Un'onestà più perfetta e più piena: il silenzio delle leggi	180

Parte Seconda

LIBERA VOLUNTAS

Onestà e consenso nel silenzio delle leggi:
l'età delle codificazioni

CAPITOLO TERZO

« COLPEVOLE COL CONSENTIRE »

1.	Premessa	187
1.1.	Silenzio delle leggi e volontà libera.	189
1.2.	Silenzio delle leggi ed onestà	194

2.	Un 'fatto materiale', un 'fatto visibile' (la negazione di 'ogni seduzione' e il riferimento alla sola violenza 'vera, reale, effettiva' nel diritto penale) . . .	201
3.	Un'onestà 'visibile' (i civilisti e il 'libero consenso' femminile come 'colpa')	212
	3.1. <i>Absolument spontanée</i> : un cenno alle scelte della Rivoluzione	217
	3.2. 'Certezze assolute' e 'salutare severità' nel <i>Code Napoléon</i>	227
4.	Coerenze dogmatiche: i penalisti e il silenzio della legge come sanzione. .	243
	4.1. Una storia semplice: la secolarizzazione raccontata dai penalisti . . .	246
	4.2. Consenso 'uguale' e depenalizzazione dello stupro semplice	254
	4.3. L'ambigua seduzione di Carrara	264
	4.4. Le 'sventure della virtù' e lo 'stupro violento'	273
5.	Coerenze dogmatiche: i civilisti e il silenzio della legge come sanzione . .	285
	5.1. « Donna impudente » e « decoro della famiglia »	290
	5.2. Silenzio della legge e certezze legali: l'equilibrio delle 'sanzioni' civilistiche	298
	5.3. « Contrari affetti »: il disagio degli interpreti.	311
	5.4. « Certezza legale e « presunzione di immoralità della donna ». . . .	316

CAPITOLO QUARTO

PROTEZIONI 'ANTICHE' PER LIBERTÀ 'MODERNE':

Apparenze di dissenso... Apparenze di consenso...

1.	Premessa	327
2.	Rivincite dell'onestà: definizioni dogmatiche e immagini di antico regime. .	330
3.	Il silenzio della legge e la 'virtuosa indignazione': i penalisti	338
	3.1. « La Toscana fu l'ultima ad erudirsi »: « vera, e non ordinaria, ma qualificata seduzione ».	339
	3.2. Seduzione ed eccitamento alla corruzione	352
	3.3. La « sostanza interiore » e la « esteriore apparenza »: ratto con inganno.	361
	3.4. « Non in grado di resistere... per effetto di mezzi fraudolenti » . . .	369
4.	Il silenzio della legge e la 'virtuosa indignazione': la giurisprudenza civile. .	373
	4.1. Colpa del seduttore e bisogno di tutela	376
	4.2. Danno da seduzione: distinzioni scientifiche e costruzione retorica dell'ingiustizia	382
	4.3. « Inalienabilità della pudicizia » e « diligente custodia del proprio onore »	390
	4.4. <i>Mise en scène</i> : la giurisprudenza pedagogica	394
	4.5. Reliquie di danno da seduzione con promessa di matrimonio	403

<i>Indice dei nomi</i>	415
----------------------------------	-----

UNIVERSITÀ DI FIRENZE

CENTRO DI STUDI
PER LA STORIA DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO

PUBBLICAZIONI

QUADERNI FIORENTINI

« Per la storia del pensiero giuridico moderno »

Vol. 1 (1972), 8°, p. 486

Vol. 2 (1973), 8°, p. 798

Vol. 3-4 (1974-75) - Il « socialismo giuridico ». Ipotesi e letture, due tomi in 8°, p. 1041

Vol. 5-6 (1976-77) - Itinerari moderni della proprietà, due tomi in 8°, p. 1140

Vol. 7 (1978) - Emilio Betti e la scienza giuridica del Novecento, 8°, p. 648

Vol. 8 (1979), 8°, p. 564

Vol. 9 (1980) - Su Federico Carlo di Savigny, 8°, p. 590

Vol. 10 (1981), 8°, p. 584

Vol. 11-12 (1982-83) - Itinerari moderni della persona giuridica, due tomi in 8°, p. 1200

Vol. 13 (1984), 8°, p. 782

Vol. 14 (1985), 8°, p. 646

Vol. 15 (1986), 8°, p. 748

Vol. 16 (1987), - Riviste giuridiche italiane (1865-1945), 8°, p. 718

Vol. 17 (1988), 8°, p. 640

Vol. 18 (1989), 8°, p. 744

Vol. 19 (1990), 8°, p. 736

Vol. 20 (1991), - François Gény e la scienza giuridica del Novecento, 8°, p. 588

Vol. 21 (1992), 8°, p. 750

Vol. 22 (1993), - Per Federico Cammeo, 8°, p. 706

Vol. 23 (1994), 8°, p. 554

Vol. 24 (1995), 8°, p. 620

Vol. 25 (1996), 8°, p. 810

Vol. 26 (1997), 8°, p. 744

Vol. 27 (1998), (in corso di stampa)

