

## QUESITI

---

**VALENTINA MASARONE**

**La dimensione offensiva del delitto di incesto  
(art. 564 c.p.)  
e la collocazione dogmatica  
del «pubblico scandalo»  
nella struttura del reato**

L'indagine ricostruisce la dimensione offensiva del delitto di incesto e in rapporto ad essa risolve la questione della collocazione dogmatica del «pubblico scandalo», a cui l'art. 564 c.p. subordina la punibilità del fatto incestuoso. A partire dall'impianto originario del codice penale, il principale contenuto offensivo dell'incesto risulta rapportato alla famiglia, da intendersi come istituto familiare in genere e non come singola famiglia in cui il fatto stesso si verifichi. In particolare, l'incesto viola le regole della morale sessuale, applicata alla famiglia, riassumibili nel principio dell'asessualità dei rapporti parentali. Rispetto a tale offesa, la rilevanza attribuita al «pubblico scandalo», nella previsione dell'art. 564 c.p., si spiega nell'ottica di «pubblicizzazione» dei beni giuridici, tipica del codice penale del 1930: la violazione del principio di asessualità nei rapporti parentali in tanto diviene punibile, in quanto si proietta, appunto, nella dimensione pubblica della moralità, realizzando la condizione del «pubblico scandalo». Quest'ultimo determina una progressione dell'offesa tipica del reato, operando come un evento condizionante marginalmente offensivo: esso aggiunge al fatto incestuoso, lesivo della morale familiare, una nota di disvalore, consistente nell'offesa arrecata alla moralità pubblica e risulta, dunque, qualificabile come condizione di punibilità intrinseca. Pertanto, la sua imputazione in termini meramente oggettivi, ai sensi dell'art. 44 c.p., si espone a tutti i rilievi critici formulabili, rispetto a tale tipologia di condizioni, sul piano della compatibilità con i principi costituzionali, a cominciare dal principio di personalità della responsabilità penale (art. 27, co. 3, Cost.). Tuttavia, con specifico riferimento all'art. 564 c.p., le esigenze di riforma, collegate alla natura giuridica del «pubblico scandalo», vengono inevitabilmente superate dalle ragioni, scaturenti dall'obsolescenza del bene giuridico tutelato dalla norma che sconsigliano di mantenere la stessa incriminazione dell'incesto.

*The offensive dimension of the crime of incest (art. 564 c.p.) and the dogmatic collocation of the «public scandal» in the structure of the crime*

*The investigation reconstructs the offensive dimension of the crime of incest and in relation to it resolves the question of the dogmatic collocation of the «public scandal», to which the art. 564 c.p. subordinates the punishment of the incestuous fact. Starting from the original system of the penal code, the main offensive content of the incest is related to the family, understood as a family institution in general and not as a single family in which the event occurs. In particular, incest violates the rules of sexual morality, applied to the family, which can be summarized in the principle of asexuality of family relationships. With respect to this offense, the relevance attributed to the «public scandal», in the provision of art. 564 c.p., is explained from the point of view of «publicizing» of legal assets, typical of the penal code of 1930: the violation of the principle of asexuality in family relationships becomes punishable in so far as it is projected, precisely, into the public dimension of morality, realizing the condition of the «public scandal». This last element determines a progression of the typical offense of the crime, operating as a marginally*

*offensive conditioning event: it adds to the incestuous fact, detrimental to family morality, a note of disvalue, consisting in the offense caused to public morality and is, therefore, qualifiable as a intrinsic condition of punishment. Therefore, its imputation in purely objective terms, according to art. 44 c.p., is exposed to all the critical remarks that can be formulated, with respect to this type of conditions, in terms of compatibility with constitutional principles, starting with the principle of personality of criminal liability (art. 27, co. 3, Cost.). However, with specific reference to art. 564 c.p., the need for reform, linked to the legal nature of the «public scandal», is inevitably overcome by the reasons, arising from the obsolescence of the legal asset protected by the law, which advise against maintaining the incrimination of the incest.*

**SOMMARIO:** 1. Premessa. - 2. La dimensione offensiva del delitto di incesto: l'obsolescenza del bene giuridico tutelato e il «pubblico scandalo» come condizione obiettiva di punibilità intrinseca. - 3. La qualificazione del «pubblico scandalo» come condizione intrinseca di punibilità al vaglio del criterio diagnostico formale e di quello strutturale. - 4. Considerazioni conclusive e spunti *de lege ferenda*.

1. *Premessa.* Un'indagine riferita alla dimensione offensiva del delitto di incesto, punito, ai sensi dell'art. 564 c.p., soltanto se commesso «in modo che ne derivi pubblico scandalo», può risultare utile per comprendere - e, conseguentemente, per provare a risolvere - i principali aspetti problematici, che caratterizzano questa controversa fattispecie, e, in particolare, quello concernente la natura giuridica dell'elemento condizionale del pubblico scandalo.

La questione, che riguarda, in generale, la collocazione delle condizioni obiettive di punibilità nella struttura del reato - con quel che ne segue sotto il profilo della legittimità costituzionale dell'istituto<sup>1</sup> -, resta, infatti, essenzialmente «un

---

<sup>1</sup> Sulla controversa compatibilità dell'istituto disciplinato dall'art. 44 c.p. (soprattutto) con i principi costituzionali di legalità (art. 25, co. 2 Cost.), di offensività (implicitamente ricavabile dagli artt. 2, 3, 13 25, co. 2, 27, co. 1 e 3, Cost., a partire dall'insegnamento di BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Nss. D.I.*, XIX, Torino, 1973, 81 ss.) e di personalità della responsabilità penale, v., per tutti, i fondamentali contributi di BRICOLA, *Punibilità (Condizioni obiettive di)*, in *Nuov. Dig. Ita.*, XIV, Torino, 1967, 588 ss.; NEPPI MODONA, *Concezione realistica del reato e condizioni obiettive di punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, 184 ss., con argomentazioni, poi, trasfuse in ID., *Condizioni obiettive di punibilità*, in *Enc. giur.*, VIII, Roma, 1988, 1 ss.; ANGIONI, *Condizioni di punibilità e principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 1440 ss. Ricostruisce l'intera problematica delle condizioni obiettive di punibilità, rapportandone esplicitamente i diversi aspetti ai principi citati, DONINI, *Le condizioni obiettive di punibilità*, in *Studium iuris*, 1997, 595 ss.

problema “di parte speciale”, pur evidentemente condizionato dai criteri “generali” di interpretazione adottati<sup>2</sup>. E, in effetti, l'impossibilità di pervenire a risultati univoci, di valenza assoluta, rende necessario valutare «la posizione e la funzione [...] impresse dalla legge»<sup>3</sup> all'elemento condizionale, nelle singole fattispecie, risultando, perciò, decisiva «l'interpretazione della [...] norma di parte speciale di volta in volta interessata e l'individuazione del bene giuridico che con quella norma si è inteso tutelare»<sup>4</sup>.

In tal senso, il criterio diagnostico di tipo “sostanziale”, operante sul piano dell'offesa all'interesse protetto, riveste una posizione preminente tra i criteri elaborati dalla dottrina<sup>5</sup> per identificare, in concreto, le condizioni obiettive di punibilità, nelle norme di parte speciale, in cui viene impiegato l'istituto di parte generale disciplinato dall'art. 44 c.p. E ciò è particolarmente evidente nel caso dell'incesto.

Infatti, l'opportunità di estromettere dalla valutazione penalistica le innegabili implicazioni etico-religiose che vengono in rilievo, in questa materia, accentua il significato delle prerogative tradizionalmente riconosciute al bene giuridico, in funzione critica – quale criterio di legittimazione e di delimitazione dell'intervento penale –, dal punto di vista ermeneutico, nonché sul piano

---

<sup>2</sup> DONINI, *op. ult. cit.*, 598.

<sup>3</sup> ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, 3<sup>a</sup> ed., Milano, 2004, 476.

<sup>4</sup> BINDA - AIMI, *Art. 44*, in *Codice penale commentato*, fondato da Dolcini - Marinucci e diretto da Dolcini - Gatta, Tomo I, 4<sup>a</sup> ed., Milano, 2015, 711.

