

QUESITI

ADELMO MANNA

Il delitto di incesto: tra foro interno e foro esterno

L'Autore si interroga sulla rilevanza penale del delitto di incesto, giacché non risulta assolutamente agevole individuare un bene giuridico degno di tutela penale soprattutto se orientato alla Costituzione e alla normativa sovranazionale, nonostante interventi di segno contrario della Corte costituzionale italiana, di quella tedesca - in cui, però, bisogna tener conto della *dissenting opinion* del giudice prof. Hassemer - nonché della Corte EDU. In particolare, viene esaminata la approfondita e dotta opinione contraria del collega di Martino, oggetto, però, di confutazioni, soprattutto nella misura in cui se dalla letteratura medica e psicologica analizzata, emerge la possibilità di danni fisiopsichici per il *partner* "succube" e per gli eventuali nascituri, l'Autore fa presente che già esiste un tradizionale presidio penale, cioè a dire il delitto di lesioni personali. A ciò si aggiunga, infine, per quanto attiene alla possibile lesione della libertà di autodeterminazione sessuale, laddove l'incesto avvenga nei confronti di un minore, la sussistenza già di una fattispecie incriminatrice *ad hoc*, cioè l'art. 609-*quater* c.p. a conclusione cui, quindi, giunge l'Autore è quella per cui il delitto di incesto non fa che rafforzare un tabù esistente sin dai popoli primitivi nell'inconscio individuale e collettivo, per cui l'intervento del diritto penale rischia di andare a rafforzare il c.d. foro interno e non già, come invece dovrebbe essere ontologicamente, il c.d. foro esterno.

The crime of incest: between internal and external forum

*The author questions the criminal relevance of the crime of incest, since it is not absolutely easy to identify a legal asset worthy of criminal protection, especially if oriented to the Constitution and supranational legislation, despite interventions of contrary sign by the Italian Constitutional Court, of that German - of which, however, we must take into account the dissenting opinion of the judge prof. Hassemer - as well as of the ECtHR. In particular, the in-depth and learned contrary opinion of Martino's colleague is examined, subject, however, to refutations, especially to the extent that if from the medical and psychological literature analyzed, the possibility of physiopsychic damage emerges for the "succubus" partner and for the possible unborn children, the Author points out that a traditional criminal defense already exists, that is, the crime of personal injury. Finally, as regards the possible infringement of the freedom of sexual self-determination, where incest occurs against a minor, there is already an ad hoc incriminating case, that is, art. 609-*quater* of the Criminal Code the conclusion reached by the author, therefore, is that the crime of incest only reinforces a taboo that has existed since primitive peoples in the individual and collective unconscious, for which the intervention of criminal law risks reinforcing the CD internal forum and not, as it should be ontologically, the so-called external hole*

SOMMARIO: 1. Introduzione: riflessioni sul bene giuridico tutelato. - 2. L'incesto nell'antropologia e nella psicoanalisi. - 3. La giurisprudenza della Corte costituzionale italiana, tedesca e della Corte EDU, nonché cenni alle più rilevanti legislazioni penali in materia. - 4. La possibile irrilevanza penale dell'incesto, in rapporto alla "crisi" del concetto di famiglia naturale. la protezione, in ogni caso, della

sfera sessuale del minore attraverso la previsione dell'art. 609-*quater* c.p. - 5. Opinioni favorevoli e contrarie alla decriminalizzazione dell'incesto, con particolare riguardo alla posizione negativa, ma complessa e variegata, del collega di Martino. - 6. Le possibili obiezioni formulabili in rapporto alla complessa tesi del di Martino. - 7. Conclusioni.

1. *Introduzione: riflessioni sul bene giuridico tutelato.* Il delitto di incesto è previsto nell'ambito dei delitti contro la morale familiare, ma dobbiamo subito constatare che si è verificata una progressiva desuetudine dell'incriminazione¹, che già appare in contrasto con il principio di effettività² della tutela penale come una delle condizioni fondamentali che sorreggono la legittimità della incriminazione, ovviamente in una prospettiva cosiddetta funzionalista³ del diritto penale medesimo.

Ciò ridonda anche in rapporto allo stesso bene giuridico, giacché la morale familiare appare quasi un succedaneo della moralità pubblica, e comunque esprime evidentemente una concezione sul punto eticizzante della stessa tutela penale, per cui appare preferibile un'opera di "concretizzazione" dello stesso bene giuridico, riprendendo in ciò quanto a suo tempo affermato dalla stessa Corte costituzionale, nel senso che l'incriminazione dell'incesto dovrebbe svolgere la funzione di prevenire i perturbamenti che alla famiglia possono derivare da rapporti sessuali di componenti diversi dai coniugi⁴.

In argomento, si pone quindi un problema strettamente collegato, di carattere dogmatico, cioè a dire se l'inciso "in modo che ne derivi pubblico scandalo" costituisca l'evento del reato, oppure una condizione obiettiva di punibilità⁵.

Dietro questa questione si cela un importante problema di carattere valoriale, giacché, se l'inciso in esame dà luogo ad una condizione obiettiva di punibilità, ne consegue che l'incesto, almeno secondo l'opinione tradizionale, costituirebbe di per sé già reato; ma ciò non può che esprimere una concezione assolutamente eticizzante del reato stesso, perché il valore penale sarebbe collegato ad una valutazione negativa da un punto di vista etico del rapporto sessuale tra consanguinei. Ecco, quindi, la ragione per cui apparirebbe preferibile la tesi secondo cui il pubblico scandalo costituisca in realtà l'evento del reato, così interpretando la norma in senso maggiormente

¹ In argomento, BONFIGLIOLI, *sub art. 564 c.p., Codice della famiglia*, a cura di Sesta, Milano, 2011, II, 2369 ss.; CERASE, *Incesto tra affini e ragionevolezza negata*, in *Giur. cost.*, 2000, 4066 ss.; ROMANO F., *L'incesto: è ancora in grado di suscitare pubblico scandalo?*, in *Giur. mer.*, 1998, 866 ss.; per un'analitica esposizione della dottrina e della giurisprudenza, cfr. LEO, *sub art. 564, in Codice penale commentato*, diretto da Dolcini-Gatta, 5ª, Milano, 2021, III, *Artt. 452 bis - 649 bis*, 654 ss.;

² Cfr. in argomento, in particolare PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale*, Napoli, 2011.

³ Cfr. in argomento, soprattutto ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, Napoli, 1998.

⁴ Corte cost., n. 518 del 2020.

