



La decisione è interessante da molteplici punti di vista, inerenti sia alla specifica materia sottoposta al giudizio della Corte sia, più in generale, al metodo da quest'ultima seguito. «La fattispecie di incesto – come è stato detto – si rivela per noi un'importante pietra di paragone per i presupposti della potestà punitiva dello Stato. Non solo si tratta di verificare gli argomenti razionali che vengono addotti a sostegno della sua legittimità, ma dobbiamo anche confrontarci con argomenti che introducono nel terreno dell'irrazionale»<sup>3</sup>. La lettura della sentenza ci immette appunto lungo tali acidatati sentieri argomentativi.

Opportune alcune precisazioni preliminari al nostro discorso.

Il termine "incesto" fa riferimento ad una condotta sessuale *consenziente* tra membri *adulti* di una famiglia<sup>4</sup>. L'identificazione di questo nucleo del fenomeno è, da un lato, in grado di agevolare qualche considerazione di carattere comparatistico<sup>5</sup>, date le differenze di struttura e di estensione del divieto che, in diversi paesi, contrassegnano la disciplina penale in materia<sup>6</sup>.

stesso modo vengono puniti i fratelli e sorelle germani che si congiungono carnalmente tra loro (comma 2). Discendenti e fratelli o sorelle non vengono puniti a norma di questa disposizione nel caso in cui al momento del fatto non abbiano compiuto il diciottesimo anno di età (comma 3)» (traduzione ripresa da AA.VV., *Il codice penale tedesco*, a cura di VINCIGUERRA, Padova, 2003).

<sup>3</sup> JUNG, *Zur Strafbarkeit des Inzests*, in FS Leferenz, Heidelberg, 1983, 312-313.

<sup>4</sup> Cfr. CADOPPI – MONTICELLI, *Incesto*, in *Reati contro la famiglia*, a cura di CADOPPI – CANESTRARI – PAPA, Torino, 2006, 72. Simile precisazione è formulata anche in MAX-PLANCK-INSTITUT FÜR AUSLÄNDISCHES UND INTERNATIONALES STRAFRECHT, *Stellungnahme zu dem Fragenkatalog des Bundesverfassungsgerichts in dem Verfahren 2 BvR 392/07 zu § 173 Abs. 2 S. 2 StGB – Beischluss zwischen Geschwistern* – Fassung 19. November 2007, a cura di ALBRECHT – SIEBER, 27. Si tratta del parere reso dall'Istituto alla Corte costituzionale tedesca nel caso relativo all'incesto, suddiviso in una prima sezione, dedicata ad un'indagine storico-comparata, e in una seconda sezione, sui profili criminologici del fenomeno. Il documento citato, che costituisce una sorta di "parte generale" del parere, è stato pubblicato sul sito [www.mpicc.de](http://www.mpicc.de) ([http://www.mpicc.de/de/data/pdf/05-08-inzest\\_gutachten.pdf](http://www.mpicc.de/de/data/pdf/05-08-inzest_gutachten.pdf)). Le relazioni sulla regolamentazione dell'incesto nei singoli paesi (venti) presi in considerazione nell'indagine comparata sono in corso di pubblicazione a cura dell'Istituto. Su gentile concessione del prof. Ulrich Sieber, direttore del Max-Planck-Institut e corresponsabile del progetto, è stato possibile consultare le singole relazioni, di seguito citate come parte della *Stellungnahme*, cit., ma secondo l'impaginazione del rispettivo dattiloscritto.

<sup>5</sup> La definizione di incesto risulta, infatti, dall'impiego del metodo della c.d. "comparazione penalistica funzionale" (*funktionale Strafrechtsvergleichung*), come indicato dal MAX-PLANCK-INSTITUT, *Stellungnahme*, cit., 27-28. Sulle caratteristiche e i pregi di questo metodo, nel quadro di un'ampia analisi sugli strumenti della comparazione, v. SIEBER, *Strafrechtsvergleichung im Wandel. Aufgaben, Methoden und Theorienansätze der Strafrechtsvergleichung*, in *Strafrecht und Kriminologie unter einem Dach*, a cura di ALBRECHT – SIEBER, Berlin, 2006, 78 ss.

