

contro la coscienza morale del pubblico, con influenza deleteria di mute proteste e di profonda sfiducia.

Quando poi non si arrivi al colmo dell'insipienza e della crudeltà gratuita, come nel nuovo Codice penale, col mettere, per es., tutti i *furti campestri* non più nel novero delle contravvenzioni (com'era nel Codice abrogato), ma in quello dei delitti, compreso l'efferto crimine di *raspollamento arbitrario* (art. 405) solo per omaggio alla bizantina questione della *bipartizione!*

Ed in ogni Tribunale ogni giorno si eleva una voce di protesta contro l'ingombro dei piccoli ladri campestri di legne secche nell'inverno e di erba e frutta nell'estate, ai quali, per poco che si aggiunga la recidiva e la qualifica di tre o più persone, non si può dar meno di qualche mese di reclusione, mandandoli nelle carceri al contatto dei peggiori delinquenti, perchè ne escano moralmente e fisicamente corrotti!...

E queste sono invece le conseguenze incontestabili delle classiche teorie.

#### Interpretazione della legge e Scuola positiva.

La cortese e sapiente polemica fra il Moschini e lo Stoppato (nella Rivista *La Scuola positiva*), sull'interpretazione da darsi alla qualifica della riunione di tre o più persone nel furto e le considerazioni dell'Albano (nella stessa rivista), sull'obbligo nei magistrati di applicare la legge così com'è quand'essa è chiara e precisa, (ciò che, in via generale, si accorda colla tesi sostenuta dal Moschini nel caso del furto) mi danno occasione di applicare alla questione dell'interpretazione delle leggi penali, alcuni criteri, non di sola ermeneutica e logica giuridica, ma veramente speciali alle induzioni ed al metodo della scuola positiva.

Nel saggio precedente, a proposito del rigorismo penale, dimostrai come la scuola positiva conduca a un maggior rigore di difesa sociale per talune categorie di delinquenti (*pazzi-nati-abituali*) e ad una minore severità invece per le altre categorie (delinquenti d'*occasione* e per *passione*).

Ciò che dissi per la severità o mitezza delle pene, ripeto ora per la interpretazione più o meno restrittiva delle leggi.

Non basta, anche per questo argomento, riferirsi ai tradizionali criteri di ermeneutica, che, per es., le leggi punitive vanno interpretate in senso ristretto e favorevole all'imputato o che il giudice non deve modificare la legge, violandone la lettera in nome di uno spirito che nessuno sa dove sia, perchè il legislatore, come disse il Turati, il famoso *legislatore* è un mito. Ed è solo per abitudine mentale dai tempi passati, quando realmente la legge era fatta da un uomo solo (giureconsulto o principe) o da pochissimi e con un ordine sistematico di idee, che anche oggi seguiamo a dire: « il legislatore ha voluto questo » oppure « il legislatore non poteva volere quest'altro » ecc., ecc., mentre ora ogni legge è il risultato più dello azzardo e dell'empirismo collettivo, che di un pensiero cosciente.

Col sistema parlamentare, il ministro, se non si tratta di un intero Codice da fare, ma di una legge isolata, incarica tre o quattro

impiegati di redigere un progetto, indicando loro due o tre idee generali ed elastiche.

Gli impiegati, che per regola non sono Papiniani, cominciano subito dal cercare « i precedenti » se ci sono e le leggi straniere sull'argomento; e fabbricano un progetto di legge, più colle forbici e la gomma che col cervello. Sicchè, per es., vediamo proposta in Italia, nell'anno di grazia 1893 una legge sui *probi-viri*, come una novità, dopo che la Francia li ha da ottant'anni! e invece poi di fare almeno una legge con fisonomia italiana, cioè desunta dalle condizioni del nostro paese, si ha una copia infelice di leggi straniere. E poichè in Francia o in Belgio i *probi-viri* vi sono solo per il lavoro industriale, così si ripete in Italia; senza pensare che da noi, al caso, una legge simile avrebbe potuto avere utilità e importanza solo se applicata anche alle questioni del lavoro agricolo.