<sup>5</sup> Per un'efficace sintesi di tali criteri v., nella manualistica, FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 8<sup>a</sup> ed., Bologna, 2019, 822 ss.; MANNA, *Corso di diritto penale. Parte generale*, 4<sup>a</sup> ed., Padova, 2017, 550 ss. Diversamente dalla dottrina, la giurisprudenza ha sempre mostrato scarsa attenzione in ordine all'individuazione, in astratto, dei criteri di accertamento delle condizioni di punibilità, come evidenziato da ZANOTTI - MUTTI, *Le condizioni obiettive di punibilità*, in *Codice penale. Parte generale*, I, 2<sup>a</sup> ed., *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, diretta da Bricola - Zagrebelsky, Torino, 1996, 849 ss. (e, prima ancora, da Donini nella corrispondente voce della prima edizione).

dommatico<sup>6</sup>.

Sotto il primo profilo, dalla possibilità di ricondurre al fatto incestuoso legittime esigenze di tutela penale, rispetto ad un bene meritevole di protezione, dipende, in linea generale, la stessa incriminabilità dell'incesto. In concreto, questa valutazione, rapportata al dato normativo vigente, si traduce in una verifica di fondatezza e legittimità dell'attuale incriminazione.

Nella prospettiva ermeneutica, l'identificazione del bene giuridico protetto consente di individuare le condotte rientranti nell'ambito applicativo dell'art. 564 c.p., che non definisce l'incesto, commesso «con un discendente o un ascendente, o con un affine in linea retta, ovvero con una sorella o un fratello», ma si limita a prevederne tautologicamente, la punibilità, sempre che ne derivi - nel senso che vedremo - pubblico scandalo.

Ed è proprio con riguardo a quest'ultimo elemento che assume rilievo, ai nostri fini, la funzione dommatica del bene giuridico, in grado di incidere sulla struttura della fattispecie e, conseguentemente, di far luce sulla collocazione che il pubblico scandalo assume rispetto ad essa.

*2. La dimensione offensiva del delitto di incesto: l'obsolescenza del bene giuridico tutelato e il «pubblico scandalo» come condizione obiettiva di punibilità intrinseca.* La proibizione culturale e sociale dell'incesto corrisponde ad un

---

<sup>6</sup> Sulle funzioni del bene giuridico basto rinviare ad ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, *passim*.

vero e proprio tabù, di ordine morale<sup>7</sup>, «rivestito di un alone di sacralità»<sup>8</sup> e, in certi contesti culturali, supportato da precetti religiosi. In ambito giuridico-civile essa si traduce nel divieto di matrimoni endogamici, per cui parentela, affinità e adozione costituiscono altrettanti impedimenti al matrimonio: una regola giuridica – prevista anche dal nostro codice civile (art. 87 c.c.) – ampiamente diffusa e generalmente indiscussa, quanto la corrispondente norma di carattere morale. Rispetto all’opportunità di attribuire rilevanza penale alle condotte incestuose, si sono registrate nel tempo e si riscontrano nei vari ordinamenti differenti soluzioni, riflesso delle diverse funzioni assegnate al diritto penale.

Quando a quest’ultimo non si attribuisca una funzione meramente sanzionatoria del divieto operante in ambito civilistico<sup>9</sup>, ciò che viene in questione è la possibilità (*rectius* legittimità) di limitare l’esercizio di fondamentali libertà individuali attraverso la previsione di sanzioni penali per condotte che attengono alla vita intima di soggetti adulti e consenzienti, dando per presupposta l’autonoma rilevanza penale delle ipotesi in cui il rapporto incestuoso si consumi con violenza, costrizione, abuso o inganno, specie nei confronti di minori<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup> Sulla progressiva emersione di tale tabù, rapportata alla dimensione penalistica, v. MADEO, *I delitti di incesto: incesto e relazione incestuosa*, in *Reati contro la famiglia e i minori*, a cura di Fortuna, Milano, 2006, 60.

<sup>8</sup> SPENA, *Reati contro la famiglia*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da Grosso - Padovani - Pagliaro, *Parte speciale*, vol. XIII, Milano, 2012, 110.

<sup>9</sup> Con riferimento all’ordinamento italiano, rileva la diversità dell’ambito applicativo della fattispecie penale rispetto a quello, più esteso, del citato divieto civilistico, MERZAGORA, *Incesto*, in *Dig. disc. pen.*, VI, Torino, 1992, 327 ss. Contro la validità di tale argomento, per negare il carattere sanzionatorio dell’art. 564 c.p., v., però, PISAPIA, *Incesto e relazione incestuosa*, in *Nss. D. I.*, VIII, Torino, 1962, 505, n. 1, che sottolinea come la sanzione penale investa «necessariamente solo quei rapporti che rappresentano la violazione di un dovere assoluto e tale da recare quel danno sociale che postula l’incriminazione penale».

<sup>10</sup> Nel nostro ordinamento vengono in rilievo gli artt. 609 *bis* e *quater* c.p., come sottolineano, tra gli altri, CADOPPI - MONTICELLI, *I delitti contro la morale familiare*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da Cadoppi - Canestrari - Manna - Papa, *Parte speciale*, vol. VI, *I delitti contro la moralità pubblica, di prostituzione, contro il sentimento per gli animali e contro la famiglia*, Torino, 2009, 335. Nelle ipotesi di

Si tratta, cioè, di stabilire, se, al di fuori di queste ipotesi, la punibilità dell'incesto possa essere rapportata al suo disvalore morale - e, dunque, se il diritto penale sia legittimato ad operare a salvaguardia della moralità -; se a fonderne l'incriminazione intervenga qualche ulteriore o diversa esigenza di tutela, eventualmente rapportata ad interessi dotati di maggiore concretezza ed afferrabilità; o se, non sussistendo né l'una né l'altra condizione, si debba escludere l'incriminabilità del fatto incestuoso.

Non è questa la sede per approfondire la complessa tematica dei rapporti tra diritto penale e morale, ma - limitando il discorso a quanto strettamente necessario ai nostri fini - è doveroso osservare che in un ordinamento laico, da Stato sociale di diritto, qual è il nostro, il diritto penale non può e non deve intervenire in ordine a comportamenti che, per quanto moralmente riprovevoli, non siano socialmente dannosi (o, in concreto, pericolosi): «elevare a reato fatti o atteggiamenti contrari alle regole dell'etica, che non risultino offensivi di beni giuridici, è un'operazione certamente disfunzionale rispetto al conseguimento di finalità di integrazione sociale»<sup>11</sup> e, dunque, in contrasto con la funzione che la pena è legittimata a perseguire in un ordinamento

---

violenza sessuale, il rapporto di parentela (in linea retta) tra autore e vittima è stato, di recente, configurato come circostanza aggravante: l'art. 13, co. 2, lett. a), n. 2), L. 19 luglio 2019, n. 69 (c.d. *Codice rosso*) ha, infatti, sostituito la previsione dell'art. 609 *ter*, co. 1, n. 1) c.p., che ora prevede l'aggravamento di un terzo della pena se i fatti di cui all' art. 609 *bis* c.p. sono commessi «nei confronti di persona della quale il colpevole sia l'ascendente, il genitore, anche adottivo, o il tutore».

<sup>11</sup> MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, 215. Sul concetto di laicità e sui suoi rapporti con il diritto penale, v., in particolare, FIANDACA, *Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati*, in *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, I, Milano, 1991, 167 ss.; CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di Dolcini - Paliero, vol. I, Milano 2006, 139 ss.; PULITANÒ, *Laicità e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 55 ss.; RISICATO, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire»*. *Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Torino, 2008, 12 ss.

liberaldemocratico. Inoltre, «secondo i principi di una democrazia pluralistica, lo Stato non può né imporre un determinato sistema morale, né, tanto meno, sottoporre il singolo a tutela morale attraverso lo strumento del diritto penale»<sup>12</sup>. Del resto, ancor prima dell'affermazione di tali principi nell'ordinamento positivo, a proposito dell'incesto, in sé considerato, Carrara scriveva limpidamente: «nessun dubbio che lo incesto sia vituperevole fallo [...]. Ma quando trattasi di riconoscere in un fatto i caratteri di vero delitto di per sé stante non basta che il medesimo sia vizioso o gravemente peccaminoso, se non si trova un diritto o *particolare* o *universale* che dal medesimo venga ferito»<sup>13</sup>. Non riuscendo ad individuare alcun diritto, particolare o universale, leso dall'incesto, lo stesso Carrara concludeva nel senso dell'inopportunità della creazione, per esso, di un autonomo titolo di reato, affermando la possibilità di ravvisare, tutt'al più, un'aggravante dell'oltraggio pubblico al pudore nell'offesa alla morale pubblica e al buon costume, derivante da un incesto direttamente scandaloso, salve, cioè, le ipotesi in cui lo scandalo fosse dovuto alla "maligna" intrusione altrui<sup>14</sup>.