⁵ Di recente e in maniera condivisibile, sul tema, COCCO, *La punibilità. Quarto elemento del reato*, Milano, 2017.

orientato al principio di laicità, ma, a nostro sommo giudizio, non in modo del tutto convincente⁶.

A ben considerare, infatti, proprio il pubblico scandalo, seppur inteso come evento del reato, mostra proprio l'intendimento del codice penale Rocco e, quindi, la collocazione del reato *de quo* nell'ambito dei delitti contro la morale familiare, in quanto evidentemente per il legislatore del 1930 il disvalore penale s'incentrerebbe in tal guisa nel turbamento che l'incesto, solo se esteriorizzato, potrebbe suscitare nei confronti dei terzi e, più in generale, della pubblica opinione.

Anche qui, dunque, si pone il problema in definitiva di un diritto penale a forti tinte eticizzanti, ed è per questa ragione che riteniamo decisamente utile un approfondimento di carattere antropologico e psico-analitico sul delitto di incesto, per comprenderne meglio la *ratio puniendi* e, soprattutto, la sua giustificazione nel diritto penale della cosiddetta *post-modernità*.

2. *L'incesto nell'antropologia e nella psicoanalisi.* È noto, infatti, che secondo gli studi antropologici ed in particolare, nel caso di specie, etnologici, presso i popoli primitivi l'incesto era punito molto severamente, come reato, ma ciò non avveniva in modo uniforme. In particolare, come ci indica il Frazer⁷, si usava distinguere, ad esempio, nella Melanesia ed in Australia tra il matrimonio fra cugini incrociati, considerato in genere lecito, e quello invece tra cugini paralleli che, al contrario, risultava comunemente proibito. Ciò era dovuto al fatto che, laddove una comunità risultasse divisa in due classi esogamiche, i cugini paralleli, cioè figli di due fratelli e/o sorelle, appartengono necessariamente alla medesima classe esogamica, per cui soggiacciono al divieto di sponsali, giacché, altrimenti, infrangerebbero la legge fondamentale che proibisce a tutti i membri della stessa classe esogamica di sposarsi tra loro. Più in particolare, nelle società totemiche - tra cui l'Asia, l'Africa e l'America - nel mondo antico, la regola dell'esogamia è pressoché totale, nel senso che a nessun uomo è consentito di sposare una donna che appartenga al suo clan totemico.

Questa legge fondamentale proibisce quindi il matrimonio fra fratelli e sorelle, proprio in quanto discendono necessariamente dallo stesso clan ereditario. Da quanto sopra si può chiaramente ricavare la funzione del divieto dell'incesto, che infatti nei popoli primitivi era considerato fra i reati più gravi, cioè quella per cui, proibendo il matrimonio nell'ambito dello stesso clan esogamico, oppure totemico, s'intendeva evidentemente evitare una chiusura all'interno dello stesso clan, che avrebbe, così impedito i contatti con clan diversi; da cui il divieto degli sponsali, in particolare fra fratello e sorella.

Da queste sintetiche notazioni, si comprende, dunque, agevolmente che la funzione penalizzante dell'incesto era quella di consentire lo scambio tra diverse tribù, che

⁶ In tal senso, FIANDACA- MUSCO, *Diritto penale, parte speciale, I delitti contro la persona*, 5^a, Bologna, 2020, spec. 421-422.

⁷ FRAZER, *Matrimonio e parentela*, a cura di Guidorizzi, Milano, 2019, 129 ss. e spec. 155 ss.

invece sarebbe stato fortemente limitato, laddove gli sponsali fossero avvenuti nell'ambito di uno stesso, circoscritto clan totemico.

Il tabù dell'incesto è rimasto, per dirla con Carl Gustav Jung, nell'inconscio collettivo⁸ della popolazione umana, tanto è vero che lo stesso tabù è stato spiegato dal padre della psico-analisi, cioè a dire Sigmund Freud, nel senso che “la prima scelta dell'oggetto sessuale da parte del bambino è incestuosa, si indirizza su oggetti rigorosamente proibiti, la madre e la sorella”⁹.

Tanto ciò è vero che il rapporto con i genitori, dominato dal desiderio dell'incesto, è considerato dalla psicoanalisi: “il complesso nucleare della nevrosi”. Ciò, quindi, dimostra come l'incesto costituisca un tabù, ovvero una proibizione di carattere ancestrale, sia a livello individuale, che sociale, che si è tramandata dai popoli primitivi, nel corso del tempo, sino alla *post-modernità*, ma che, a ben considerare, possiede la medesima funzione, perché, laddove si ammettessero i rapporti sessuali tra madre, sorella e figlio, oppure tra figlia e padre, oppure fra figlia e zio materno, si impedirebbe a tutt'oggi la possibilità di uno scambio *extra-familiare*, che sarebbe appunto ostacolato laddove si ammettesse un rapporto carnale fra consanguinei.

Ciò che, tuttavia, intendiamo rimarcare, proprio ai fini della proibizione penale, è che l'incesto, costituendo, appunto, un tabù, che si dimostra veritiero anche perché molto spesso la prima scelta dell'uomo risiede nei confronti di una donna, non a caso, molto simile anche alle fattezze morfologiche della madre e così, all'opposto, succede per la donna, è che l'incesto costituisce una norma così interiorizzata da porre il problema se sia necessario o no aggiungere ad essa una proibizione che non attiene più al foro interno, bensì a quello esterno, cioè appunto, al diritto penale.

3. *La giurisprudenza della Corte costituzionale italiana, della Corte Costituzionale tedesca e della Corte EDU; nonché cenni alle più rilevanti legislazioni penali in materia.* A questo proposito, può essere interessante valutare l'orientamento in materia della Corte Costituzionale italiana, di quella tedesca e della Corte EDU, perché siamo persuasi che dal loro orientamento si possano trarre significative conferme di quanto sinora abbiamo esposto.

Iniziamo dalla Corte Costituzionale italiana che, nel 2000, si è espressa sulla legittimità della previsione, come delitto, dell'incesto, a causa, però, del suo “valore simbolico”, quale presidio dell'istituzione familiare; valore, evidentemente, considerato così pregnante da giustificare, anche in chiave di legittimità costituzionale, l'intervento del legislatore penale nel campo del c.d. ordinamento sessuale della famiglia¹⁰.

⁸ JUNG, *Gli archetipi dell'inconscio collettivo*, a cura di Schanzer - Vitolo, Milano, 1977.

⁹ FREUD, *Totem e tabù - Concordanze nella vita psichica dei selvaggi e dei nevrotici*, intr. di Kerényi, Torino, 1969 (1 ed. tedesca 1912-1913), 29 ss. e spec. 48-49.