Il progetto di legge, nato così miseramente, va dinanzi agli Uffici della Camera, dove l'esame non è e non può essere che molto affrettato e superficiale e i deputati parlano più secondo le probabilità di essere eletti commissari dell'Ufficio e quindi secondo il vento che spira, anzichè per una critica obbiettiva della legge.

Costituita la Commissione dei 9 rappresentanti degli Uffici, questi dimenticano subito le idee sostenute nel loro Ufficio per farsi eleggere, e nella Commissione acquistano la più ampia libertà di oblio e lavorano ancora nello scopo di essere nominati *relatori* della legge... secondo il vento ministeriale che spira.

E la Commissione poi esamina la legge ben più dal punto di vista politico, che da quello tecnico. Sicchè, per es., quando io feci parte delle Commissioni per le leggi sulla pubblica sicurezza, sull'emigrazione, sulla riforma penitenziaria, ecc., i colleghi con molta benevolenza ascoltavano e richiedevano le mie osservazioni e proposte puramente tecniche, ma poi la decisione era sempre ispirata a criteri politici o politico-sociali. Ed è inevitabile che sia così: il Parlamento è un organismo politico e quindi tutto ciò che si discute in Parlamento è colorito, determinato e sopraffatto dalla politica.

Si aggiunga poi che coll'unità o meglio uniformità dello Stato e quindi delle leggi, mentre il paese nelle sue regioni è così vario e diverso, non si può mai fare una legge adattata completamente alle condizioni del paese stesso, ma bisogna venire a continue transazioni, perchè quella disposizione che andrebbe bene per il Piemonte o il Veneto sarebbe esiziale per la Sicilia o per le Marche, ecc., ecc. Sicchè ogni legge rappresenta una media infelice tra le varie e legittime esigenze delle varie parti d'Italia e diventa così, come i

cappotti per i coscritti, troppo lunga per i corti e troppo corta per i lunghi.

Sicchè, tra parentesi, io, con altri positivisti, credo che insieme all'*unità politica* per l'Italia occorra il *federalismo amministrativo* (o decentramento legislativo, organico e profondo) (1).

La Commissione parlamentare compie il suo lavoro e allora viene la discussione pubblica con relativi emendamenti e coordinamenti; sicchè la legge, assomiglia, troppo spesso, più all'abito di Arlecchino che al pensiero di Temi.

E il fatto si riproduce, per legge, sebbene attenuato, nella Camera dei Senatori.

E quando la legge è pubblicata, chi è il legislatore?! e quale ne fu la volontà?!

E si aggiunga poi che i giudici quando devono interpretare la legge e ne ricercano la *ratio* e lo spirito, partono naturalmente da un ordine di idee, se non esclusivamente, certo prevalentemente *giuridiche*, mentre il più delle volte la *ratio* della legge e di ogni sua disposizione non fu quasi per nulla giuridica, ma piuttosto *politica*.

Si aggiunga ancora, nella giustizia penale, che le leggi, ispirate finora quasi esclusivamente alle teorie classiche, considerano il tipo astratto e medio del *delitto*, lasciando in seconda linea il *delinquente*: mentre il giudice dinanzi a sè ha sempre e solo un uomo da giudicare, per l'azione da lui commessa.

Ecco perchè io credo che i criteri *generali* di logica giudiziaria e di ermeneutica non bastino a risolvere nè le questioni discusse da Moschini ed Albano, nè le altre consimili.

Il giudice, quando la parola della legge è chiara, deve applicarla *alla lettera*. E sta bene..... in via generale. Ma quando avete un Codice penale che punisce il furto campestre come delitto e dà una qualifica *aritmetica* nella partecipazione di tre o più persone al fatto, come può il giudice non ribellarsi all'idea di condannare per due o tre mesi di *reclusione*, e anche più se c'è la recidiva, tre o quattro donne che andarono a prendere un po' di legna secca o di foglie?