<sup>6</sup> Con riguardo, soprattutto, ai soggetti attivi ed alla necessità o meno che si realizzi la congiunzione carnale.

dall'altro lato, essa permette di focalizzare una fenomenologia di comportamenti – atti sessuali tra adulti consenzienti – ai quali è estranea ogni forma di violenza o abuso, e che taluni ordinamenti puniscono autonomamente, cioè non (o non solo) come fattispecie circostanziata di altri delitti<sup>7</sup>. Scopriremo, nondimeno, che diversi fattori compromettono l'isolamento concettuale di tale nozione di "incesto"<sup>8</sup>.

Il termine "razionale" evoca, per contro, motivi cruciali nella costruzione della scienza penale<sup>9</sup>. L'emancipazione del diritto penale dal vincolo di subordinazione verso sistemi religiosi o morali – il processo di "secolarizzazione" – impone al diritto penale stesso la ricerca altrove della propria ragione d'essere: il perseguimento, appunto, di obiettivi "razionali", che esigono, cioè, una «verifica scientifica dell'uso della sanzione criminale»<sup>10</sup>. La reciproca autonomia tra morale e diritto<sup>11</sup> non consente solo di sottoporre quest'ultimo ad un controllo critico, ma gli vieta anche di abbracciare una determinata etica, ove non sussistano altre condizioni che legitimino la sanzione<sup>12</sup>. Resesi autonome dalla morale e dalla religione, infine, le categorie penalistiche ed i concetti utilizzati dal legislatore soggiacciono ad un «vinco-

<sup>7</sup> Diffusamente, MAX-PLANCK-INSTITUT, *Stellungnahme*, cit., 28 ss.

<sup>8</sup> V. *infra* par. 3.1.

<sup>9</sup> Sulla "ragione nel diritto penale" e "le ragioni di diritto penale" fondamentale il richiamo a FERRAJOLI, *Diritto e ragione, Teoria del garantismo penale*, 3<sup>a</sup> ed., Roma-Bari, 1996, 5 ss., 347 ss.

<sup>10</sup> M.ROMANO, *Secolarizzazione, diritto penale moderno e sistema dei reati*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 497 ss., citazione a p. 501 (sulla secolarizzazione, evidenziando gli elementi di continuità del relativo processo storico, v. anche NAUCKE, *Christliche, aufklärerische und wissenschaftstheoretische Begründung des Strafrechts (Luther-Beccaria-Kant)*, in *Christentum und modernes Recht*, a cura di DILCHER – STAFF, Frankfurt am Main, 1984, 213 ss.). Dimostra come tale "verifica scientifica" sia ancora ben lungi dal significare una verifica empirica attenta alle reali conseguenze della norma penale DONTNI, *Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto tra diritto penale e politica*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 43 ss.

<sup>11</sup> Sul diritto come «possibilità della morale e perciò anche dell'immoralità», RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 1932, citato dalla edizione curata da DREIER – PAULSON, Heidelberg, 1999, 49. L'autonomia non può significare «una totale estromissione della morale (e, dunque, del giudizio) dalla sfera penale» come scrive di recente FORTI, *Per una discussione sui limiti morali del diritto penale, tra visioni "liberali" e paternalismi giuridici*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, tomo I, Milano, 2005, 306, a cui si rinvia per una complessiva rivisitazione del tema (*ibidem*, 283 ss., in particolare, 305 ss.). Sull'argomento v., inoltre, in sintesi MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, vol. 1, 3<sup>a</sup> ed., Milano, 2001, 416 ss.; ampiamente, FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 193 ss.