Di diverso avviso, il legislatore del 1930 ha mantenuto l'incriminazione dell'incesto, invero già contemplata nella codificazione previgente. Però, mentre il codice Zanardelli, all'art. 337, puniva la «relazione incestuosa», che suscitasse pubblico scandalo, collocandola tra i «delitti contro il buon costume e l'ordine

---

<sup>12</sup> MOCCIA, *op. ult. cit.*, 216.

<sup>13</sup> CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte speciale*, 9<sup>a</sup> ed., vol. III, Firenze, 1923, 578-579.

<sup>14</sup> In tal caso, sarebbero, piuttosto, meritevoli di punizione gli oziosi e le comari «che andarono empinando il vicinato dei loro sospetti». Così CARRARA, *op. ult. cit.*, 584.

delle famiglie»<sup>15</sup>, il Codice Rocco punisce anche il singolo atto incestuoso<sup>16</sup> (art. 564, co. 1, c.p.), commesso «in modo che ne derivi pubblico scandalo» – formula identica a quella già contenuta nel codice del 1889 – come delitto «contro la morale familiare», qualificando la relazione incestuosa come mera circostanza aggravante (art. 564, co. 2, c.p.).

Proprio il dibattito sviluppatosi durante l’elaborazione del codice vigente, a proposito della scelta di conservare o meno, nella nuova fattispecie d’incesto, il citato riferimento al pubblico scandalo, offre significative indicazioni sulla dimensione offensiva ad essa attribuita, quanto meno nelle originarie intenzioni dei codificatori. Altre se ne possono ricavare dalla collocazione sistematica della relativa norma incriminatrice.

Nella corrispondente previsione del Progetto preliminare, il pubblico scandalo figurava unicamente come circostanza aggravante dell’incesto, punito *tout court*, sostanzialmente in accoglimento della tesi, sostenuta da Manzini, che, in tal modo, si potesse addivenire ad «una più efficace tutela dell’interesse eugenetico, ed evitare la decadenza che le procreazioni tra consanguinei possono determinare nella razza»<sup>17</sup>.

In seguito, però, la Commissione ministeriale, incaricata di esprimere un parere sul Progetto, si pronunciò all’unanimità sul reinserimento del pubblico

---

<sup>15</sup> Nonostante l’opinione contraria del Guardasigilli Pessina, che aveva proposto la soppressione del delitto di incesto, contemplato dal Progetto Savelli. Sul punto v. PISAPIA, *Incesto e relazione incestuosa*, cit., 501, n. 3.

<sup>16</sup> V., in particolare, MADEO, *I delitti di incesto: incesto e relazione incestuosa*, cit., 61, che considera l’estensione della punibilità anche al singolo atto incestuoso emblematica del maggior rigore assunto dal legislatore del 1930 contro una tale condotta sessuale.

<sup>17</sup> MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, 5<sup>a</sup> ed. aggiornata a cura di Nuvolone – Pisapia, vol. VII, Torino, 1984, 787.



scandalo, quale elemento a cui subordinare la punibilità dell'incesto, per la «necessità che la pace della famiglia e la stessa pubblica moralità non vengano turbate con investigazioni e con processi»<sup>18</sup>.

Il mantenimento della collocazione sistematica del delitto tra quelli contro la «morale familiare», anziché tra i delitti contro la pubblica moralità – come da taluno auspicato, a seguito della reintroduzione del pubblico scandalo nel testo della norma – viene spiegato dal Guardasigilli Alfredo Rocco, nella Relazione al Progetto definitivo, affermando che «l'obbiettività giuridica di tale reato [...] non consiste soltanto nell'offesa alla moralità, in genere, ma anche nella violazione della norma di condotta, che impone l'asessualità nei rapporti parentali»<sup>19</sup>, con l'ulteriore precisazione che il mancato riferimento al pubblico scandalo, consentendo il proliferare di indagini all'interno delle famiglie, avrebbe causato «un danno incalcolabile alla morale pubblica»<sup>20</sup>.

Pertanto, il principale contenuto offensivo del fatto incestuoso sembrerebbe riguardare la famiglia, da intendersi come istituto familiare in genere e non come la singola famiglia in cui il fatto si verifici<sup>21</sup>. In particolare, tenuto conto della collocazione sistematica della fattispecie, questa sarebbe posta a tutela di «quello specifico insieme di principi etici, in conformità ai quali debbono essere regolati i rapporti tra i membri dell'aggregato familiare»<sup>22</sup>.

Più precisamente, rispetto alla generalità dei contenuti della morale familiare, così definita, quella contro cui sono specificamente rivolti i (due) delitti

---

<sup>18</sup> *Relazione ministeriale sul Progetto preliminare di codice penale*, II, Roma, 1929, 341.

<sup>19</sup> *Relazione ministeriale sul Progetto definitivo di codice penale*, II, Roma, 1929, 345.

<sup>20</sup> *Ibidem*.

<sup>21</sup> V. MERZAGORA, *Incesto*, cit., 327.

<sup>22</sup> PECORELLA, *Famiglia (delitti contro la)*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, 805.

dell'apposito Capo del codice penale – vale a dire il Capo II del Titolo XI del Libro secondo –, si compone dei profili attinenti alla materia sessuale: com'è stato giustamente osservato<sup>23</sup>, questa conclusione, oltre a trovare corrispondenza nei Lavori preparatori, consente di distinguere i delitti in questione da tutti gli altri del medesimo Titolo, che pure si pongono in contrasto con le regole generalmente destinate a disciplinare i rapporti interpersonali all'interno della famiglia. In quest'ottica l'incesto violerebbe, in particolare, le regole della morale sessuale, applicata alla famiglia, riassumibili nel principio dell'asessualità dei rapporti parentali<sup>24</sup>.

Questa interpretazione trova tendenziale conferma in quanto affermato, a proposito del bene giuridico tutelato dall'art. 564 c.p., nella sentenza (di rigetto) della Corte costituzionale del 21 novembre 2000, n. 518<sup>25</sup>. In tale decisione – per molti versi criticabile<sup>26</sup> – la Corte sostiene che il citato articolo «offre protezione alla famiglia, come è testimoniato dalla sua collocazione [...]. Più precisamente, in corrispondenza a un *ethos* le cui radici si perdono lontano nel tempo, mira a escludere i rapporti sessuali tra componenti della famiglia diversi dai coniugi: un'esclusione determinata dall'intento di evitare perturbazioni della vita familiare e di aprire alla più vasta società la formazione di strutture di natura familiare»<sup>27</sup>.

La Corte costituzionale perviene a quest'ultima affermazione dopo aver escluso

<sup>23</sup> Cfr. SPENA, *Reati contro la famiglia*, cit., 96-97.

<sup>24</sup> V. già MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., 785 ss.

<sup>25</sup> V. Corte cost., sent. 21 novembre 2000, n. 518, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 994 ss., con nota di BIONDI, *La Corte costituzionale individua il bene giuridico tutelato dal reato di incesto*.

<sup>26</sup> V., per tutti, RIONDATO, *Introduzione a «famiglia» nel diritto penale italiano*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Zatti, vol. IV, *Diritto penale della famiglia*, a cura di Riondato, Milano, 2011, 20.

<sup>27</sup> Corte cost., sent. 21 novembre 2000, n. 518, cit., 997.

che il bene giuridico protetto dalla norma, sottoposta al suo giudizio, sia identificabile nella difesa delle relazioni familiari dalle prevaricazioni di natura sessuale oppure in un interesse di natura eugenetica. Essa chiarisce, infatti, che «l'incesto è atto di persone consenzienti, la violenza (effettiva o presunta) rilevando rispetto ad altri reati, non a questo»<sup>28</sup> e che l'assunto per cui l'unione tra consanguinei sia di per sé foriera di danni genetici si fonda su presupposti scientifici indimostrati. Peraltro, la tutela dell'interesse eugenetico non potrebbe giustificare «né l'inclusione nella fattispecie di reato del rapporto sessuale tra soggetti, gli affini, tra i quali non corrono legami di sangue, né l'irrilevanza della procreazione come fatto o come possibilità»<sup>29</sup>.