¹⁰ Corte cost., 21 novembre 2000, n. 218, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 1590, con nota di SPANGHER, *Incesto tra suocero e nuora*, in argomento, v. anche CANDIOTTO, *Delitti contro la morale familiare e delitti in materia di adozione*, in *Trattato di diritto di famiglia - Le riforme*, III, diretto da Zatti, Milano, 2019,

A riprova di quanto in precedenza affermato, la sentenza della Corte Costituzionale suscita francamente quale riserva, nella misura in cui appare risultare anch'essa intrisa di una visione eticizzante, laddove identifica nella punizione dell'incesto un "valore simbolico", seppure quale presidio dell'istituzione familiare.

In altri termini, evidentemente i giudici della Corte non si sono interrogati su di un problema invece, a nostro avviso, decisivo, cioè a dire in quale misura lo Stato possa ingerirsi sull'autonoma determinazione a livello sessuale di due adulti consenzienti, impedendo loro di intessere una relazione, a tutela della medesima famiglia, cui pur tuttavia quegli stessi soggetti appartengono.

Anche la Corte costituzionale tedesca è stata chiamata a pronunciarsi circa la legittimità costituzionale della norma che sanziona l'incesto (par. 173 StGB), ovvero sia la congiunzione carnale tra parenti¹¹.

Per ben comprendere la sentenza della Corte Costituzionale tedesca, può risultare interessante fare riferimento al caso concreto, proprio per i suoi aspetti peculiari, che, almeno a nostro avviso, avrebbero potuto condurre ad una pronuncia di tipo assai diverso.

Il ricorrente, collocato in affido al di fuori della propria famiglia all'età di soli 3 anni, a quella, invece, di circa 25 incontra la sorella, all'epoca sedicenne, che era rimasta presso la madre, con la quale instaura per la prima volta una relazione. Dopo un anno, alla morte della madre, i figli iniziano addirittura una convivenza *more uxorio*, da cui nascono, nel corso degli anni, 4 figli, di cui 3 saranno dati in affido, e la più piccola, nata nel 2005, ha vissuto da allora con la madre.

Il ricorrente è stato condannato per incesto, punito fino a tre anni di reclusione, mentre la sua compagna, riconosciuta non imputabile, è stata, di conseguenza, ritenuta non punibile.

Si tratta del noto caso "Stübing c. Germany". A questo proposito va rilevato come la Corte costituzionale tedesca sostanzialmente legittimi l'incriminazione della congiunzione carnale tra parenti, in base ad una ricostruzione dei beni giuridici protetti, come soprattutto la tutela della famiglia, nonché i rischi per l'asserito *partner* più debole, sia a livello psichico per costui, sia per eventuali danni fisiopsichici per i possibili nascituri. Queste argomentazioni sono tuttavia ritenute fallaci dal giudice Hassemer nella sua *dissenting opinion*, in quanto, in sintesi, il chiaro Autore ritiene in primo

passim, PALERMO FABRIS, PRESUTTI, RIONDATO, *Diritto penale della famiglia e dei minori*, Milano, 2019, p. 158 ss.

¹¹ BvG, 26 febbraio 2008, in 2 BvR 392/07, con traduzione italiana a cura di Dodaro, Dova, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 2091 ss. Va, però, menzionata l'importante opinione dissenziente del giudice Winfried Hassemer, *leader* della Scuola penalistica di Francoforte e, non a caso, unico penalista nel Collegio giudicante, su cui cfr., *L'opinione dissenziente del giudice Hassemer alla decisione del secondo Senato del 26.02.2008*, in *ibid.*, p. 2103 ss., con trad. di DODARO e DOVA; sulla sentenza della Corte costituzionale tedesca v., da ultimo, la nota, parzialmente critica, di DODARO, *La Corte costituzionale tedesca e l'incesto tra fratelli maggiorenni tra divieti culturali universali, incertezze della scienza e pretese dei diritti*, in *ibid.*, 2115 ss.

luogo che la tutela della famiglia non rientri nell'ambito della protezione della fattispecie di cui al par. 173, comma 2, StGB, né appare fondato il richiamo ad eventuali danni psichici per il *partner* più debole, perché non è assolutamente dimostrato non solo che esista un *partner* più debole, ma anche, e conseguentemente, che si possano provare danni fisiopsichici nei confronti di quest'ultimo. Né appare convincente il richiamo a supposti danni fisiopsichici per eventuali nascituri, non solo perché non è detto che dalla congiunzione carnale nascano figli, e soprattutto, in quanto la base empirica di tali danni fisiopsichici non è ancora sufficientemente dimostrata. Per questo complesso di ragioni, il chiaro Autore ritiene, in definitiva, che con l'incriminazione *de quo* si vada, in realtà, a punire una concezione morale esistente o solo supposta, ma non già un concreto bene giuridico¹². Il condannato, dopo aver ricorso senza successo alla Corte costituzionale tedesca, si è rivolto, quindi, alla Corte EDU¹³.

La Corte approva sostanzialmente la posizione dello Stato tedesco, pur se riconosce - ed il dato risulta di notevole importanza - che il relativo procedimento penale abbia interferito sulla vita privata del ricorrente. Quest'ultimo, infatti, non solo aveva dubitato che l'interferenza potesse considerarsi legittima e sul punto sembra che la Corte EDU gli dia ragione ma osserva altresì che numerosi Paesi europei non criminalizzano l'incesto, in particolare tra fratelli ed, inoltre, che le ragioni fondate su ipotetici danni genetici alla prole che potrebbero derivare da rapporti incestuosi, non appaiono scientificamente solide, ed infine, che l'obiettivo della tutela della famiglia, proprio nel caso di contesti familiari come quello in esame, così largamente "disfunzionali", non appare di certo congruo e pertinente.

La Corte EDU, a sua volta, premette che, laddove lo Stato intervenga su aspetti intimi della vita privata, ha però il dovere di applicare i parametri di necessità e proporzionalità e ciò in modo particolarmente rigoroso. Se, tuttavia, su questioni che attengono all'etica, soprattutto *laddove tra i vari Stati europei non sussista un orientamento condiviso*, il margine di manovra degli Stati non può non ampliarsi per dar modo allo Stato stesso di interpretare, nel modo più fedele possibile, "*il sentire della popolazione*".