(1) Anche il LAVELEYE, *Le gouvernement dans la démocratie*, Paris, 1891, 2 vol., sostiene che l'unica ancora di salvezza pel regime democratico sarà la restaurata libertà comunale e provinciale, contro l'accentramento soffocatore e aprioristico. V. pure GAROFALO, *Criminologia*, p. 201 — LOMBROSO e LASCHI, *Il delitto politico*, parte II, cap. 3-4. E la mia *Sociologia criminale*, p. 334 e gli autori ivi citati.

E se il giudice condanna, come può evitarsi poi l'uso e l'abuso delle grazie..... che arrivano al Ministero in più di 30 mila ogni anno?!

La mia conclusione è: *che il giudice deve interpretare mitemente, sia pure adducendo una ratio legis più o meno sussistente, quando si trovi dinanzi dei delinquenti d'occasione o per passione, e deve invece interpretarla ad literam quando ha dinanzi dei delinquenti nati, pazzi o abituali.*

Sicchè nella questione Moschini-Stoppato io direi, anzitutto, che la tesi rigida del Moschini è giusta, se si tratta di delinquenti pericolosi; e quella dello Stoppato è giusta se si tratta di delinquenti occasionali o per passione.

Nè si dica, come qualche oppositore ha già detto, che adesso la legge non conosce che un tipo solo, astratto, di delinquente, occupandosi solo dei reati.

Giacchè, viceversa, nella pratica il giudice fa sempre, più o meno empiricamente, coll'esame dei precedenti personali e delle circostanze del fatto, la distinzione fondamentale, e più nota, fra delinquente abituale o istintivo e delinquente occasionale, che pur siano autori della stessa forma giuridica di reato.

Avete tre o più ladri di mestiere, recidivi, ecc., che, coi *ferri del mestiere*, preparandosi l'alibi, colle altre qualifiche di scasso, travisamento, ecc. concertano ed eseguono un « bel colpo »?

Allora evidentemente è inutile cercare lo spirito della legge, basta la lettera ben chiara dell'art. 404, n. 9, Cod. pen.

Uno dei caratteri dei delinquenti più pericolosi, nati ed abituali, è appunto l'associazione preordinata: e questa poi costituisce un maggior pericolo per la vittima e per l'intera società. Sicchè la qualifica in questi casi risponde a positivi criteri psicologici, giuridici e sociali.

Avete invece tre o quattro ragazzi che rubano frutta, tre o quattro donne che prendono legna secche (ed io direi anche tre o quattro o più operai affamati che prendono farina o pane non per concerto preordinato e malvagio, ma per improvvisa complicità di folla delinquente) e siete dinanzi ad uomini di onesti precedenti, trascinati nel fatto dalla *male suada famas* o dalla normale birichineria infantile?

Allora, interpretate mitemente la legge, e se questa, malamente, non distingue nella lettera della qualifica, distinguete voi, giudice umano, ed evitate od attenuate il solito scandalo che i ladri all'ingrosso siano impuniti e i ladri al minuto siano troppo severamente colpiti e mandati a *perfezionarsi* nelle prigioni dello Stato.

Ecco, secondo me, il criterio specifico che sola la scuola posi-

tiva può dare per dirimere codesta questione e quella analoga dell' « arbitrio del giudice ».

Non senza ricordare poi che l'essenziale per noi positivisti è anche, e prima di tutto, la buona scelta dei giudici, che per sapienza e integrità siano degni dell'altissima missione di applicare ed interpretare le leggi (1).

Quanto alle osservazioni dell'Albano, gli esempi da lui citati riguardano un'altra questione, e cioè le guarentigie procedurali per i cittadini non ancora convinti di reità.