Va segnalato che le soluzioni, in tal modo, confutate dalla nostra Corte costituzionale rievocano quelle, viceversa, sostenute dalla Corte costituzionale tedesca (*Bundesverfassungsgericht*), in ordine agli scopi di tutela riconducibili, in particolare, all'incriminazione del congiungimento carnale tra fratelli e sorelle germani, adulti e consenzienti, di cui al § 173, co. 2, StGB<sup>30</sup>. La Corte tedesca ravvisa, infatti, in tale incriminazione, finalità di tutela, oltre che dell'ordine familiare - che potrebbe essere turbato dalla confusione di ruoli tra i membri della famiglia - anche dell'autodeterminazione sessuale, nonché della salute dell'eventuale prole nata dal rapporto incestuoso. In particolare, l'incesto si verificherebbe, nella maggior parte dei casi, in situazioni di debolezza o dipendenza psicologica di un soggetto verso l'altro, con la conseguente necessità di

---

<sup>28</sup> *Ibidem*.

<sup>29</sup> *Ibidem*.

<sup>30</sup> V. BVerGE, 26 febbraio 2008, 2 BvR 392/07, pubblicata, in italiano, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 2091 ss., con nota di DODARO, *La Corte costituzionale tedesca e l'incesto tra fratelli maggiorenni tra divieti culturali universali, incertezze della scienza e pretese dei diritti*.

proteggere l'autodeterminazione sessuale del primo, e comporterebbe un rischio di trasmissione di malattie genetiche superiore alla norma. Tale rischio sarebbe tanto maggiore quanto più stretto è il legame familiare tra i genitori incestuosi; di qui la necessità di perseguire, specialmente, la congiunzione tra fratelli e sorelle, anche se adulti e consenzienti.

Peraltro, la tutela dei medesimi valori costituzionali, connessi al matrimonio e alla famiglia, alla libertà dei soggetti deboli e alla salute dell'eventuale prole, fonderebbe, a parere della Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>31</sup>, la proporzionalità e, quindi, la giustificazione dell'interferenza con il diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8 CEDU), derivante dalla condanna per l'ipotesi di incesto in questione. Una tale limitazione del diritto convenzionale ricadrebbe, in definitiva, nell'equo margine di apprezzamento rimesso al legislatore nazionale, particolarmente ampio quando si tratta di regolare ambiti attinenti alla morale.

In proposito, si può osservare che l'argomento relativo alla prevenzione di forme di sfruttamento sessuale ad opera del *partner* incestuoso più forte, su quello più vulnerabile, non potrebbe essere impiegato in ordinamenti, qual è il nostro, in cui non operino interpretazioni restrittive dei comuni delitti sessuali, tali da lasciare prive di tutela tipologie di abuso realizzate senza il ricorso alla violenza fisica, come, invece, sostenuto dalla Corte costituzionale tedesca, in rapporto ai §§ 174 ss. StGB. Inoltre, la protezione contro il rischio eugenetico, derivante dall'incesto, non troverebbe eguali nel diritto penale, che non

---

<sup>31</sup> Il riferimento è alla sentenza ECHR, *Stubing v. Germany*, 24 settembre 2012, v. NISCO, *L'incesto innanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo. Margine di apprezzamento e controllo delle norme penali*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2012, 70 ss.

vieta, in genere, i rapporti sessuali tra adulti consenzienti, anche quando ‘pericolosi’ sotto tale profilo<sup>32</sup>.

Tornando, dunque, all’art. 564 c.p., la morale familiare, di cui la fattispecie d’incesto, ivi prevista, offende, in via principale, la componente relativa all’ambito sessuale, s’inserisce nel più ampio contesto della morale comune o pubblica, costituendone una specificazione<sup>33</sup>.

Ebbene, com’è noto, il codice Rocco è improntato, nella parte speciale, ad una tendenziale pubblicizzazione dei beni giuridici<sup>34</sup>: non fa eccezione, al riguardo, la tutela penale della famiglia, che, nel codice, in tanto riceve protezione, in quanto costituisce la cellula primordiale della società, organizzata in Stato. Ne consegue che, nella logica seguita dal legislatore del 1930, l’offesa alla famiglia si risolve in un’offesa allo Stato ed è prevalentemente questa la ragione per cui quella stessa offesa dev’essere penalmente perseguita<sup>35</sup>: pertanto, i reati contro la famiglia «possono farsi rientrare nella categoria dei reati contro le istituzioni»<sup>36</sup>.

---

<sup>32</sup> Per questo e per altri rilievi critici alla sentenza della Corte costituzionale tedesca, v. *l’Opinione dissidente del giudice Hassemer alla decisione del Secondo Senato del 26 febbraio 2008*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 2103 ss.

<sup>33</sup> Così PECORELLA, *Famiglia (delitti contro la)*, cit., 804 ss.; analogamente in *Relazione ministeriale sul Progetto definitivo di codice penale*, cit., 346. Contro la possibilità di distinguere diverse qualificazioni della morale v., invece, MADEO, *Reati contro la famiglia*, in ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, I, 16<sup>a</sup> ed. integrata e aggiornata a cura di Grosso, Milano 2016, 672; CADOPPI - MONTICELLI, *I delitti contro la morale familiare*, cit., 345; PISAPIA, *Oggetto del reato ed oggetto della tutela penale nei delitti contro la famiglia*, in *Jus*, 1952, 202.

<sup>34</sup> V., per tutti, PADOVANI - STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose. Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Bologna, 2006, 56 ss.

<sup>35</sup> Il codice penale del 1930 ha recepito una concezione istituzionale della famiglia, entrata in contrasto con il modello accolto in Costituzione ed orientato alla persona: in tal senso, la famiglia rileva come aggregato fondamentale in cui l’individuo esplica la sua personalità e sviluppa le sue capacità. Cfr., per tutti, RIONDATO, *Introduzione a «famiglia» nel diritto penale italiano*, cit., 6-7.

<sup>36</sup> PECORELLA, *Famiglia (delitti contro la)*, cit., 807.

L'indeterminatezza che ne deriva, sul piano dell'oggettività giuridica dei reati in questione, connota, inevitabilmente, anche i delitti contro la morale familiare<sup>37</sup>, che risultano rapportati ad «un bene privo di quel carattere di concretezza cui dovrebbero sempre ispirarsi le norme penali. Peraltro, poiché non è facile identificare il titolare di tale bene (e non si risolve il problema affermando che ne è titolare la famiglia o la società), non resta che classificare tale reato tra quelli ad oggettività giuridica indeterminata: i cosiddetti *Vage Verbrechen* dei Tedeschi»<sup>38</sup>.

Per quel che qui interessa, la proiezione in senso pubblicistico del bene giuridico tutelato trova espressione nella rilevanza attribuita al pubblico scandalo, nella previsione dell'art. 564 c.p.: la violazione del principio di asexualità nei rapporti parentali, in cui si radica l'offesa a quello che è stato definito «un bisogno della vita morale della famiglia, [...] un bene morale di essa»<sup>39</sup>, in tanto diviene punibile, in quanto si proietta, appunto, nella dimensione pubblica della moralità, mediante la condizione del pubblico scandalo.

Richiamando le su citate funzioni del bene giuridico, è evidente che la morale familiare, alla cui tutela risulta preposto l'art. 564 c.p., non è in grado di svolgere la necessaria funzione critica che al bene giuridico compete, in un'ottica di contenimento dell'intervento punitivo; una carenza che, d'altronde, riguarda

---

<sup>37</sup> V. MOCCIA, *Qualche riflessione sulla tutela penale della famiglia*, in *Comunioni di vita e familiari tra libertà, sussidiarietà e inderogabilità*, a cura di Perlingieri - Giova, Napoli, 2019, 91, che, efficacemente, osserva come la stessa denominazione del Capo dedicato ai delitti contro la morale familiare racchiuda in sé «tutti i motivi per i quali esso andrebbe immediatamente espulso dal codice penale: confusione tra diritto e morale, inesistenza del bene giuridico, assenza di offensività, intromissione dello Stato nella sfera personale dei consociati».

<sup>38</sup> PISAPIA, *Incesto e relazione incestuosa*, cit., 504.

<sup>39</sup> PISAPIA, *op. loc. ult. cit.*

anche la morale pubblica, a cui si collega il profilo marginalmente offensivo, collegato al pubblico scandalo.

Tale profilo si colloca al di fuori del fatto in senso stretto, come chiaramente risulta dall'individuazione del bene tutelato dalla norma, considerato in funzione dommatica. Ad esso si collega l'effetto di «dare corso all'azione penale solo quando l'offesa agli interessi tutelati dal reato raggiunga una certa intensità, ovvero quando venga cagionata una lesione ulteriore e più grave, ma inscindibilmente connessa con quella espressa dagli elementi costitutivi del reato»<sup>40</sup>. Tuttavia, non può trascurarsi che il regime di imputazione riferibile all'evento condizionante *ex art. 44 c.p.*, sottraendolo al dolo, si traduce in un ampliamento della punibilità.