¹² HASSEMER, *op. cit.*, 2109. Circa la sussistenza del pericolo per i bambini nati da un rapporto incestuoso di danni rilevanti a causa dell'elevata probabilità di accumulazione dei caratteri ereditari recessivi, si rileva, però, l'autorevole obiezione presente nella letteratura penalistica, circa la mancanza di validità empirica di tale assunto: cfr., in particolare, ROXIN, *Strafrecht, AT, 4° Aufl.*, Berlin, 2006, 27. D'altro canto, anche nella letteratura italiana, va sottolineata la critica finale del DODARO, *op. ult. cit.*, 2136, secondo il quale la Corte costituzionale tedesca avrebbe respinto la questione senza un'adeguata motivazione ed attraverso la semplice "rimozione autoritaria del dubbio": per quest'ultima espressione cfr. D'AMICO, *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, Messina, 2008, 183.

¹³ Stübing c. Germany, n. 43547/08, 12 aprile 2012; in argomento, DE STEFANI, *Rillessi penalistici della tutela della famiglia*, in *Trattato di diritto di famiglia - Le riforme, etc., cit.*, I, IV, par. 6, 81 ss. e, *quivi*, 93-94.

In conclusione, se la criminalizzazione dell'incesto fra fratelli è presente in 24 Paesi sui 44 presi in considerazione, secondo la Corte EDU, il comportamento sarebbe "ovunque" riconosciuto come un "disvalore", il che, però, ci appare un'affermazione intimamente contraddittoria. Ciononostante, per la Corte di Strasburgo, il matrimonio tra consanguinei, compreso quello fra fratelli, di cui al caso di specie, sarebbe in ogni caso da escludersi, per cui, la condotta dello Stato tedesco non configurerebbe una violazione dell'art. 8 CEDU, ovvero sia il diritto al rispetto della vita privata e familiare.

In definitiva, anche la pronuncia della Corte EDU non può soddisfare, sia per quanto in precedenza osservato, sia perché comporta il riconoscimento di un "marginale nazionale di apprezzamento", che, tuttavia, risulta decisamente in contrasto con la concezione sovranazionale del diritto, che invece dovrebbe essere istituzionalmente difesa da una Corte Europea, per cui si può concludere nel senso che la pronuncia stessa appare condurre ad un cedimento "relativistico" o, se si preferisce, ad una "comoda" forma di accondiscendenza ad istanze che, a torto o a ragione, uno Stato considera non negoziabili¹⁴.

Analizziamo ora, da ultimo, l'orientamento in materia di incesto e la sua rilevanza penale nell'ambito dei 31 membri del Consiglio d'Europa.

Va rilevato che di essi solo 16 sanzionano penalmente la congiunzione carnale tra congiunti, mentre in 15 altri Paesi non sussiste tale previsione; il che significa, chiaramente, che l'opzione penalistica è solo di misura maggioritaria.

Tra i Paesi che considerano l'incesto come reato, vanno infatti annoverati: l'Albania, l'Austria, la Bosnia Erzegovina, la Bulgaria, la Croazia, Cipro, la Repubblica Ceca, la Finlandia, la Grecia, l'Islanda, l'Irlanda, il Liechtenstein, la Macedonia, la Moldavia, la Repubblica Slovacca e quella di San Marino.

Tra i secondi, si annoverano, invece: l'Armenia, l'Azerbaijan, il Belgio, l'Estonia, la Georgia, la Lettonia, la Lituania, il Lussemburgo, Malta, Monaco, Montenegro, Portogallo, Slovenia ed Ucraina.

A questo elenco vanno aggiunti - in base ad una ricerca effettuata dal *Max Planck Institut* per il diritto penale straniero ed internazionale di Friburgo in Brisgovia (Germania R.F.) ulteriori 8 Paesi, in cui l'incesto viene punito, cioè a dire, oltre la Germania e l'Italia, la Danimarca, la Polonia, la Romania, la Svezia, la Svizzera, la Ungheria ed il Regno Unito; mentre, fra quelli in cui non è prevista alcuna sanzione penale, si annoverano la Francia, i Paesi Bassi, la Federazione Russa, la Spagna e la Turchia.

Va, da ultimo, rilevato che in Francia, con la legge 2016-297, del 14 marzo 2016, si punisce, invero, l'incesto, in base all'art. 222-31-1 c.p., ma solo laddove avvenga mediante violenza oppure aggressione sessuale¹⁵.

¹⁴ Così, testualmente, DE STEFANI P., *op. cit.*, 95, e gli AA. *ivi* citati, cui per tanto, per maggiori approfondimenti, anche si rinvia.

¹⁵ In argomento, BELTRAME, in *Trattato di diritto di famiglia - Le riforma, etc. cit.*, *Diritto penale della*

In conclusione, anche dall'esame della legislazione dei principali Paesi europei, emerge chiaramente come non sussista un *eadem* sentire, in quanto le legislazioni nazionali che puniscono l'incesto sono pressappoco in numero equivalente a quelle che, di contro, non lo puniscono. Ciò appunto spiega - seppure non appare condivisibile, perché conduce ad una sorta di "*Inversionsmethode*" tra legislazioni nazionali e legislazione sovranazionale - l'orientamento della Corte di Strasburgo, che evidentemente, pur riconoscendo che il procedimento penale in materia d'incesto interferisce comunque sulla vita privata, evidentemente in questo stato di incertezza, non se l'è sentita di prendere nettamente posizione per un orientamento piuttosto che per l'altro, nonostante, appunto, la riconosciuta violazione dell'art 8 CEDU, preferendo invece lasciare ai singoli Stati un margine nazionale di apprezzamento, come abbiamo già ricordato, che tuttavia, almeno a nostro avviso, conferma la natura di diritto penale intriso di eticità relativo alla considerazione dell'incesto come reato, tanto è vero che la sua punizione differisce notevolmente proprio in base, evidentemente, alle c.d. *Kulturnormen*¹⁶ di ogni singolo Stato.

4. *La possibile irrilevanza penale dell'incesto, in rapporto alla "crisi" del concetto di famiglia naturale. La protezione, in ogni caso, della sfera sessuale del minore attraverso la previsione dell'art. 609-quater c.p.* La prospettiva, da noi avanzata, di una irrilevanza penale dell'incesto appare altresì funzionale alla "crisi" del concetto di famiglia naturale¹⁷, che infatti viene ormai contraddetta dal riconoscimento giuridico delle unioni di fatto, di quelle tra cittadini dello stesso sesso e così via. Ciò avviene anche a livello legislativo, non solo in Italia e, a nostro avviso, sta a dimostrare come pure la coscienza etico-sociale si sia ormai evoluta da un concetto quasi "sacrale" di famiglia naturale fondata sul matrimonio, verso il riconoscimento di unioni di tipo diverso che, seppure, ovviamente, non basate sul matrimonio *stricto sensu* inteso, tuttavia sono riconosciute dall'ordinamento giuridico quali forme ulteriori ed accettate di convivenza. In tale rinnovata prospettiva, ci sembra quindi di poter rilevare come la considerazione dell'incesto come reato, nonché la relazione incestuosa, appaiono viceversa, appartenere anch'esse ad una concezione etico-religiosa ormai superata dai tempi e dalla storia. Ciò, ben inteso, non significa però che l'eventuale decriminalizzazione dell'incesto conduca ad una totale liberalizzazione dei rapporti tra consanguinei perché, come abbiamo cercato di dimostrare in precedenza, residua comunque nel profondo della psiche umana, non solo individuale ma anche colletti-

famiglia, I, V, par. 2, 106.