E allora la scuola positiva ammette pure che il giudice non deve menomare le guarentigie formali, che si attengono sostanzialmente alla ricerca della verità, come la redazione dei verbali di dibattimento, giacchè, come dissi alla Camera, il Codice penale è il Codice per i birbanti, ma quello di procedura penale è il Codice per gli onesti, ed ha quindi un valore immensamente più grande.

« Sotto il Codice penale ci possiamo cascare tutti, oggi o domani », diceva Romagnosi. — Io distinguo: per reati occasionali o di passione (duello, omicidio per eccesso di difesa, ingiurie, infanticidio *honoris causa*, reati politici, ecc.) ci può incappare ogni uomo normale; ma, ad esempio, per assassinio a scopo di lucro, per parricidio a scopo di eredità, per stupro con sevizie, ecc., ecc., non tutti possono violare il Codice penale. Vi sono, fortunatamente, per gli uomini non pazzi e non degenerati, delle impossibilità fisiopsicologiche altrettanto insormontabili che le impossibilità fisiche.

Ma nel Codice di procedura penale ognuno di noi, per quanto onesto, può incappare oggi o domani. L'equivoco di un agente di polizia, durante un tafferuglio, un cumulo di indizi fallaci, e via via, possono sottoporre ognuno di noi ad un procedimento penale.

Ed allora noi sosteniamo che il giudice non può, interpretando la legge, diminuire le garanzie procedurali, senza di cui come già avviene purtroppo anche ora, nell'ingranaggio giudiziario gli innocenti hanno tutto da perdere, e i malfattori tutto da guadagnare.

(1) V. per questo il riassunto del mio corso di sociologia criminale all' *Université Nouvelle* di Bruxelles: *La justice pénale*, Bruxelles 1898.

### Sul tentativo di subornazione.

*Ipotesi di fatto.* — In processo di falso il Giudice Istruttore invita un collegio di calligrafi a dire:

— Se le firme apposte nel testamento incriminato siano autografe del testatore —

I periti giudicano apocrife le firme e consegnano la loro relazione.

Posteriormente, anzi dopo due mesi dal deposito della relazione, il Giudice istruttore invita i medesimi periti a dire:

— Se le firme dichiarate false siano state falsificate da Sempronia, indiziata autrice della falsificazione —

I periti escludono che Sempronia abbia potuto essere autrice della falsificazione — depositano la loro relazione.

A relazione depositata sorge il sospetto che durante il periodo di questa seconda perizia, mediante promesse o offerte si sia tentato di subornare i periti a dichiarar vere le firme, che essi avevano nella prima perizia dichiarate false — e si inizia un'istruzione penale per tentata subornazione.

*Tesi di diritto.* — Si domanda: è possibile la figura del tentativo di subornazione, per far dichiarare vere le firme incriminate, quando il tema della falsità o della verità loro, non era più in contesa, ed il mandato conferito ai periti era invece tutt'altro, cioè: quello soltanto di determinare l'autore della falsificazione?

*Parere.* — Il quesito è nuovo per la giurisprudenza del Codice penale vigente, ma può essere sicuramente risolto coi criteri e le regole, già stabiliti nel Codice stesso, oltrechè coi principi generali dominanti nella scienza criminale.

Tutto il fondamento di fatto al problema giuridico proposto, sta in ciò che si sarebbe tentato, con premesse ed offerte, di subornare i periti nella risoluzione di un quesito, a cui essi avevano già irrimediabilmente risposto e su cui non dovevano più rispondere.

Dati questi termini di fatti, riesce evidente la non punibilità di quelle promesse ed offerte, che possono costituire un tentativo nel senso generico e materiale della parola, non nel suo senso giuridico.

Una prima questione è se questo fatto debba giudicarsi colle regole dell'art. 61 del Codice penale o non piuttosto con quelle del capoverso 2° dell'art. 218.

La risposta non può essere dubbia: l'articolo 218 contiene una disposizione speciale (sul tentativo di subornazione) ed esso quindi deve applicarsi nei suoi criteri specifici, a complemento delle regole generali sul tentativo date dall'art. 61.