<sup>12</sup> Nel dibattito in corso nel nostro Paese, tali considerazioni si inquadrano nelle riflessioni dedicate al principio di laicità: cfr. PULITANO, *Laicità e diritto penale*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 55 ss., in particolare, 64 ss.; fondamentale, in argomento, anche CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, tomo I, cit., 139 ss.

lo di realtà» che presiede alla costruzione della scienza giuridica come «impresa razionale»<sup>13</sup>.

Rispetto a tali coordinate, la recente decisione del *Bundesverfassungsgericht* si pone come un avvenimento degno di riflessione: se l'indagine circa la razionalità rispetto allo scopo dell'incriminazione (*Zweckrationalität*)<sup>14</sup> e l'appiglio alla realtà sono premesse ben presenti nella sentenza, le conclusioni non corrispondono a ciò che, in base a tali premesse, sarebbe stato lecito attendersi<sup>15</sup>.

## 2. L'approccio della giurisprudenza costituzionale.

### 2.1. La "resistenza" costituzionale del divieto d'incesto ed il difficile cogeno del diritto penale dalla morale.

Le ragioni per le quali un ordinamento sottopone ad una pena l'incesto sono ricollegabili a convinzioni religiose, morali, aspetti sociologici (soprattutto la sociologia della famiglia), a questioni di carattere eugenetico o, infi-

<sup>13</sup> Cfr. PULITANO, *Il diritto penale fra vincoli di realtà e sapere scientifico*, in *Scritti per Federico Stella*, vol. I, Napoli, 2007, 851 ss. Siffatto vincolo esige, in primo luogo, che le incriminazioni non abbiano ad oggetto entità astruse o «comportamenti irreali», ed è essenziale all'affermazione del principio di legalità (v. la sentenza n. 96 del 1981 della Corte costituzionale sul delitto di plagio; in dottrina, sui rapporti tra tassatività della fattispecie e verificabilità empirica dei concetti in essa espressi, v. BRICOLA, *Rapporti tra dogmatica e politica criminale*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 18-19). In secondo luogo, esso comporta che alcuni reati, legati in origine alla protezione di un sistema di valori religiosi o morali, possano sopravvivere alla secolarizzazione solo a patto di concentrarsi su concetti empiricamente afferribili (v., riguardo alla tutela penale della religione, HASSEMER, *Religionsdelikte in der säkularisierten Rechtsordnung*, in *Christentum und modernes Recht*, cit., 232 ss.). Ad un livello più generale, di teoria del reato, il legame tra categorie penalistiche e realtà, in un atteggiamento culturale di distacco dal finalismo ma anche di rifiuto di visioni normativistiche radicali, è oggi rappresentato da ROXIN, *Normativismus, Kriminalpolitik und Empirie in der Strafrechtsdogmatik*, in *FS Lampe*, Berlin, 2003, 423 ss. Ma l'empiria, si osserva, penetra il tessuto del diritto penale anche ad un livello di quotidiana applicazione delle norme, al di là dei complessi rapporti che avvengono il diritto penale alla criminologia ed alla politica criminale (sul punto, HASSEMER, *Kriminologie – Strafrecht – Kriminalpolitik, Jahrbuch 2002 für Rechts- und Kriminalsoziologie*, Baden-Baden, 2004, 27 ss.).

<sup>14</sup> Il termine, come noto, richiama una categoria introdotta da Max Weber che è solitamente opposta ad una «razionalità di valori» (*Wertneutralität*). Per l'influenza esercitata da questa categoria sullo sviluppo del diritto e per ulteriori precisazioni sul pensiero weberiano, oltre che per i dovuti riferimenti bibliografici, si rinvia a MARRA, *Max Weber: razionalità formale e razionalità materiale del diritto*, *Soc. dir.*, 2/3, 2005, 43 ss.; e a RAISER, *Max Weber und die Rationalität des Rechts*, *JZ*, 2008, 504 ss.

<sup>15</sup> Cfr. HÖRNLE, *Das Verbot des Geschwisterinzepts*, loc. cit.

ne, alla mera riproduzione di un tabù<sup>16</sup>. Almeno in parte, e più o meno consapevolmente, queste ragioni riproducono i risultati dei numerosi studi antropologici, psicoanalitici e biologici dedicati all'argomento, i quali, tuttavia, non sono in grado di fare piena luce sulle radici dell'atavico divieto, e soltanto formulano ipotesi, talvolta suggestive, circa la sua funzione<sup>17</sup>.