Peraltro, l'effetto espansivo, ricollegabile al bene della morale familiare, opera anche sotto il profilo ermeneutico, dal momento che, nell'indeterminatezza della condotta tipica genericamente incriminata dall'art. 564 c.p., rispetto a tale bene, assumono rilevanza «tutti quei comportamenti che esprimano comunque sessualità, che abbiano perciò una valenza sessuale univoca, tale da contravvenire alla regola della asessualità per i familiari [...]»<sup>41</sup> - che siano parenti o affini in linea retta - e non soltanto atti di congiungimento carnale<sup>42</sup>.

Così ricostruita la dimensione offensiva del reato di incesto, si può, dunque, ritenere che il pubblico scandalo comporti una progressione dell'offesa tipica

---

<sup>40</sup> NEPPI MODONA, *Condizioni obiettive di punibilità*, cit., 5.

<sup>41</sup> MADEO, *I delitti di incesto: incesto e relazione incestuosa*, cit., 69.

<sup>42</sup> La soluzione risulterebbe di senso contrario, laddove si assumesse, come bene giuridico di riferimento l'interesse eugenetico e, cioè, la protezione dai rischi genetici che si pretendono connessi alla procreazione tra consanguinei. Sull'incompatibilità di tale opzione con la previsione dell'art. 564 c.p. v., per tutti, SPENA, *Reati contro la famiglia*, cit., 102 ss.

dello stesso, operando come un evento condizionante marginalmente offensivo<sup>43</sup>: esso aggiunge al fatto incestuoso, lesivo della morale familiare, una nota di disvalore, consistente nell'offesa arrecata alla moralità pubblica, vale a dire ad un interesse qualitativamente diverso, ma correlato a quello tutelato, in via principale, dalla norma<sup>44</sup>.

In altri termini, l'elemento in questione rientra tra le condizioni di punibilità intrinseche, definibili, in generale, come «quegli accadimenti che sono lesivi dell'interesse protetto, o in quanto attualizzano l'offesa di quell'interesse che è già potenzialmente realizzata dal fatto *stricto sensu* inteso, o in quanto determinano una progressione o un aggravamento dell'offesa già implicita nella commissione del reato, ovvero la lesione di un interesse (diverso, ma) dello stesso tipo o comunque prossimo rispetto a quello principale tutelato dalla norma incriminatrice»<sup>45</sup>.

---

<sup>43</sup> Cfr. ANGIONI, *Condizioni di punibilità e principio di colpevolezza*, cit., 1462, che ravvisa nel pubblico scandalo del delitto di incesto una condizione (intrinseca) di punibilità, in base all'argomento per cui esso «non può costituire l'offesa principale, in quanto non lesivo di alcun bene costituzionale».

<sup>44</sup> V. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, 10<sup>a</sup> ed., Padova, 2017, 784; NEPPI MODONA, *Condizioni obiettive di punibilità*, cit., 8, che, però, interpreta (anche) questa condizione in termini restrittivi e garantistici, di conseguenza ammettendo la legittimità del regime di imputazione ad essa riferito; ANTONINI, *La funzione delle condizioni obiettive di punibilità. Applicazioni in tema di rapporti fra incesto e violenza carnale presunta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 1289-1290.

<sup>45</sup> CASAROLI, *Art. 44 c.p.*, in *Codice penale*, a cura di Padovani, I, 5<sup>a</sup> ed., Milano, 2011, 365. Com'è noto, da tali condizioni si distinguono le condizioni di punibilità estrinseche, che, rimanendo estranee all'offesa tipica, non interferiscono con il significato di disvalore del fatto, ma si limitano «ad esprimere valutazioni di opportunità e di convenienza (connesse ad un interesse "esterno" al profilo offensivo del reato) in ordine alla punibilità di un fatto già di per sé lesivo dell'interesse protetto» (*ivi*, 366). Ipotesi di condizioni di punibilità estrinseche, nel nostro ordinamento, si ravvisano in quelle della sorpresa in flagranza, ad esempio nelle previsioni degli artt. 260 e 720 c.p., e della presenza del reo nel territorio dello Stato, come utilizzata negli artt. 9 e 10 c.p. V., però, GAITO, *Procedibilità (condizioni di) (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano 1986, 812 ss., che qualifica tanto la sorpresa in flagranza, quanto la presenza del reo nel territorio dello Stato, nei casi appena citati, come condizioni di procedibilità, sul presupposto che costituiscano condizioni di punibilità esclusivamente quei dati, estranei all'agente, che concorrano alla lesione dell'interesse tutelato dalla norma incriminatrice, come – per esplicito riconoscimento dell'Autore – la pubblicità dello scandalo nell'incesto (*ivi*, 811). È appena il caso di ricordare che la distinzione tra



Pertanto, la sua imputazione in termini meramente oggettivi, ai sensi dell'art. 44 c.p., si espone a tutti i rilievi critici formulabili, rispetto a tale tipologia di condizioni, sul piano della compatibilità con i principi costituzionali, a cominciare dal principio di personalità della responsabilità penale (art. 27, co. 1, Cost.)<sup>46</sup>. E infatti - a tacer d'altro - la necessaria attribuibilità, anche psicologica, del fatto all'autore imporrebbe un riscontro di tipo soggettivo rispetto ad elementi di contenuto offensivo - come quello qui considerato - che, pur essendo aggiuntivi rispetto a quelli rientranti nel fatto base, costituiscono un «*quid pluris*, dotato di così grande efficacia da rendere punibile e reato un fatto altrimenti non punibile e non reato»<sup>47</sup>. Di qui la (sopravvenuta) illegittimità delle condizioni obiettive di punibilità intrinseche, preposte, sin dall'origine, alla contraria funzione politico-criminale, di tipo generalpreventivo, consistente nell'escludere dall'accertamento del dolo - e, quindi, dalla rilevanza, in senso favorevole all'agente, dell'errore (non colposo) - gli elementi in questione.

3. *La qualificazione del «pubblico scandalo» come condizione intrinseca di punibilità al vaglio del criterio diagnostico formale e di quello strutturale.* La qualificazione del pubblico scandalo, nell'incesto, come condizione intrinseca di

---

condizioni di punibilità intrinseche ed estrinseche - affermata per la prima volta, in dottrina, da NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano, 1955, 15 ss. - ha trovato consacrazione in Corte cost., sent. 30 novembre - 13 dicembre 1988, n. 1085, in *Riv. it dir. proc. pen.*, 1990, 289 ss., in cui la Corte - nel precisare quanto affermato in Corte cost., sent. 23-24 marzo 1988, n. 364, in *Riv. it dir. proc. pen.*, 1988, 686 ss. - ha chiarito che «soltanto gli elementi estranei alla materia del divieto (come le condizioni estrinseche di punibilità, che restringendo l'area del divieto, condizionano, appunto, quest'ultimo o la sanzione alla presenza di determinati elementi oggettivi) si sottraggono alla regola della rimproverabilità ex art. 27 comma 1 Cost.» (*ivi*, 298).

<sup>46</sup> V. *supra* n. 1.

<sup>47</sup> ANGIONI, *Condizioni di punibilità e principio di colpevolezza*, cit., 1499.

punibilità, operata sulla base del criterio sostanziale, che fa leva sul profilo offensivo della fattispecie, non viene smentita se sottoposta a verifica alla luce degli altri due criteri utilizzati per identificare, in concreto, le ipotesi normative riconducibili all'istituto disciplinato, in via generale, dall'art. 44 c.p., vale a dire il criterio diagnostico di tipo formale e quello di carattere strutturale.

Sotto il profilo linguistico-formale, l'art. 564, co. 1, c.p. richiede testualmente che l'incesto sia commesso «in modo che ne derivi pubblico scandalo». Ad introdurre quest'ultimo, nella formulazione della norma, non interviene dunque, alcuna di quelle espressioni condizionali – se, qualora, sempreché e simili –, solitamente considerate indicative del ricorso ad una condizione obiettiva di punibilità. È anche vero, però, che le formule ipotetiche non sono un sicuro indice della natura condizionale dell'evento cui sono collegate, così come *a contrario* è possibile che una condizione di punibilità sia inserita nell'ambito di una proposizione di tipo consecutivo, anziché condizionale, in cui il verbo sia coniugato al congiuntivo<sup>48</sup>: ed è esattamente il caso del pubblico scandalo nell'incesto, secondo la formulazione dell'art. 564 c.p.