Ora, il significato giuridico di quel capoverso è che non ogni tentativo di subornazione è punibile, ma soltanto (per ciò che riguarda la esecuzione del reato) il tentativo commesso coi mezzi più gravi: minaccie, doni, promesse.

Un tentativo di subornazione per esempio con esortazioni o consigli non sarebbe punibile, nemmeno se quelle esortazioni o consigli fossero « mezzi idonei » come esige l'art. 61.

Il che significa, anzitutto, che quel capoverso dell'articolo 218, come disposizione speciale, deve essere applicato con interpretazione restrittiva, come vuole un canone elementare di ermeneutica legale.

Ma ciò tuttavia non significa che nel reato speciale il tentativo di subornazione non debbano concorrere le condizioni essenziali di punibilità, che sono necessarie per ogni tentativo di qualsiasi reato.

Il capoverso dell'art. 218 è una deroga all'articolo 61 solo in quanto: I. esso esige che il tentativo avvenga coi mezzi più gravi — II. esso accorda una diminuzione fissa di pena e maggiore di quella stabilita, in generale, dall'art. 61 e cioè riduzione ad un terzo cioè diminuzione di due terzi; mentre per l'articolo 61 la diminuzione può essere anche solo della metà.

All'infuori di queste due disposizioni speciali, è indubitabile che nel tentativo di subornazione devono concorrere le condizioni fondamentali del conato punibile.

Nel caso in esame io ritengo però che non sia a parlare della idoneità dei mezzi; ma credo invece che ci sia anche un'altra ragione giuridica di non punibilità di quelle promesse ed offerte.

E la ragione è quella che nella scienza criminale va sotto il nome di idoneità del fine e che anche nel Codice vigente sta a fondamento della teoria del tentativo, come esplicitamente dichiarano la Relazione ministeriale sul Progetto (1887, § LII) e la Relazione alla Camera dei deputati (n. LXXVI).

È risaputo infatti, che una delle condizioni essenziali del tentativo punibile, per la dottrina dominante, è la possibilità di raggiungere il fine, propostosi dall'agente. Se questa possibilità non esiste, potrà parlarsi di un tentativo nel senso comune della parola, come di chi « tentasse » prosciugare il mare, uccidere un uomo

morto, far abortire una donna non incinta, ecc., ma non si può assolutamente parlare di tentativo in senso giuridico e legale.

Questa impossibilità del fine propostosi dall'agente, come scriminante degli atti compiuti, può essere *materiale* o *giuridica*.

Chi esplose un'arma contro un uomo, *già morto*, ma creduto dormiente, non è punibile di tentato omicidio, per la *materiale* impossibilità di raggiungere la *meta optata criminis*.

Chi sottrae ad altri una cosa *propria*; chi giace colla propria moglie, credendola un'altra donna, ecc., non commette tentativo punibile, per la impossibilità *giuridica* del fine propostosi. Non si può rubare una cosa propria, non si può commettere adulterio colla propria moglie. Nè *l'errore di fatto dell'agente* può convertire in tentativo punibile quell'atto, che del tentativo punibile non ha le condizioni essenziali.

Ora, nel caso proposto, le promesse imputate non costituiscono tentativo *punibile* di subornazione per la impossibilità, *materiale* e *giuridica insieme*, del fine propostosi dall'agente.

I periti *non potevano più*, nè materialmente nè giuridicamente, modificare la loro risposta già data due mesi prima al quesito sulla *falsità* delle firme apposte al documento incriminato.

Ogni promessa od offerta fatta ad essi *relativamente a questa falsità*, già decisa col primo rapporto peritale, è un atto che si propone un fine materialmente e giuridicamente irraggiungibile, come di chi volesse uccidere un uomo già morto o rubare una cosa propria.