Il penalista non può sentirsi pago innanzi a tali spiegazioni<sup>18</sup>. Pressoché ovunque, per tanto, la scienza penale formula proposte di depenalizzazione (*Entkriminalisierung*), non sempre accolte dal legislatore<sup>19</sup>. Le perplessità circa la legittimità dell'impiego della sanzione penale vertono su un interrogativo di fondo: se la relazione sessuale tra parenti arrechì offesa ad un bene giuridico, individuale o collettivo, o se comunque sia dannosa per la società<sup>20</sup>. È messa alla prova, quindi, la capacità della categoria del bene giuridico, cara alla tradizione continentale, e dell'*'harm principle*, noto alla tradizione anglosassone, di tenere distinte le sfere della morale e del diritto penale<sup>21</sup>.

Sinora però, in materia di incesto, i principi richiamati si imbattono in una costante ripulsa da parte della giurisprudenza costituzionale.

Negli Stati Uniti d'America, nessun effetto ha sortito, rispetto alla criminalizzazione dell'incesto, vigente in quasi in ogni stato, l'importante sentenza della Corte Suprema *Texas v. Lawrence* del 2003<sup>22</sup>. Il principio in essa affermato, in ordine al quale non è sufficiente la tutela di una radicata convinzione morale – nel caso in specie, la presunta illiceità morale delle relazioni omosessuali – a legittimare l'intervento dello Stato, tramite il diritto penale, nella vita privata dei cittadini, è stato sinora dichiarato inapplicabile alle unioni incestuose in una serie di casi decisi dalle corti territoriali<sup>23</sup>. Tale

<sup>16</sup> Ciò stando ai motivi di volta in volta allegati dal legislatore: cfr. MAX-PLANCK-INSTITUT, *Stellungnahme*, cit., 56 ss.

<sup>17</sup> Per un'ampia rassegna v. il volume di CECCARELLI, *Il tabù dell'incesto. I fondamenti biologici del linguaggio e della cultura*, Torino, 1978, 5 ss.

<sup>18</sup> V. STRATENWERTH, *Incest und Strafrecht*, in *FS Hinderling*, Basel, 1974, 301 ss.; TORROBA GONZALEZ, *Comportamiento incestuoso e incriminacion penal*, Pt. I, in *Cuadernos de politica criminal*, n. 29, 1986, 369 ss.

<sup>19</sup> Cfr. MAX-PLANCK-INSTITUT, *Stellungnahme*, cit., 49 ss.

<sup>20</sup> MAX-PLANCK-INSTITUT, *Stellungnahme*, cit., 55.

<sup>21</sup> Cfr. CADOPPI – MONTICELLI, *Incesto*, cit., 71 ss. Sull'*'harm principle* in particolare, v. FRANCOLINI, *L'harm principle del diritto anglosassone nella concezione di Joel Feinberg*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 276 ss. Differenze e analogie tra bene giuridico e *'harm principle* sono discusse da VON HIRSCH, *Der Rechtsbegriff und das "Harm Principle"*, in *Die Rechtsgutstheorie: Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, a cura di HEFENDEHL – VON HIRSCH – WHOLERS, Baden-Baden, 2003, 13 ss.

<sup>22</sup> *Lawrence v. Texas*, 123 S. Ct. 2472 (2003).

<sup>23</sup> Cfr. SILVERMAN, *The Criminalisation of Incest in the United States of America*, in *Stellungnahme*, cit., 8-9.

parte influenzata dalla soluzione di compromesso presente nel codice Rocco, racchiusa nel requisito del "pubblico scandalo"<sup>29</sup>, sulla cui collocazione sistematica, però, la sentenza non contribuisce a far luce<sup>30</sup>.