¹⁶ A tal proposito, nella dottrina tedesca, MAYER M.E., *Rechtsnormen und Kulturnormen*, Berlino, 1903; tesi ripresa di recente, nella letteratura italiana, per la valorizzazione delle norme di cultura nell'ambito, in particolare, della rilevanza penale delle omissioni proprie, cfr. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, I e II, Padova, 1988; ID., "*Non evento*" e beni giuridici "relativi": spunti per una reinterpretazione dei reati omissivi propri in chiave di offensività, in *Ind. pen.*, 1989, 211 ss.

¹⁷ Cfr. in argomento, di recente, per una efficace sintesi delle diverse posizioni al riguardo, FIORI, *Famiglia naturale? Così si dividono storici e storiche*, in *La Repubblica*, 7 aprile 2019, 9.

va, il tabù dell'incesto, che, a nostro avviso, dovrebbe risultare più che sufficiente ad evitare l'ipotizzato "turbamento dell'ordine familiare", come, fra l'altro, dimostra l'assai scarso carico giurisprudenziale del delitto di cui all'art. 564 c.p., senza, quindi, la necessità che a scongiurare detto turbamento si aggiunga anche, per le ragioni sinora evidenziate, una "impropria" proibizione penale.

Residua il serio problema della tutela della libertà sessuale del minore nei confronti del consanguineo maggiorenne e, sotto questo profilo, va registrato con favore il recente intervento del collega Riondato, che ha concluso un importante incontro di studio dell'AIPDP¹⁸. Il chiaro Autore ha, infatti, giustamente condiviso la prospettiva, da noi caldeggiata, cioè quella di decriminalizzazione dell'incesto, perché, per quanto riguarda il problema della tutela della libertà sessuale dei minori nei confronti dei consanguinei maggiorenni, sussiste già una fattispecie criminosa quale, appunto, l'art. 609-*quater* c.p., introdotto con l'art. 5 della legge 15.02.1996 n. 66, che, non a caso, incrimina proprio "gli atti sessuali con minorenni". Tanto ciò è vero che il 3° comma della disposizione in oggetto si occupa proprio delle ipotesi in cui gli atti sessuali con minorenni siano compiuti da "l'ascendente, il genitore, anche adottivo", ove è prevista una pena più grave, cioè quella della reclusione da tre a sei anni, mostrando così una tutela ad ampio raggio nei confronti del minore per quanto attiene alla sua sfera di autodeterminazione sessuale.

5. Opinioni favorevoli e contrarie alla decriminalizzazione dell'incesto, con particolare riguardo alla posizione negativa, ma complessa e variegata, del collega di Martino. A livello comparatistico la punizione della congiunzione carnale fra parenti, ovviamente consensuale, di cui al par. 173 dello *StGB*, è stata giustamente criticata dal *Deutscher EthikRat*, cui fa parte anche il collega Hans-Yörg Albrecht, membro del Consiglio Etico ed ex direttore del settore criminologico del *Max-Planck-Institut* per il diritto penale straniero ed internazionale di Friburgo in Brisgovia (Germania R.F.), in quanto contrasterebbe con gli artt. 7 e 9 della Carta Europea dei diritti dell'Uomo, laddove l'art. 7 riguarda il rispetto della vita privata e familiare, nonché del domicilio e delle sue comunicazioni, mentre l'art. 9 tutela il diritto di sposarsi e di creare una famiglia. Non è un caso che il Consiglio Etico tedesco non abbia affrontato anche la tematica di cui al successivo paragrafo 174 del codice penale tedesco, che infatti punisce i rapporti sessuali, come anche soltanto il tentativo di compiere simili atti, con minori vincolati da rapporti di parentela naturale o acquisita, tenendo, appunto, conto che, nella prospettiva italiana, tale norma potrebbe benissimo rientrare nell'art. 609-*quater* c.p., che infatti non è mai stato contestato. Va, altresì, aggiunto come lo stesso collega Albrecht ritenga l'incesto costituire un tabù sociale, per cui non rappresenterebbe, in realtà, un problema attinente all'intero contesto sociale, bensì, più

¹⁸ RIONDATO, da ultimo, *Conclusioni*, in AA.VV., *La riforma dei reati in materia di famiglia*, incontro di studio AIPDP - in collaborazione con DiPLaP, Palermo, 29 ottobre 2021.

limitatamente, un “sintomo di una condizione familiare già turbata”, così riandando alla prospettiva già trattata da Sigmund Freud nel celebre volume “Totem e tabù”¹⁹.

Vanno rammentate, da ultimo, le argomentazioni di Markus M. Nöten, Direttore dell’Istituto di genetica umana di Bonn, che ritiene, a nostro avviso giustamente, come questioni di salute pubblica correlate ad eventuali relazioni incestuose non possano costituire una valida motivazione per proibire in linea di principio l’incesto²⁰.

Venendo ora alle posizioni che invece, seppure a diverso titolo, giustificano la rilevanza penale dell’incesto, va in primo luogo affrontata quella espressa dal collega Bartolomeo Romano che propone la creazione di alternative rispetto al vigente art. 564 c.p., che comunque comprendono l’incesto, seppure, appunto, in diverse forme rispetto a quella attuale.

Ciò che, tuttavia, più rileva è che comunque lo stesso Bartolomeo Romano ha cura di rilevare come la tutela penale della “morale familiare” “appare oggi estranea ad una visione coerente e moderna”²¹. Né appare convincente la soluzione adottata nel Progetto Pagliaro del 1988-1992, relativa alla punizione dell’incesto solo se qualificato da un “abuso delle relazioni familiari” giacché quest’ultimo termine risulta, in effetti, troppo generico e, pertanto, in contrasto con il principio di determinatezza e/o precisione in materia penale²².