Per questa ragione fondamentale quelle promesse ed offerte imputate non costituiscono un tentativo *punibile*.

Potranno esse costituire un'azione *indelicata* od anche, secondo i casi, *immorale*, ma la giustizia penale si esercita soltanto quando alla immoralità dell'azione si aggiunga il *pericolo* individuale o sociale.

Non essendovi alcuna possibilità di pericolo, nè individuale nè sociale, quando l'agente si propone uno scopo *assolutamente irrealizzabile*, cessa, anche per questa considerazione d'ordine generale, qualsiasi ragione di punibilità e perciò di applicabilità del capoverso dell'art. 218 (1).

(1) Gli accusati furono infatti assolti dalla Corte d'assise di Ancona nel marzo 1894.

Devesi notare poi, che questo *parere* fu dato (nel 1891) come interpretazione della legge penale *vigente*, e non soltanto coi criteri della scuola positiva o per un Codice ad essi ispirato.

In questa ipotesi, il parere avrebbe dovuto aggiungere alla considerazione

### La notte nel Codice penale.

Avendo il nuovo Codice penale tolta la definizione legale della notte come circostanza aggravante taluni delitti (violazione di domicilio — incendio, inondazione, pericolo di disastri ferroviari, ecc. — furto) qual'è l'interpretazione che i giudici devono dare alla parola « notte? ».

Devono essi interpretarla con criterio puramente fisico-astronomico o non piuttosto con criterio sociologico?

Ebbi occasione di sostenere questa tesi innanzi alla Corte di appello di Brescia, che adottò la interpretazione da me sostenuta per l'aggravante della notte, con una sentenza (estensore il consigliere Zanichelli), che, malgrado il ricorso del Pubblico Ministero, non fu annullata dalla Corte di cassazione (11 ottobre 1893 — estensore Del Vecchio — ricorso Pubblico Ministero — nella *Cassazione unica*, V, 100).

Dico « non fu annullata »: perchè, come è un po' suo costume, la Cassazione ha creduto bene (*transeat a me calix iste*) di non risolvere in diritto la questione e si è limitata a dire, che il decidere se un delitto sia stato commesso di notte oppur no, è questione di fatto.

Veramente, la Cassazione, quando voglia sostenere qualche sua massima preferita giudica anche in fatto, come nella sentenza 28 novembre 1852, estensore Muratori, ricorso Tommasino (*Corte suprema*, XVII, 977), in cui per sostenere (con affermazioni astratte di logica formale contraria alla psicologia) la insostenibile tesi che

del pericolo *oggettivo* (consistente nell'azione diretta ad uno scopo irrealizzabile) la considerazione del pericolo *soggettivo*, cioè della temibilità o antisocialità dell'agente, manifestata sia pure con mezzi inidonei o per uno scopo irrealizzabile; ed allora avrebbe dovuto portarsi l'esame sulla personalità dell'imputato, appunto per determinarne la potenza offensiva, antisociale, in rapporto agli atti compiuti. V. per questo la mia *Sociologia criminale*, 3<sup>a</sup> edizione, pag. 576 (Sotto stampa la 4<sup>a</sup> edizione).

provocazione e premeditazione siano inconciliabili, ha annullata una sentenza di assise « sebbene questa, che ammise entrambe le questioni, le avesse dichiarate, *per la specialità del fatto*, conciliabili » (1).

Nella questione da me trattata circa l'aggravante della notte, la Cassazione invece ha detto: « Osserva il Supremo Collegio che lo stesso Codice penale abolito, se pure dava la definizione della notte, non la definiva certamente col criterio fisico-astronomico, dal quale il ricorrente Pubblico Ministero fa addebito alla Corte di Brescia di non essersi fatta regolare nello apprezzamento giuridico della parola notte, quando nell'art. 613 dispose doversi avere per notte tutto quel tempo, che corre da un'ora dopo il tramonto ad un'ora prima della levata del sole.