Sin qui, la tenace resistenza dell'incriminazione dell'incesto è spiegabile nei termini di un arroccamento giurisprudenziale su posizioni che avvulppano morale e diritto (penale) in una sequela di ragionamenti apodittici.

## 2.2. Il metodo seguito dalla Corte costituzionale tedesca nella sentenza sull'incesto: il dato empirico ed il filtro della proporzionalità.

La sentenza della Corte costituzionale tedesca del 2008 muove dalla volontà di testare la tenuta epistemologica del crimine di incesto, cercando di dimostrare i possibili danni derivanti dalla realizzazione della condotta. Il metodo con cui questa Corte imposta il proprio lavoro mostra in tal guisa i dubbi elementi di originalità, a confronto con gli orientamenti costituzionali sommariamente ricostruiti sopra, e, salvo successivi approfondimenti, sfugge ad una repentina accusa di apoditticità<sup>31</sup>.

*Incesto*, cit., 86 ss.; RIONDATO, *Introduzione a "famiglia" nel diritto penale italiano*, in *Diritto penale della famiglia*, a cura di RIONDATO, Padova, 2002, 19, il quale considera la sentenza notevole «per la sua apoditticità in generale e contraddittorietà in particolare». Quantomeno la Corte costituzionale italiana evita di imboccare i sentieri dell'eugenetica e della libertà sessuale, esclusi dal novero dei possibili oggetti di tutela dell'art. 564 c.p. (v. PISTORELLI, *Delitti contro la morale familiare*, in *Diritto penale della famiglia*, cit., 345-346).

<sup>29</sup> L'espedito del pubblico scandalo è considerato un compromesso legislativo tra incriminazione incondizionata e depenalizzazione dell'incesto da ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte speciale*, vol. I, 14<sup>a</sup> ed. integrata e aggiornata a cura di CONTI, Milano, 2002, 486. Sulla disciplina dell'incesto in Italia, nel quadro dell'analisi comparata compiuta dal Max-Planck-Institut, v. JARVERS, *Die Strafbarkeit des Inzests in Italien*, in *Stellungnahme*, cit., 1 ss., la quale evidenzia la peculiarità dell'elemento del "pubblico scandalo"; peculiarità, per altro, richiamata anche dalla recente decisione della Corte costituzionale tedesca in materia.

<sup>30</sup> BIONDI, *La Corte costituzionale individua il bene*, loc.cit.

<sup>31</sup> In particolare, rispetto al modo di procedere della Corte italiana, è usuale «l'estensione del sindacato del *BVerfG* sulle valutazioni di dati di fatto e prognosi (*Tatsachenvorstellungen und Prognosen*) effettuate dal legislatore anteriormente alla fissazione delle restrizioni di "diritti fondamentali"» (BELFIORE, *Giudice delle leggi e diritto penale: il diverso contributo delle corti costituzionali italiana e tedesca*, Milano, 2005, 283, corsivo nell'originale; lo stesso Autore osserva come invece il sindacato del giudice delle leggi in Italia assista sì all'irrompere del "fatto", ma «non viene in causa una valutazione del fatto *sub specie* di "presupposto empirico"», *ibidem*, 275). Molto dipende dalla possibilità che spetta alla Corte tedesca di disporre "perizie" sulle circostanze di fatto, che abbracciano anche l'effettività della norma (v. DONINI, *Metodo democratico e metodo scientifico*, cit., 39 ss., il quale in generale lamenta il deficit di "collaudo empirico" delle scelte di incriminazione nel nostro Paese), mentre il giudice delle leggi rinuncia a «sindacare le scelte discrezionali adottate dal legislatore sulla scorta di specifiche valutazioni tecniche», pur non essendo sprovvisto di "poteri istruttori" (BELFIORE,

conclusione è sorretta dal fatto che, in *Lawrence*, la Corte Suprema non si occupa di incesto, né definisce i limiti di un presunto diritto fondamentale ad intraprendere relazioni sessuali con adulti consenzienti, estensibile a tale fattispecie<sup>24</sup>.