BIBLIOTECA

« Per la storia del pensiero giuridico moderno »

- 1 LA SECONDA SCOLASTICA NELLA FORMAZIONE DEL DIRITTO PRIVATO MODERNO

Incontro di studio - Firenze, 17-19 ottobre 1972

Atti, a cura di Paolo Grossi

(1973), 8°, p. 484

- 2 Mario Sbriccoli, CRIMEN LAESAE MAIESTATIS

Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna

(1974), 8°, p. 399

- 3 Pietro Costa, **IL PROGETTO GIURIDICO**
Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico
Vol. I: Da Hobbes a Bentham
(1974), 8°, p. XIII-414
- 4 Mario Sbriccoli, **ELEMENTI PER UNA BIBLIOGRAFIA DEL SOCIALISMO GIURIDICO ITALIANO**
(1976), 8°, p. 169
- 5 Paolo Grossi, « **UN ALTRO MODO DI POSSEDERE** »
L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica post-unitaria
(1977), 8°, p. 392
- 6/7 Franz Wieacker, **STORIA DEL DIRITTO PRIVATO MODERNO**
con particolare riguardo alla Germania
Trad. di Umberto Santarelli e di Sandro A. Fusco
Vol. I (1980), 8°, p. 560
Vol. II (1980), 8°, p. 429
- 8 Maurizio Fioravanti, **GIURISTI E COSTITUZIONE POLITICA NELL'OTTOCENTO TEDESCO**
(1979), 8°, p. 432
- 9 Peter Stein-John Shand, **I VALORI GIURIDICI DELLA CIVILTÀ OCCIDENTALE**
Trad. di Alessandra Maccioni
(1981), 8°, p. 465
- 10 Gioele Solari, **SOCIALISMO E DIRITTO PRIVATO**
Influenza delle odierne dottrine socialistiche sul diritto privato (1906)
Edizione postuma a cura di Paolo Ungari
(1980), 8°, p. 259
- 11/12 **CRISTIANESIMO, SECOLARIZZAZIONE E DIRITTO MODERNO**
A cura di Luigi Lombardi Vallauri e Gerhard Dilcher
(1981), 8°, p. 1527
- 13 La « **CULTURA** » **DELLE RIVISTE GIURIDICHE ITALIANE**
Atti del Primo Incontro di studio - Firenze, 15-16 aprile 1983
A cura di Paolo Grossi
(1984), 8°, p. VI-198
- 14 Franco Todescan, **LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO LAICO**
I. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Ugo Grozio
(1983), 8°, p. VIII-124
- 15 Emanuele Castrucci, **TRA ORGANICISMO E « RECHTSIDEE »**
Il pensiero giuridico di Erich Kaufmann
(1984), 8°, p. XIV-202
- 16 Pietro Barcellona, **I SOGGETTI E LE NORME**
(1984), 8°, p. IV-204

- 17 Paolo Cappellini, SYSTEMA IURIS
I. Genesi del sistema e nascita della « scienza » delle Pandette
(1984), 8°, p. XII-638
- 18 Luca Mannori, UNO STATO PER ROMAGNOSI
I. Il progetto costituzionale
(1984), 8°, p. XII-656
- 19 Paolo Cappellini, SYSTEMA IURIS
II. Dal sistema alla teoria generale
(1985), 8°, p. XII-416
- 20 Bernardo Sordi, GIUSTIZIA E AMMINISTRAZIONE NELL'ITALIA LIBERALE
La formazione della nozione di interesse legittimo
(1985), 8°, p. 483
- 21 Pietro Costa, LO STATO IMMAGINARIO
Metafore e paradigmi nella cultura giuridica fra Ottocento e Novecento
(1986), 8°, p. IV-476
- 22 STORIA SOCIALE E DIMENSIONE GIURIDICA - STRUMENTI D'INDAGINE E IPOTESI DI LAVORO
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 26-27 aprile 1985
A cura di Paolo Grossi
(1986), 8°, p. VIII-466
- 23 Paolo Grossi, STILE FIORENTINO
Gli studi giuridici nella Firenze italiana - 1859-1950
(1986), 8°, p. XV-230
- 24 Luca Mannori, UNO STATO PER ROMAGNOSI
II. La scoperta del diritto amministrativo
(1987), 8°, p. VIII-254
- 25 Bernardo Sordi, TRA WEIMAR E VIENNA
Amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra
(1987), 8°, p. 378
- 26 Franco Todescan, LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO LAICO
II. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Jean Domat
(1987), 8°, p. VIII-88
- 27 Paolo Grossi, « LA SCIENZA DEL DIRITTO PRIVATO »
Una rivista-progetto nella Firenze di fine secolo - 1893-1896
(1988), 8°, p. IX-206
- 28 LA STORIOGRAFIA GIURIDICA SCANDINAVA
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 22-23 maggio 1987
A cura di Paolo Grossi
(1988), 8°, p. VI-87