A dir il vero, nel Progetto preliminare del codice penale, si prevedeva l'impiego della locuzione «se dal fatto derivi pubblico scandalo»; tuttavia, nel Progetto definitivo ad essa si preferì quella attuale, già utilizzata nella corrispondente previsione del codice Zanardelli<sup>49</sup>.

---

<sup>48</sup> Così ANGIONI, *Condizioni di punibilità e principio di colpevolezza*, cit., 1467-1468, che distingue le ipotesi richiamate nel testo da quelle in cui la proposizione subordinata consecutiva presenti un modo verbale indefinito – ad es. «in modo da esporre» (art. 244 c.p.) –, tale da poter esprimere sia il valore del congiuntivo, che quello dell'indicativo. Nel dubbio, l'Autore propende, in questi casi, per la qualificazione degli eventi inseriti nelle relative subordinate come elementi costitutivi del fatto.

<sup>49</sup> Cfr. CADOPPI - MONTICELLI, *I delitti contro la morale familiare*, cit., 343.

Da tale circostanza, legata alle origini della norma, e, comunque, dal riferimento al «modo», contenuto nel testo vigente, taluno deduce che il pubblico scandalo rientri tra gli elementi costitutivi del fatto in senso stretto, piuttosto che collocarsi al di fuori di esso come condizione obiettiva di punibilità. Si tratterebbe, in particolare, di una modalità, necessariamente volontaria, della condotta incestuosa<sup>50</sup>, se non dello stesso evento tipico del reato<sup>51</sup> o di entrambi<sup>52</sup>. In base a tali orientamenti, la modalità scandalosa dell'incesto dovrebbe, inevitabilmente, essere voluta dall'agente e/o l'evento del pubblico scandalo sarebbe correlato all'offesa alla moralità pubblica, ritenuta, da questa parte, l'unico bene giuridico tutelato dalla norma.

Tra gli argomenti a sostegno della tesi che ravvisa nel pubblico scandalo l'evento costitutivo del reato, piuttosto che un mero evento condizionale, viene generalmente indicata la sua dipendenza causale dalla modalità di commissione dell'incesto<sup>53</sup>: la necessità di tale legame, dedotta dal dato testuale, contrasterebbe con l'indifferenza riscontrabile nell'art. 44 c.p. in ordine alla derivazione eziologica della condizione obiettiva di punibilità dalla condotta

---

<sup>50</sup> V. G. DE FRANCESCO, *Punibilità*, Torino 2016, 14-15; DONINI, *Le condizioni obiettive di punibilità*, cit., 596.

<sup>51</sup> V., tra gli altri, MADEO, *Reati contro la famiglia*, cit., 675; BRUNELLO, *Incesto*, in *Trattato breve di diritto penale. Parte speciale, I, I reati contro le persone*, a cura di COCCO - AMBROSETTI, Padova, 2014, 651; CADOPPI - MONTICELLI, *I delitti contro la morale familiare*, cit., 364; DOLCE, *Incesto*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, 977-978.

<sup>52</sup> Alternativamente per PISAPIA, *Incesto e relazione incestuosa*, cit., 505; cumulativamente per SPENA, *Reati contro la famiglia*, cit., 124.

<sup>53</sup> Così esplicitamente DOLCE, *Incesto*, cit., 978, PISAPIA, *op. loc. ult. cit.*; SPENA, *Reati contro la famiglia*, cit., 129; BRICOLA, *Punibilità (Condizioni obiettive di)*, cit., 598, che sottolinea come l'esclusione, in sede formale, del pubblico scandalo dall'ambito applicativo dell'art. 44 c.p. - a suo parere, desumibile dal legame causale (e psichico) tra lo stesso e le modalità dell'incesto - finisca, tramite un capovolgimento metodologico, per orientare l'interprete nell'individuazione del bene protetto, «nel senso di fare escludere, quanto meno, che l'oggetto tutelato possa essere ravvisato in certi valori morali nella cerchia del singolo gruppo familiare» (*ivi*, n. 7).

dell'agente.

Della validità di questa ricorrente applicazione del criterio diagnostico di tipo “strutturale”, si può, tuttavia, dubitare: infatti, l'indifferenza dell'art. 44 c.p. per il nesso causale tra condotta ed evento condizionale non esclude la possibilità che un tale rapporto sia richiesto all'interno della singola norma di parte speciale, che pure contempra una condizione obiettiva di punibilità.

Inoltre, il carattere necessario del rapporto di causalità tra condotta ed evento non può essere ritenuto sicuro indice della natura costitutiva, e non condizionale, di quest'ultimo, quando la necessità sia riferita ad una mera causazione materiale, senza estendersi alla verifica dei criteri normativi atti a selezionare i fattori causali penalmente rilevanti<sup>54</sup>. Ebbene, la formula impiegata nell'art. 564 c.p. si limita, appunto, a prevedere che la modalità di commissione dell'incesto costituisca un antecedente causale indispensabile – una *conditio sine qua non* – per la produzione del pubblico scandalo<sup>55</sup>. Non si può escludere, però, che quest'ultimo ne «derivi» – si noti l'impiego dello stesso verbo, generico, utilizzato nell'art. 44 c.p. – per effetto della realizzazione di un rischio che non sia stato creato o accresciuto dalla stessa condotta incestuosa e che, quindi, l'evento in questione non corrisponda allo scopo di tutela della norma, come invece

---

<sup>54</sup> Cfr. DONINI, *Le condizioni obiettive di punibilità*, cit., 596.

<sup>55</sup> V. MANNA, *Corso di diritto penale. Parte generale*, cit., 552, che sottolinea come il «nesso di consequenzialità» esistente tra la congiunzione carnale tra consanguinei ed il pubblico scandalo non sia sufficiente a far escludere che quest'ultimo possa «verificarsi anche per un fatto altrui e, pertanto, essere una condizione di punibilità». V. anche NEPPI MODONA, *Condizioni obiettive di punibilità*, cit., 8, che definisce il rapporto tra il pubblico scandalo e la condotta di incesto come un mero «rapporto di derivazione» e non come un «rapporto causale diretto». In senso analogo, v. ANTONINI, *La funzione delle condizioni obiettive di punibilità*, cit., 1291-1292, che considera quella impiegata dall'art. 564 c.p. «una formula espressiva impropria [...] che ricollega questo fatto dello scandalo alla realtà di una congiunzione carnale illecita [...] qualcosa di empiricamente verificabile, non delle semplici dicerie».

competerebbe all'evento costitutivo del reato.

A ritenere il contrario, non sembra sufficiente la precisazione che «il rapporto “causale” rilevante non deve intercorrere, semplicemente, tra l'incesto e lo scandalo, ma più specificamente, tra questo e il *modo* in cui quello è commesso»<sup>56</sup> e, cioè, che «l'incesto deve [...] esser praticato in modo da rendere prevedibile, probabile, immaginabile, che si verificherà un pubblico scandalo, che trovi in esso la sua ragione»<sup>57</sup>. Quest'opinione tende a spostare l'attenzione dai presupposti oggettivi di imputazione dell'evento-pubblico scandalo a quelli di ordine soggettivo, quasi che i primi possano considerarsi assorbiti nella prevedibilità, se non nella previsione e/o nella volontà, delle conseguenze, possibilmente o probabilmente, collegate alle modalità della condotta, queste necessariamente ricadenti nell'oggetto del dolo, a differenza del pubblico scandalo<sup>58</sup>, che può essere voluto o meno, ma non è indispensabile che lo sia.

Quest'ultima affermazione, che corrisponde alla verifica del criterio strutturale di ordine soggettivo<sup>59</sup>, viene, per di più, condivisa anche da chi – soprattutto nella dottrina più risalente e in giurisprudenza<sup>60</sup> – considera il pubblico scandalo come evento costitutivo del reato, senza trarne, tuttavia la ragionevole conseguenza che lo stesso debba essere coperto dal dolo dell'agente o, comunque, rispondere a criteri di imputazione (anche) di tipo soggettivo. Il pubblico

---

<sup>56</sup> SPENA, *Reati contro la famiglia*, cit., 129.

<sup>57</sup> SPENA, *op. loc. ult. cit.*

<sup>58</sup> Cfr. DELOGU, *Diritto penale*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, diretto da Cian - Oppo - Trabucchi, VII, Padova, 1995, 198 ss.

<sup>59</sup> Individua nella descrizione dell'elemento soggettivo del reato il criterio distintivo tra elementi costitutivi e condizioni di punibilità, nel senso che «le condizioni, per definizione, non devono essere oggetto di dolo», MANNA, *Corso di diritto penale. Parte generale*, cit., 552.