In una decisione del 1999, la Corte costituzionale ungherese non ha esitato a difendere la legittimità dell'incriminazione, mettendo in piedi il seguente paralogismo: così come esistono reati dove la morale ed il diritto esprimono un identico giudizio negativo su un fenomeno (es. omicidio), e nessuno metterebbe in dubbio l'illiceità anche morale del comportamento incriminato, esistono casi in cui tale perfetta coincidenza viene meno, e, ciononostante, nessuno può mettere in discussione l'illiceità morale del comportamento incriminato, e quindi l'incriminazione stessa<sup>25</sup>. La fragilità dell'argomento non esige commenti: il riscontro della frequente coincidenza tra una certa visione morale e un bene giuridico non implica *eo ipso* la legittimità della conversione della prima nel secondo<sup>26</sup>.

Nel 2000, la Corte costituzionale italiana ha stabilito che il divieto di incesto «in corrispondenza a un *ethos* le cui radici si perdono lontano nel tempo», vietando rapporti sessuali tra i membri della famiglia diversi dai coniugi, intende evitare «perturbazioni della vita familiare»<sup>27</sup>. Questo intento, sta società la formazione di strutture di natura familiare<sup>28</sup>. Questo intento, secondo la Corte, non corrisponde ad alcuna concezione religiosa o morale della famiglia, e rientra nell'esercizio legittimo, in quanto compreso nei limiti della non manifesta arbitrarietà, della discrezionalità legislativa. A cosa corrisponda l'*ethos* cui allude la Corte, cosa lo separi da determinate concezioni morali o religiose, quale argomento razionale ne sorregga l'imposizione rispetto ad altre concezioni della famiglia non è detto nella sentenza<sup>28</sup>. La decisione di "salvare" l'incriminazione può essere stata in

<sup>24</sup> Cfr. *Muth v. Frank*, 412 F.3d 808 (7th Cir. 2005), 816-817.

<sup>25</sup> V. Corte costituzionale ungherese, Decision 20/1999, leggibile anche in inglese su [www.mkab.hu](http://www.mkab.hu), che al paragrafo 1.2 cita testualmente un precedente del 1996. Critico sulla decisione SZOMORA, *Die Strafbarkeit des Inzests in Ungarn*, in *Stellungnahme*, cit., 8-9.

<sup>26</sup> La soluzione data dalla Corte ungherese non si discosta molto dalla posizione assunta dalla dottrina italiana negli anni '30: «non occorrono spiegazioni per comprendere in qual modo l'incesto offenda la moralità delle famiglie. Nulla si può immaginare di più immondo ed abominevole di siffatta turpitudine, specialmente quando avvenga tra persone legate dai più stretti vincoli di consanguineità» (così il MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. VII, citato dalla 5<sup>a</sup> ed., aggiornata dai professori Nuvolone e Pisapia, Torino, 1984, 786-787; analogamente il MAGGIORE, *Diritto penale, volume II: Parte speciale. Delitti e contravvenzioni*, Tomo I, IV ed., riveduta e ampliata, Bologna, 1953, 669-670, che però considera implicato anche l'interesse ad evitare la procreazione tra consanguinei).

<sup>27</sup> Corte costituzionale italiana, sentenza n. 518 del 2000.

<sup>28</sup> Puntuali critiche alla sentenza sono espresse da BIONDI, *La Corte costituzionale individua il bene giuridico tutelato dal reato di incesto*, *Giur. it.*, 2001, 995 ss.; CADOPPI - MONTICELLI,

Il parere del Max-Planck-Institut per il diritto straniero ed internazionale di Friburgo<sup>32</sup>, a cui erano stati posti questi sulla dimensione normativa dell'incesto – sviluppo storico del divieto ed attuale regolamentazione del fenomeno in Germania ed in altri paesi – e sulla sua dimensione criminologica – tra gli altri: questi circa eventuali danni psicologici nei confronti degli autori della condotta incriminata e dei “terzi” membri della famiglia di appartenenza, eventuali ripercussioni sullo sviluppo della sfera sessuale ed eventuali misure terapeutiche – è la fonte autorevole da cui la Corte attinge i fatti alla base della sua decisione<sup>33</sup>.