- 29 LA CULTURE DES REVUES JURIDIQUES FRANÇAISES
A cura di André-Jean Arnaud
(1988), 8°, p. IV-144
- 30 Adam Smith, LEZIONI DI GLASGOW
Introduzione a cura di Enzo Pesciarelli
Traduzione di Vittoria Zompanti Oriani
(1989), 8°, p. CXXVIII-766
- 31 Thilo Ramm, PER UNA STORIA DELLA COSTITUZIONE DEL LAVORO
TEDESCA
A cura di Lorenzo Gaeta e Gaetano Vardaro
(1989), 8°, p. 195
- 32 PIERO CALAMANDREI - Ventidue saggi su un grande maestro
A cura di Paolo Barile
(1990), 8°, p. 556
- 33 IL PENSIERO GIURIDICO DI COSTANTINO MORTATI
A cura di Mario Galizia e Paolo Grossi
(1990), 8°, p. 644
- 34/35 HISPANIA - ENTRE DERECHOS PROPIOS Y DERECHOS NACIONALES
Atti dell'incontro di studio - Firenze/Lucca 25, 26, 27 maggio 1989
A cura di B. Clavero, P. Grossi, F. Tomas y Valiente
Tomo I (1990), 8°, p. VI-530
Tomo II (1990), 8°, p. IV-531-1036
- 36 Osvaldo Cavallar, FRANCESCO GUICCIARDINI GIURISTA
I ricordi degli onorari
(1991), 8°, p. XXII-396
- 37 Bernardo Sordi, L'AMMINISTRAZIONE ILLUMINATA
Riforma delle Comunità e progetti di Costituzione nella Toscana leopoldina
(1991), 8°, p. 424
- 38 Franco Cipriani, STORIE DI PROCESSUALISTI E DI OLIGARCHI
La Procedura civile nel Regno d'Italia (1866-1936)
(1991), 8°, p. X-536
- 39 Bartolomé Clavero, ANTIDORA
Antropología católica de la economía moderna
(1991), 8°, p. VI-259
- 40 Giovanni Cazzetta, RESPONSABILITÀ AQUILIANA E FRAMMENTAZIONE
DEL DIRITTO COMUNE CIVILISTICO (1865-1914)
(1991), 8°, p. IV-564
- 41 Paolo Grossi, IL DOMINIO E LE COSE
Percezioni medievali e moderne dei diritti reali
(1992), 8°, p. 755

- 42 **L'INSEGNAMENTO DELLA STORIA DEL DIRITTO MEDIEVALE E MODERNO**
Strumenti, destinatari, prospettive
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 6-7 novembre 1992
A cura di Paolo Grossi
(1993), 8°, p. VIII-440
- 43 **PERIODICI GIURIDICI ITALIANI (1850-1900) - Repertorio**
A cura di Carlo Mansuino
(1994), 8°, p. XIV-368
- 44 **Stefano Mannoni, UNE ET INDIVISIBLE**
Storia dell'accentramento amministrativo in Francia - I
(1994), 8°, p. XXII-603
- 45 **Luca Mannori, IL SOVRANO TUTORE**
Pluralismo istituzionale e accentramento amministrativo nel Principato dei Medici (Secc. XVI-XVIII)
(1994), 8°, p. VIII-486
- 46 **Stefano Mannoni, UNE ET INDIVISIBLE**
Storia dell'accentramento amministrativo in Francia - II
(1996), 8°, p. XVI-448
- 47 **Bartolomé Clavero, TOMÁS Y VALIENTE**
Una biografía intelectual
(1996), 8°, p. XXXVI-374
- 48 **Paolo Cappellini, L'INCERTEZZA DEL DIRITTO**
Intelligenza di Lopez de Oñate alla luce degli inèditi
(in corso di stampa)
- 49 **Costantino Mortati, LA COSTITUZIONE IN SENSO MATERIALE**
Ristampa inalterata, con una premessa di Gustavo Zagrebelsky
(1998), 8°, p. XXXVIII-212
- 50 **GIURISTI E LEGISLATORI**
Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 26-28 settembre 1996
A cura di Paolo Grossi
(1997), 8°, p. VIII-530
- 51 **Pio Caroni, SAGGI SULLA STORIA DELLA CODIFICAZIONE**
(1998), 8°, p. XX-270
- 52 **Paolo Grossi, ASSOLUTISMO GIURIDICO E DIRITTO PRIVATO**
(1998), 8°, p. X-474
- 53 **Giovanni Cazzetta, PRÆSUMITUR SEDUCTA**
Onestà e consenso femminile nella cultura giuridica moderna
(1999), 8°, p. IV-426

L. 52.000
€ 26,86 I.V.A. inclusa

0966-45

ISBN 88-14-07730-4



9 788814 077302