Affrontiamo, da ultimo, l’importante prospettiva avanzata dal collega di Martino, che, in una dotta ed approfondita esposizione, ha invece affermato l’utilità della permanenza del delitto di incesto, seppure modificato già a livello di bene giuridico tutelato²³. Egli, infatti, ritiene in tale prospettiva, giustamente, che una revisionata fattispecie di incesto non abbia più senso che venga lasciata tra i delitti contro la morale familiare ma sostiene, invece, che sia più adeguato inserirla nell’ambito della “personalità individuale”, in quanto andrebbe concretamente a proteggere la libertà di autodeterminazione in materia sessuale. Egli, quindi, afferma che debba essere correlativamente modificato anche l’attuale art. 609-*quater* c.p. Già questa nuova collocazione del delitto di incesto suscita, però, taluni rilievi critici perché, nell’inserimento fra i delitti contro la personalità individuale e quindi evidentemente ove il bene giuridico protetto risulta la libertà di autodeterminazione sessuale, se si tratta di un mi-

¹⁹ Sia consentito sul punto il rinvio a MANNA, da ultimo, *Intervento*, in AA.VV., *La riforma dei reati in materia di famiglia, etc., loc. ult. cit.*; nonché, più ampiamente, già in AIPDP, *Progetto di riforma del codice penale parte speciale-Gruppo per la riforma dei reati contro la famiglia e contro l’onore, Riforma del codice penale in materia di famiglia e formazioni sociali esistenziali, allegato in tema di incesto*, 14 maggio 2019, 23 ss. e, *quivi*, 31.

²⁰ Cfr., a questo proposito, DAL BO, *Incesto e il reato*, in *Il Fatto*, 30 settembre 2014.

²¹ ROMANO B., *Proposte di riforma nei delitti contro la sfera sessuale della persona*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 29 novembre 2018, spec. 9-10.

²² Sul Progetto in analisi cfr. PAGLIARO A., *Principi di diritto penale, Parte generale*, 9^a, Milano, 2020, 88 ss. e spec. 89 ss.

²³ Cfr. DI MARTINO, in AIPDP *Progetto di riforma del codice penale parte speciale etc. cit.*, p. 32 ss.; nonché, più di recente, ID., *Intervento*, in AA.VV., *La riforma dei reati in materia di famiglia etc., loc. ult. cit.*

norenne ovviamente *nulla quaestio* in quanto, appunto, sussiste già una fattispecie a tutela, overosia l'art. 609-*quater* c.p., che infatti il di Martino intenderebbe anche modificare, ma se si tratta di soggetti maggiorenni la prospettiva tracciata presuppone inevitabilmente un succube ed un incube ed in ciò sembrerebbe, quindi, quasi rivivere il modello del delitto di plagio, invece cassato a suo tempo dalla Corte costituzionale²⁴ seppure con particolare riguardo alla libertà sessuale.

Il chiaro Autore utilizza, poi, la distinzione tra incesto *biologico* ed incesto *socio-culturale*²⁵: l'incesto *biologico* viene definito dalla letteratura menzionata come contatto o tentato contatto sessuale da parte di un adulto nei confronti di un minore, quando fra costoro intercorre un legame genetico. Una meta analisi della letteratura ha mostrato interesse per questo tipo di incesto a causa della discussione sulla c.d. *inbreeding depression*, overosia l'indebolimento legato all'unione fra consanguinei, da intendersi come la ridotta sopravvivenza e capacità di riproduzione della progenie dovuta alla combinazione fra alleli recessivi deleteri²⁶.

L'incesto *socio-legale* si riferisce alla medesima condotta di cui sopra, commessa però contro figliastri, figli adottivi, figli del *partner* (da precedente unione), ed altri parenti in senso giuridico ma non biologico.

Ciò che, tuttavia, più rileva, nell'approfondito studio condotto dal collega Di Martino, è il rilievo per cui l'incesto, secondo studi psichiatrici e di scienze del comportamento, sarebbe fonte di *profondi danni psichiatrici*, per cui non costituirebbe affatto un fenomeno attinente alla sola morale o religione. A questo proposito si rileva che, successivamente alla scoperta dell'incesto, emergerebbe la possibilità di diagnosi di difficoltà emotive/comportamentali che integrano, in tutto o in parte, il disturbo *post-traumatico da stress* (PTSD). Altri corollari di tipo psichiatrico dell'incesto sarebbero costituiti da depressione clinica, disturbi d'ansia, bassa autostima, comportamenti sessualmente reattivi ed, in caso di adolescenti, abuso di "sostanze"²⁷.

L'incesto fra fratelli e sorelle risulterebbe abbastanza comune e possiederebbe comunque natura abusante, tanto che condurrebbe a danni analoghi a quelli dell'incesto tra padre e figlia/o²⁸.

Ulteriori effetti dannosi dell'incesto riguarderebbero l'autostima, cioè la negativa immagine di sé, nonché disfunzioni sessuali in età adulta, pensieri intrusivi di incesto, ri-vittimizzazione in età adulta e difficoltà nei rapporti intimi e nella fiducia.

²⁴ Corte cost., 8 giugno 1981, n. 96 in *www.giurcost.it*; in dottrina, sul delitto di plagio, sia pure prima dell'intervento della Corte costituzionale, cfr. FLICK, *Tutela della personalità nel delitto di plagio*, Milano, 1972.

²⁵ PULLMAN e altri, *Differences between biological and socio-legal incest offenders: A Meta-analysis*, Ottawa, 2017; nonché KRESANOV e altri, *Intergenerational incest aversion: self-reported sexual arousal and disgust to hypothetical sexual contact with family members*, Cambridge, 2018.

²⁶ Circa la *harmfull recessive alleles* cfr. CHARLESWORTH-WILLIS, *The genetic of Inbreeding Depression*, Edinburgh, 2009.

²⁷ Cfr. MANNARINO, *Incesto*, in *Encyclopedia of stress*, 2^a, London, 2007, 184 ss.

²⁸ OWEN BASW, *Più di un gioco tra bambini. Uno studio sull'incesto tra fratelli*, Cambridge, 1998, 15 ss.

Come rileva lo stesso Owen, infine, la maggior parte delle vittime di incesto ha subito anche una qualche forma di abuso fisico/emozionale dall'autore, che ha amplificato gli effetti nocivi dell'incesto medesimo²⁹.