<sup>60</sup> V. la ricostruzione di PISAPIA, *Incesto e relazione incestuosa*, cit., 507.

scandalo, nel delitto di incesto, risulterebbe, così, appartenere ad una sorta di *tertium genus*<sup>61</sup> - rispetto all'alternativa tra condizione (estrinseca) di punibilità ed elemento costitutivo del fatto - la cui natura compromissoria coincide, a ben vedere, con quella riscontrabile nella categoria delle condizioni intrinseche di punibilità, tradendo, come quest'ultima, la tendenza a voler sottrarre alla prova del dolo elementi difficilmente dimostrabili, eppure incidenti sul disvalore del fatto<sup>62</sup>.

La qualificazione del pubblico scandalo come evento tipico del reato di incesto, previsto dall'art. 564 c.p., risulta, comunque, opinabile, anche quando ad essa si accompagni il riconoscimento della necessità che tale evento sia coperto da dolo<sup>63</sup>, anche eventuale<sup>64</sup>, o almeno da colpa dell'agente<sup>65</sup>.

Innanzitutto, non sembra corretto ritenere che il contenuto di disvalore del fatto incriminato si accentri nell'offesa alla moralità pubblica: oltre a richiamare le ragioni già esposte, che inducono a prendere in considerazione, al riguardo, il bene della morale familiare - pur escludendo che esso possa costituire,

---

<sup>61</sup> Criticamente PISAPIA, *op. loc. ult. cit.*

<sup>62</sup> Da questo punto di vista, potrebbe condividersi l'affermazione di PISAPIA, *Incesto e relazione incestuosa*, cit., 505, n. 6, secondo cui «il contrasto della dottrina non risiede tanto nell'interpretazione del requisito della scandalosità richiesta dall'art. 564, quanto nella nozione di “condizione obiettiva di punibilità”: argomento sul quale non si sono ancora raggiunte conclusioni definitive».

<sup>63</sup> V., per tutti, MADEO, *Reati contro la famiglia*, cit., 675-676.

<sup>64</sup> V., in particolare, CADOPPI - MONTICELLI, *I delitti contro la morale familiare*, cit., 365; SPENA, *Reati contro la famiglia*, cit., 133.

<sup>65</sup> In proposito, v. GIULIANI, *Il problema giuridico delle condizioni di punibilità*, Padova 1966, 156 ss., che - sostenendo la natura processuale di (tutte) le condizioni (v. *infra* n. 76) - esclude la possibilità di qualificare il pubblico scandalo come evento del delitto di incesto, proprio in ragione dei corollari derivanti dalla necessaria imputazione soggettiva di tale elemento: vale a dire la non configurabilità della fattispecie nel caso in cui lo scandalo si verifichi per caso fortuito o forza maggiore e, soprattutto, la scarsa probabilità della volontaria causazione dello scandalo da parte dei soggetti incestuosi - o, comunque, la difficile verificabilità empirica di una tale volontà -, a cui conseguirebbe, di fatto, l'inutilità dell'art. 564 c.p., destinato a restare del tutto inapplicato.

attualmente, un legittimo oggetto di tutela penale –, si può osservare che, ad affermare il contrario, si finisce per sovrapporre lo scopo di tutela della norma incriminatrice dell'incesto a quello della fattispecie di atti osceni<sup>66</sup> – oggi, peraltro, giustamente depenalizzata<sup>67</sup> –, non a caso collocata tra i delitti contro la moralità pubblica, a differenza della prima<sup>68</sup>.

Non va trascurata, infine, l'indeterminatezza e la difficile verificabilità empirica del requisito del «pubblico scandalo», da intendersi come una diffusa reazione di repulsione e di sdegno nei confronti del fatto incestuoso. E, infatti, la scandalosità dell'incesto non può essere ridotta alla mera notorietà dello stesso<sup>69</sup>, fra un numero indeterminato di persone, perché ciò significherebbe confondere la pubblicità dello scandalo con la pubblicità del rapporto incestuoso<sup>70</sup>, in contrasto con la lettera della norma: facendo coincidere il pubblico scandalo con la mera conoscenza pubblica del fatto, non (necessariamente) accompagnata da un giudizio di disgusto e di riprovazione, «si finirebbe per sostituire con una massima di esperienza l'effettiva condizione psicologica in cui vengono a

---

<sup>66</sup> Già CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte speciale*, cit., 584, a proposito dell'incesto tra soggetti adulti e consenzienti, che risultasse direttamente scandaloso, pur ammettendo che il fatto dovesse essere punito, osservava che «per punirlo non vi è bisogno di porre nel Codice penale il titolo dell'incesto, essendovi quello dell'*oltraggio pubblico al pudore* [...] del quale l'incestuosità può costituire un'aggravante».

<sup>67</sup> Per i rilievi critici formulabili in ordine all'incriminazione degli atti moralmente oltraggiosi, v. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 217 ss.

<sup>68</sup> Infatti c'è chi, collegando la dimensione offensiva dell'incesto al bene della moralità pubblica, ritiene che la collocazione sistematica dell'art. 564 c.p. sia «a tutt'oggi un "peccato d'origine" della fattispecie, che ne rende dubbia la natura e il relativo bene giuridico», v. CADOPPI - MONTICELLI, *I delitti contro la morale familiare*, cit., 341.

<sup>69</sup> Così MADEO, *Reati contro la famiglia*, cit., 674; ROMANO, *L'incesto: è ancora in grado di suscitare pubblico scandalo?*, in *Giur. mer.*, 1998, 867; CADOPPI - MONTICELLI, *op. ult. cit.*, 367; *Contra* SPENA, *Reati contro la famiglia*, cit., 124; PISTORELLI, *Delitti contro la morale familiare*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Zatti, vol. IV, *Diritto penale della famiglia*, a cura di Riondato, cit., 440.

<sup>70</sup> V. MADEO, *I delitti di incesto: incesto e relazione incestuosa*, cit., 72.

trovarsi gli appartenenti alla collettività, una volta che siano stati resi edotti dell'incesto»<sup>71</sup> e, in tal modo, si svuoterebbe di significato il termine «scandalo», che figura nel testo normativo. Perché quest'ultimo sia rispettato – in ossequio all'esigenza di stretta legalità, che permea di sé la materia penale – deve, piuttosto, riconoscersi che la sussistenza del pubblico scandalo non possa prescindere dalla diffusa reazione emotiva all(a notizia dell)' avvenuto incesto. Tale reazione, inoltre, dev'essere effettiva e non meramente potenziale<sup>72</sup>, altrimenti il legislatore avrebbe utilizzato l'espressione «in modo che ne possa derivare» e non «in modo che ne derivi».

Dunque, indipendentemente dalla collocazione ad esso attribuita in rapporto alla struttura del reato – salve, ovviamente, le conseguenze derivanti da tale scelta (anche) nella sede processuale<sup>73</sup> – l'applicazione dell'art. 564 c.p. non può prescindere dalla prova del pubblico scandalo, con tutte le difficoltà inevitabilmente connesse alla dimostrazione di uno stato d'animo, che, per di più dev'essere condiviso da un numero indeterminato di persone<sup>74</sup>. E questa difficoltà, che si risolve in danno della certezza del diritto e del rispetto del principio di uguaglianza, con evidenti ricadute sulla tutela della libertà individuale, risulterebbe ancora più grave, nel caso in cui il pubblico scandalo venisse concepito come vero e proprio fulcro dell'incriminazione, in cui si concentra il disvalore

---

<sup>71</sup> ROMANO, *L'incesto: è ancora in grado di suscitare pubblico scandalo?*, cit., 867.

<sup>72</sup> V., per tutti, MERZAGORA, *Incesto*, cit., 328; PISAPIA, *Incesto e relazione incestuosa*, cit., 506.

<sup>73</sup> Sul punto, v., in particolare, MADEO, *I delitti di incesto: incesto e relazione incestuosa*, cit., 70.

<sup>74</sup> In ragione di tale difficoltà probatoria, PISTORELLI, *Delitti contro la morale familiare*, cit., 439-440 ritiene che l'indagine giudiziale, una volta rilevata la notorietà dell'incesto, debba rivolgersi alla verifica della “non anormalità” del contesto socio-culturale in cui il fatto è stato commesso, divenendo pubblico: laddove non si registrino situazioni di particolare degrado, dovrà riconoscersi come realizzata l'effettiva offesa al comune senso etico, “normalmente” violato dalla notizia di un incesto.



d'evento del fatto tipico<sup>75</sup>.