« Sia comunque, il Codice penale vigente *lascia libero il magistrato di definire la notte* secondo le circostanze, ed allorchè il giudice di merito esprime un giudizio che ha analogia con esse, il suo è un apprezzamento di puro fatto sottratto al sindacato della Corte suprema; *potrebbe per avventura censurarlo* davanti ad una Corte di merito, ma di censura non offre materia in sede di cassazione ».

A parte una certa contraddizione, che parmi intravedere fra il dire che il Codice lascia libero il magistrato di definire la notte « secondo le circostanze » e il lasciar supporre che però la libera interpretazione « potrebbe censurare » in un giudizio di merito; resta frattanto stabilito che nella causa citata il ricorso del Pubblico Ministero non fu accolto e la tesi da me sostenuta e suffragata dalla Corte di Brescia non fu annullata, per quanto la Cassazione abbia evitato di confermarla con una decisione di massima.

La causa suddetta era per violazione di domicilio, perchè l'imputato aveva..... reso incinta una ragazza maggiorenne!

È una delle tante stranezze dipendenti per una parte da una malaugurata confusione della morale col diritto e, per altra parte, da una non meno malaugurata giurisprudenza nihilista sull'elemento intenzionale dei delitti, che il nuovo Codice incerto ed eclettico ha provocata.

Un farmacista concede ad un giovanotto di entrare in sua casa, dalle otto e mezzo alle dieci pomeridiane, per fare all'amore con sua figlia di 22 anni, e..... lascia sola la paglia accanto al fuoco, perchè un matrimonio è molto desiderato dalla famiglia della ragazza.

(1) Sulla teorica relativa alla premeditazione e provocazione, veggasi più avanti in questo volume.

Il giovanotto sedotto altrettanto che seduttore, rende incinta l'innamorata e poi si rifiuta al matrimonio.

Azione *immorale* certamente (dato che non vi fossero ragioni plausibili che determinassero l'abbandono); ma azione *giuridicamente* lecita, secondo le vigenti leggi civili e penali.

Se sarà ammessa la ricerca della paternità, come riforma civile e sostitutivo penale da me sempre sostenuto (*Sociologia criminale*, p. 336-337), ne saremo lietissimi. Ma, frattanto, l'azione compiuta da quel giovanotto non costituisce delitto.

Siccome però la scuola classica, malgrado lo spiritualismo delle sue teoriche astratte, ha sempre materializzato la giustizia penale, togliendo importanza all'elemento psicologico dei delitti; e siccome a questa tendenza sembrò ispirarsi il Codice nuovo, così è avvenuto che, non guardando all'intenzione dell'agente, e per una intrusione della morale nel diritto, i Tribunali hanno, e non in questo solo caso, accolta la querela di *violazione di domicilio* presentata dai genitori di ragazze mal custodite e seduttrici forse più che sedotte.

E la coscienza pubblica così ha visto come mettere in burletta la legge penale, assistendo a condanne per un delitto doloso, che l'imputato non si era mai sognato di commettere.

Ma, lasciando queste considerazioni, io sostenni che in quel caso, sebbene l'imputato ammettesse di essere entrato, di primavera, nella casa del farmacista dalle otto e mezzo alle dieci pomeridiane, *quando però la famiglia della ragazza non era ancora andata in letto*, tuttavia non si doveva ammettere l'aggravante della notte, che il Tribunale invece aveva messa, applicando il 1° capoverso dell'art. 157 del Codice penale.

Ed il mio ragionamento, tratto dalla osservazione positiva della psicologia e della vita sociale anzichè dagli astratti sillogismi giuridici, era questa.

Il legislatore ha punito di più certi delitti quando sono commessi di notte (e del resto l'aggravante della notte, come pure del luogo solitario e simili, dovrebbe, secondo me, in un Codice razionale essere comune a tutti i delitti), per la ragione che di notte è più facile lo spavento e più difficile la vigilanza e la difesa della vittima, mentre il delinquente ha maggiore facilità di esecuzione e dimostra anche una più grande temibilità, per maggiore furberia e perversità.