Tenendo conto di tutto quanto sopra, il di Martino si sofferma soprattutto sulla punibilità, nel senso che, a suo avviso, la responsabilità penale graverebbe sull'ascendente, indipendentemente dal sesso, ed il discendente costituirebbe pressoché sempre la vittima, nel senso che, come fra fratelli e sorelle, esisterebbe sempre un prevaricatore ed un prevaricato. Se poi l'autore è un maggiorenne, a suo parere, il minore non dovrebbe mai essere punito. Naturalmente a livello sanzionatorio egli opta preferibilmente per misure terapeutiche nel contesto di una risposta differenziata al reato, soprattutto nella prospettiva della giustizia riparativa. Sarebbe raccomandabile prevedere, nel caso dei fratelli, una forma di sospensione con messa alla prova, laddove l'autore acconsenta a sottoporsi ad una terapia apposita o ad un percorso di mediazione familiare. Sotto quest'ultimo profilo, nella prospettiva della teoria generale della pena, appare condivisibile, un approccio non carcerocentrico, ma affidato a misure *lato sensu* di carattere terapeutico, anche se ci sembra ancora non dimostrato che il soggetto attivo di questa proposta di riformulazione del reato di incesto sia anche un soggetto bisognoso di terapie.

6. *Le possibili obiezioni formulabili in rapporto alla complessa tesi del Di Martino.*

Per rispondere adeguatamente ed in senso critico alle tesi propugnate in maniera davvero approfondita dal collega di Martino, a nostro avviso, dobbiamo partire dall'esistenza in ambito antropologico, effettivamente "soltanto" della teoria *biologica*, secondo cui i figli nati da rapporti consanguinei sarebbero più predisposti a malformazioni e malattie per il prevalere, in queste unioni, dei caratteri recessivi³⁰.

Come abbiamo, però, già potuto constatare, in antropologia la teoria biologica coesiste con quella della familiarità di Malinowski³¹, con la totemica di Durkheim³² e con

²⁹ LAVIOLA-LOGGI, *Sexual segregation in infancy and bi-directional benzodiazepine effects on hot-plate response and neophobia in adult mice*, in *Pharmacology, Biochemistry and Behavior*, 42(4), 1992, 865 ss.; WIEHE, *Sibling abuse: Hidden physical, emotional, and sexual trauma*. Lexington Books/D. C. Heath and Com., 1990; ABRAHAMS-HOEY, *Sibling incest in a clergy family: A case study*, in *Child Abuse & Neglect*, 18(12), 1994, 1029 ss.; FINKELHOR, *Sexually Victimized Children*, New York, 1979; nonché, nella letteratura italiana, ARGO, FRANCOMANO, SCARABBA, FARINA, DI STEFANO, PROCACCIANTI ed altri, *Incesto e ciclo dell'abuso. Aspetti clinici e medico-legali*, in *Riv. it. med. leg.*, 2010, 149 ss.; D'AMICO-MINENNA, *La violenza tra fratelli e sorelle: un problema sottovalutato*, in *Maltrattamento e abuso all'infanzia*, 2013, 2, 65 ss.; PERRUCCI, *L'incesto obbligato: consanguineità, parentela e cooperazione nella selezione del comportamento culturale*, Chieti, 1990; GUARNIERI, *L'incesto scandaloso: legge e mentalità nell'Italia Unita*, in *Passato e presente*, 2003, 58, 45 ss.

³⁰ MORGAN, *La società antica. Le linee del progresso umano dallo stato selvaggio alla civiltà* (1877), tr. it., Milano 1970.

³¹ MALINOWSKI, *Sesso e repressione sessuale tra i selvaggi* (1927), Torino, 1969.

³² DURKHEIM E., *La proibizione de'inceste et ses origines*, in *Année Sociologique*, 1897.

la culturale di Lévi-Strauss³³, nonché con gli approcci psicoanalitici di Freud, e con quelli relativi alla psicologia del profondo di Jung, di cui abbiamo già in precedenza trattato.

Con ciò, vogliamo significare che la tesi della sussistenza di danni biologici e/o psichici dall'incesto costituisce soltanto un approccio al tema, per cui, non può, almeno a nostro avviso, possedere quel requisito di "univocità" che, d'altro canto, risulta funzionale proprio all'intervento del diritto penale.

Se andiamo, poi, ad approfondire i danni che deriverebbero dall'incesto, appaiono di carattere, più che altro, potenziale e, comunque, di cui non è sicura la loro verifica in ogni caso, per cui non solo si pone un problema di rapporto causale, ma, ancor di più, una questione relativa al principio di precauzione, in base al quale, come è noto, se non è ancora certa la verifica di determinati eventi da alcuni antecedenti causali, appare preferibile utilizzare l'illecito amministrativo o civile, ma non già l'illecito penale, perché quest'ultimo segue, a livello processuale, la regola della "certezza ogni oltre ragionevole dubbio"³⁴ e non già quella, di origine civilistica, del c.d. "più probabile che non".

In secondo luogo, nelle ipotesi in cui dall'incesto si verificano danni fisici e/o psichici, comunque il sistema penale già prevede specifiche forme di tutela, rappresentate soprattutto dal delitto di lesione personale, in cui è previsto come evento la sussistenza di una malattia nel corpo o nella mente e, quindi, tale da ricomprendere, appunto, sia i danni di carattere fisiologico, che quelli di tipo psicologico. Appare, inoltre, applicabile quantomeno l'aggravante comune, di cui all'art. 61, n. 11, cioè l'aver commesso il fatto con abuso di autorità o di relazioni domestiche e comunque, per quanto riguarda i minori, gli atti sessuali con gli stessi sono già previsti come reato dall'articolo 609 *quater* c.p., per cui anche sotto questo profilo è già contemplata una tutela penale *ad hoc*.

La prospettazione, inoltre, di un rapporto diseguale, nel senso del succube e dell'incube, come abbiamo già rilevato, sembra far rivivere un modello affine a quello del plagio, già giustamente invece cassato dalla Consulta e, soprattutto, aggiungiamo noi, non appare nell'incesto "ontologicamente" sussistente, come dimostra pro-

³³ LÉVI-STRAUSS, *Le strutture elementari della parentela*, Milano, 1972; ID., *Razza e storia ed altri studi di antropologia*, Torino, 1967; cfr. GALIMBERTI, voce *Incesto*, in ID., *Nuovo dizionario di psicologia - Psichiatria, psicoanalisi, neuroscienze*, 2ª, Milano, 2019, 619 ss.