4. *Considerazioni conclusive e spunti de lege ferenda.* Come si è accennato, la constatazione della natura intrinseca del pubblico scandalo nel delitto di incesto, quale condizione obiettiva di punibilità, corrisponde al riconoscimento di un significativo profilo di illegittimità dell'art. 564 c.p. Coerentemente, in una prospettiva *de lege ferenda*, per esso dovrebbero valere gli argomenti che, in tale materia, inducono ad auspicare un adeguato intervento riformistico, diretto a superare i limiti connaturati, sul piano della stretta legalità, ad interpretazioni variamente "correttive" del dato testuale. La riforma dovrebbe incidere tanto sull'istituto di parte generale, di cui all'art. 44 c.p., quanto sulle norme di parte speciale che vi danno attuazione, con riferimento ad elementi afferenti alla dimensione offensiva del fatto incriminato.

---

<sup>75</sup> V. ROMANO, *L'incesto: è ancora in grado di suscitare pubblico scandalo?*, cit., 867-868, che dalla centralità del requisito del pubblico scandalo, inteso come elemento normativo-valutativo, attinto dalla coscienza sociale, deduce il prevedibile tramonto della fattispecie, in ragione dell'«evoluzione dei costumi nel laborioso itinerario della storia».

E, infatti, nonostante gli sforzi ermeneutici tendenti a negare<sup>76</sup> o a correggere<sup>77</sup>, nella sede applicativa, i profili di illegittimità delle condizioni obiettive di punibilità, la permanenza, nelle norme positive, di condizioni come quella del pubblico scandalo nel delitto di incesto finisce per operare come «una sorta di cavallo di Troia della responsabilità oggettiva, offrendo all'interprete la possibilità di espellere quasi *ad libitum* dall'oggetto del dolo taluni elementi costitutivi del fatto di reato»<sup>78</sup>. Per evitare che ciò avvenga, la “cattiva coscienza” dell'interprete – che imprescindibili ragioni di garanzia suggeriscono di mettere in conto<sup>79</sup> –

<sup>76</sup> In tal senso vengono in rilievo, anzitutto, le tesi che assegnano alle condizioni obiettive di punibilità una funzione garantistica, restrittiva della punibilità e, in ultima analisi, sostanzialmente deflattiva, anche in via di temperamento degli eccessi di tutela potenzialmente derivanti dal principio di obbligatorietà dell'azione penale. Così NEPPI MODONA, *Condizioni obiettive di punibilità*, cit., 11; e, sul presupposto di un rifiuto delle condizioni di punibilità intrinseche, D'ASCOLA, *Punti fermi e aspetti problematici delle condizioni obiettive di punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 663 ss.; G. DE FRANCESCO, *Punibilità*, cit., 24; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 784; MARINUCCI - DOLCINI, *Corso di diritto penale*, I, 3<sup>a</sup> ed., Milano, 2001, 653 ss. Per COCCO, *Condizioni oggettive di punibilità (44) (e soglie di punibilità)*, in *Trattato breve di diritto penale. Parte generale, II, Punibilità e pene*, a cura di COCCO - AMBROSETTI, Padova, 2018, 98 ss., che parimenti disconosce la categoria delle condizioni intrinseche di punibilità, l'istituto disciplinato dall'art. 44 c.p. «condivide fondamento e collocazione dogmatica con gli istituti della punibilità quale elemento autonomo della teoria del reato [...] che è il principio di sussidiarietà esterna». V., inoltre, GIULIANI, *Il problema giuridico delle condizioni di punibilità*, cit., 119 ss., 185 ss., che risolve l'intera categoria delle condizioni di punibilità in quella delle condizioni di procedibilità, finendo, così, per disconoscere la natura sostanziale (anche) di eventi condizionanti connotati da contenuto offensivo. E, di recente, CORNACCHIA, *La punibilità sub condizione*, in *Legisl. pen.*, 12 dicembre 2017, 30, che considera le condizioni obiettive di punibilità come «elementi esterni al reato, ma funzionali a una valutazione teleologica dello stesso in termini di utilità».

<sup>77</sup> Il più noto correttivo ermeneutico è quello proposto da ANGIONI, *Condizioni di punibilità e principio di colpevolezza*, cit., 1440 ss., che, riconoscendo la categoria delle condizioni di punibilità intrinseche, ne postula l'imputazione a titolo di colpa. Aderisce a tale orientamento ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., 478. Ne riconosce la praticabilità, tenuto conto del tenore letterale dell'art. 44 c.p., che, in rapporto alle condizioni ivi disciplinate, escluderebbe il dolo, ma non la colpa, MANNA, *Corso di diritto penale. Parte generale*, cit., 552-553.

<sup>78</sup> DOLCINI, *Responsabilità oggettiva e principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 873.

<sup>79</sup> Mette in guardia dalla possibilità che «la fiducia nella diffusione dell'interpretazione liberal-garantistica delle norme penali» blocchi «un intervento riformatore diretto a recepire anche sul piano della forma l'indispensabile adeguamento del sistema penale al principio di colpevolezza» GROSSO, *Responsabilità penale personale e singole ipotesi di responsabilità oggettiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 411. Del resto, il carattere inevitabilmente relativo delle soluzioni interpretative al problema della legittimità delle condizioni obiettive di punibilità è dimostrato dal fatto che la stessa Corte costituzionale, in Corte cost.,

dev'essere preventivamente neutralizzata dall'ineludibile coerenza del dato normativo ai principi costituzionali. E ciò può avvenire soltanto attraverso un'opportuna riforma, ad opera del legislatore.

Questa soluzione, che vale in generale per le norme che contengono condizioni di punibilità intrinseche, meriterebbe un adeguato approfondimento, da rinviare ad altra sede, anche perché esso non risulta strettamente necessario, con specifico riferimento all'art. 564 c.p., dal momento che, rispetto a quest'ultima previsione, le esigenze di riforma, collegate alla natura giuridica del pubblico scandalo, vengono inevitabilmente superate dalle ragioni che, nella medesima prospettiva *de le ferenda*, sconsigliano di mantenere la stessa incriminazione dell'incesto.

Tali ragioni scaturiscono fondamentalmente dall'obsolescenza del bene giuridico tutelato dalla norma, che - com'è emerso dall'indagine svolta e stando all'impianto del codice penale del 1930 - può essere identificato, in via principale, nella morale familiare, essenzialmente riferita alla sfera sessuale e, in particolare, al principio di asessualità nei rapporti parentali. Si tratta di un interesse che, in un ordinamento da stato sociale di diritto, dove trovano riconoscimento e garanzia la libertà morale dell'individuo e il suo diritto all'autodeterminazione, non può costituire un legittimo oggetto di tutela penale: in un simile ordinamento, le valutazioni penalistiche non possono fondarsi su giudizi di disapprovazione morale più o meno condivisi.

---

sent. 15-16 maggio 1989, n. 247, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 1194 ss., occupandosi di una disposizione, allora vigente, contenuta nella legge sulla repressione dell'evasione fiscale - in particolare, l'art. 4, n. 7 della legge 7 agosto 1982, n. 516 -, venne applicando in maniera (volutamente) contraddittoria i principi enucleati soltanto l'anno precedente - con la sentenza n. 1085/1988, citata *supra* n. 45 - in tema di rapporti tra condizioni di punibilità e contenuto offensivo del reato.

Peraltro, la correlazione esistente tra il bene giuridico direttamente tutelato dalla norma e quello – che ne rappresenta la proiezione in senso pubblicistico – a cui si ricollega l'evento condizionante marginalmente offensivo, costituito dal pubblico scandalo, consente di estendere a quest'ultimo le argomentazioni concernenti l'impossibilità di ricondurvi valide esigenze di protezione penale. Se a ciò si aggiunge l'impossibilità di rapportare l'incriminazione dei rapporti sessuali tra parenti (e affini), al di fuori di ipotesi di abuso, di violenza o di inganno, alla protezione di un diverso bene giuridico, identificabile come legittimo oggetto di tutela penale, non resta che auspicare l'abolizione della fattispecie di incesto, nel quadro di una più ampia revisione dei delitti contro la famiglia<sup>80</sup>.

---

<sup>80</sup> Per un auspicabile ridimensionamento del ruolo della famiglia come oggetto di tutela penale, in cui il rapporto familiare serva unicamente a qualificare apposite sottofattispecie, rispetto ad ipotesi generali poste a tutela della persona, della fede pubblica, del patrimonio, v. MOCCIA, *Qualche riflessione sulla tutela penale della famiglia*, cit., 71 ss.