L'aggravante della notte si verifica adunque quando le circostanze in cui è commesso il delitto offrono realmente queste due ragioni della pena più grave. Sicchè a costituire la notte in senso

giuridico non basta la notte in senso fisico-astronomico, ma occorrono anche quelle condizioni psicologiche e sociali, che rispondono alla ragione della legge.

Perciò, mentre astronomicamente la notte comincia nello stesso tempo tanto in città che in campagna; socialmente invece e quindi giuridicamente la notte comincia, per regola, più presto in campagna che in città e massime nelle città dove la civiltà ha cercato colla illuminazione pubblica, colla vigilanza della polizia, colle abitudini dei ritrovi serali e notturni ai caffè, nei teatri, per le vie, ecc., di prolungare la vita giornaliera.

Al contrario se in un villaggio o in una campagna c'è una festa notturna ed ivi si commette un incendio od un furto e viceversa in un vicolo od in una piazza remota di una città si commette un delitto, io dico che, sotto questo aspetto, in campagna a quell'ora non era ancor notte e lo era invece in città.

Applicando questo criterio sociologico-criminale al caso della violazione di domicilio, io sostenni che, essendosi provato, come la famiglia del farmacista pur non sorvegliando abbastanza la paglia messa accanto al fuoco, tuttavia non andava a letto se prima il giovanotto non era uscito di casa, così dovea giudicarsi che la pretesa violazione di domicilio, pur essendo avvenuta tra le 8 e le 10 pomeridiane, non doveva punirsi coll'aggravante della notte, perchè mancavano in quel caso le condizioni sociali di minore vigilanza e difesa privata e di maggiore temibilità nell'agente, per le quali soltanto la notte in senso fisico-astronomico lo è anche in senso giuridico.

La Corte di Brescia, come dissi, ha adottato questa teoria positiva, che la Cassazione non ha annullata.

Dico — teoria positiva — perchè desunta dalla osservazione diretta della vita sociale e della psicologia criminale anzichè dagli astratti sillogismi; e perchè, sebbene essa sia stata in parte accennata già da qualche *pratico* del Medio Evo ed anche da qualche moderno criminalista (Carnot, Tittmann, ecc.); pure essa non fu accolta dalla scuola classica.

Il Carrara, che ne parla abbastanza a lungo (§§ 2208 a 2215), non solo conclude essere preferibile che la legge definisca aritmeticamente il tempo di notte, ma soggiunge che « dove prevale la opinione che la determinazione della notte debba lasciarsi all'arbitrio dei giudicanti, ora si negò il tempo notturno alla mezzanotte, perchè nella casa dove si era tentato il furto si teneva una festa da ballo; altra volta si negò in un lupanare per la speciosa (?) ragione che in codesti luoghi della notte si fa giorno e del giorno

notte. In tal guisa si confonde la contemplazione degli usi locali con la contemplazione degli usi individuali; si confonde il riguardo del tempo col riguardo del luogo; e si getta la regola in balia di una funesta perplessità » (§ 2215, nota 1).

A parte la questione dell'arbitrio del giudice, che io credo mal posta nei termini così generali come si fa comunemente (*Sociologia criminale*, pag. 641-642), a me pare che le ragioni accennate dal Carrara a proposito di quegli esempi (e cioè gli usi locali confusi cogli usi individuali, il tempo confuso col luogo, la perplessità coll'applicazione) non bastino a delimitare il fondamento positivo del mio ragionamento giuridico, tratto dalla psicologia, per la difesa della vittima e la temibilità del delinquente e dalla sociologia per le diverse condizioni di vita sociale.

È infatti soltanto secondo queste osservazioni positive che, anche nell'interpretazione del Codice attuale, si definisce razionalmente e giuridicamente la notte, come aggravante la pena per taluni delitti