³⁴ Nella letteratura penalistica italiana, sul principio di precauzione, cfr. ad es. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale*, Milano, 2004, 461 ss.; FORTI, *Accesso alle informazioni sul rischio per responsabilità: una lettura del principio di precauzione*, in *Criminalia*, 2006, 155 ss.; GIUNTA, *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, in *ibid.*, 227 ss.; RUGA RIVA, *Principio di precauzione e diritto penale. Genesi e contenuto della colpa in contesti di incertezza scientifica*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, 1743 ss.; per la soluzione, che anche da noi è condivisa, in base a cui si prediligono per le ragioni di anzi indicate, illeciti e sanzioni non di carattere penale, cfr. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Milano, 2004, 119 ss., nonché PULITANÒ, *Diritto penale*, 4ª, Torino, 2011, 220; infine sia consentito, nella manualistica, il rinvio a MANNA, *Corso di diritto penale, parte generale*, 5ª, Milano, 2020, 59-60.

prio il caso tedesco, giudicato dalla Corte Costituzionale di Karlsruhe e, dopo, dalla Corte EDU, seppure in senso sfavorevole ai ricorrenti, che infatti erano fratello e sorella, reincontratesi da adulti che hanno avuto una relazione “incestuosa”, dalla quale però sono nati alcuni figliuoli e che quindi non appare rientrare nel modello tracciato dal Di Martino, nonostante le diverse conseguenze sanzionatorie subite dall’uno e dall’altra.

Con ciò vogliamo significare che questo caso dimostra, di contro, un rapporto paritario fra i soggetti, tanto è vero che, in particolare, la Corte Costituzionale tedesca, non ha minimamente fatto cenno ad uno squilibrio fra la coppia, ma si è posta, viceversa, il problema, di non poco momento, che comunque l’Autorità giudiziaria penale aveva inciso sulla vita privata e familiare della coppia medesima.

Anche la Corte EDU non menziona minimamente una tale forma di squilibrio fra i due soggetti, ma dà torto al ricorrente, in quanto, vista proprio la difformità di disciplina tra i diversi Paesi europei, ritiene tuttavia, a nostro avviso, irragionevolmente - come abbiamo già dimostrato in precedenza - che debba, in definitiva, essere lo Stato di appartenenza a decidere sulla permanenza o no del reato di incesto.

Last but not least, la fattispecie di incesto proposta dal collega Di Martino, a livello penalistico, rischierebbe di diventare una sorta di “fattispecie - avamposto”, cioè a dire un delitto-ostacolo, che però, rischia a sua volta di lambire una tematica assai controversa, come quella relativa ai reati di mero sospetto, anch’essi considerati come reati in cui si anticipa eccessivamente la tutela penale, come ad esempio, il reato relativo al “possesso ingiustificato di chiavi o grimaldelli”³⁵, in rapporto a reati contro il patrimonio assai più gravi, quali il furto e la rapina.

Con ciò, non vogliamo ovviamente sostenere che la fattispecie di incesto proposta dal collega di Martino equivalga ad un reato di mero sospetto, perché questa costituirebbe una conclusione, invero, fallace, per tutto quello che egli ha dimostrato, ma vogliamo soltanto rimarcare, a livello penalistico, la notevole anticipazione che così si consegue della tutela penale, per creare una fattispecie nettamente di avamposto, che tuttavia, per le ragioni addotte, rischia quantomeno di confliggere con il principio di precauzione³⁶ e la cui mancanza, invece, non lascerebbe la tutela penale sguarnita circa eventuali effetti dannosi dell’incesto, perché, a tal proposito, esistono le

³⁵ Sui reati di mero sospetto restano sempre attuali le acute osservazioni di COPPI F., *Osservazioni sui “reati di mero sospetto” e in particolare sul “possesso ingiustificato di valori”*, in *Giur. cost.*, 1968, 1713 ss.

³⁶ Il riferimento al principio di precauzione, a nostro avviso, si collega anche alla circostanza per cui, come è noto, secondo l’ordinamento della chiesa cattolica è possibile ottenere eccezionalmente una dispensa papale per gli sponsali fra cugini, che altrimenti non si spiegherebbe, laddove i danni fisiopsichici per l’asserito *partner* “succube” e la possibile prole, fossero corroborati da una dimostrazione scientifica “oltre ogni ragionevole dubbio”. Si faccia, altresì, presente che l’incesto non riguarda soltanto i parenti, ma anche gli affini in linea retta, per cui la dispensa papale riguarda proprio “il cuore” della fattispecie penale, che, evidentemente, nel caso di specie, non potrà essere applicabile, in quanto sciminata dall’esercizio di un diritto, ricavabile dall’autorizzazione del pontefice.

fattispecie tradizionali a tutela dell'integrità fisica della persona e della sua libertà di autodeterminazione sessuale, se minore.

7. *Conclusioni.* In conclusione, la prospettiva che qui si critica potrebbe addirittura risultare in un certo senso "pericolosa", perché, seguendo il metro che qui si critica, bisognerebbe allora riproporre la rilevanza penale addirittura dell'omosessualità, oppure della prostituzione, giacché in entrambi i casi le relative condotte possono condurre a significativi rischi per la salute umana, con particolare riferimento non solo alla blenorragia, ma, soprattutto, all'HIV.

Per tutto questo complesso di ragioni, continuiamo a ritenere che l'incesto si ponga, in definitiva, in contrasto con il principio di *laicità*, perché conduce ad una forma non solo di intrusione illegittima nella vita privata e familiare dei soggetti, ma anche, se non soprattutto, in quanto comporta una commistione tra "foro interno" e "foro esterno", nel senso che, come abbiamo cercato di dimostrare, nell'inconscio, sia individuale, che collettivo, esiste un'ancestrale proibizione dell'incesto, che dai popoli primitivi arriva ai giorni nostri e che in psicoanalisi addirittura dà luogo, ad esempio, ai complessi di Edipo e di Elettra, che, non a caso, affondano la loro origine nella mitologia greca, per cui, francamente, non appare necessario aggiungere un'ulteriore forma di proibizione, affidata ad un diritto penale che, a questo punto, piaccia o no, avrebbe tutto il sapore di un diritto penale "sacerdotale"³⁷.

Va, da ultimo, rilevato che, essendo le due tesi nettamente in contrasto fra loro, nel Progetto dell'AIPDP di *riforma del codice penale, parte speciale*, relativo alla *modifica dei reati contro la famiglia*, si è preferito lasciare aperte entrambe le prospettive, ma comunque va ricordato che Silvio Riondato, uno dei principali componenti del gruppo stesso, come tra l'altro abbiamo già in precedenza ricordato, anche di recente ha optato per la tesi della decriminalizzazione dell'incesto, ritenendo giustamente, all'uopo sufficiente per la tutela del minore, il delitto di cui all'art. 609-*quater* c.p.³⁸.

³⁷ Secondo la nota definizione critica coniata da Jürgen Baumann, il noto capofila dei c.d. professori alternativi tedeschi, su cui confronta MOCCIA, *Politica criminale e riforma del sistema penale*, Napoli, 1984.

³⁸ RIONDATO, *Conclusioni*, op. ult. cit.