I risultati contenuti nel parere arricchiscono lo schema della *Verhältnismäßigkeit* – in particolare della componente relativa alla “idoneità” della norma<sup>34</sup> –, ossia la valutazione della proporzione tra mezzi impiegati e fini presi di mira dalla norma sottoposta al giudizio di costituzionalità; valutazione che rappresenta una trama consueta dei giudizi della Corte tedesca e che serve a limitare l'intervento statale – non solo penale – nei diritti fondamentali<sup>35</sup>.

In premessa, la sentenza ribadisce il principio, in base al quale un giudizio circa l'impiego del diritto penale come *ultima ratio* deve essere conciliato con il riconoscimento della necessaria libertà del legislatore nelle scelte di criminalizzazione finalizzate alla tutela di un “bene”<sup>36</sup>. Limiti all'esercizio di tale libertà sono, in primo luogo, l'“idoneità” (*Eignung*) e la “necessità” (*Notwendigkeit*): una norma penale è “idonea”, nel momento in cui è utile al raggiungimento del risultato auspicato dal legislatore, senza che tale risultato debba essere conseguito in ogni singolo caso; essa è anche “necessaria”, quando il legislatore non dispone di altro mezzo egualmente efficace e meno

invasivo rispetto ai diritti fondamentali<sup>37</sup>. La *Verhältnismäßigkeit* si conclude con il vaglio sulla “esigibilità” (*Zumutbarkeit*) del comportamento oggetto del divieto penale da parte del destinatario (c.d. “proporzionalità in senso stretto”)<sup>38</sup>. La violazione di questo parametro comporta un “eccesso” nell'impiego dello strumento sanzionatorio, che collide con il c.d. *Übermaßverbot*<sup>39</sup>.

Ora, si ritiene che alla Corte sia concesso un margine di valutazione circa le premesse empiriche da impiegare nel giudizio di proporzionalità<sup>40</sup>, dato che un'assoluta pretesa di certezza epistemologica paralizzerebbe l'attività di qualsivoglia legislatore<sup>41</sup>. Nel nostro caso, tuttavia, come vedremo, l'esito di tale delicata ponderazione lascia insoddisfatti. E l'insoddisfazione è autorevolmente attestata dall'opinione dissenziente del vicepresidente Winfried Hassemer<sup>42</sup>, l'unico penalista tra i membri del collegio, il quale muove obiezioni punto su punto nei confronti della decisione<sup>43</sup>.

<sup>37</sup> *Ibidem*, Nr. 36.

<sup>38</sup> *Ibidem*, Nr. 37. Invero, l'ultimo criterio previsto dalla prova della *Verhältnismäßigkeit* – indicato altrove come *Angemessenheit*, v. WEIGEND, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, cit., 927 – prevede, da un lato, un bilanciamento tra interesse tutelato dalla norma penale e sanzione inflitta al destinatario; dall'altro lato, impone un limite soggettivo all'applicazione della sanzione penale (v. BELFIORE, *Giudice delle leggi*, cit., 282-283). L'esigibilità è l'estremo limite cui giunge la *Verhältnismäßigkeit*: anche quando tutto sta ad indicare che una norma è il mezzo migliore di cui lo Stato dispone per tutelare un interesse, l'ordinamento è costretto ad arrestare innanzi all'evenienza che il singolo sia strumentalizzato al fine di tutelare la collettività (HASSEMER, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, cit., 194-195).

<sup>39</sup> Cfr. gli Autori cit. in nota 35.

<sup>40</sup> BVerfGE 90, 145, del 9 marzo 1994 (sentenza sulla *cannabis*), Nr. 124.

<sup>41</sup> ALEXI, *Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgeschichte und Fachgerichtsbarkeit*, in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Band 61, Berlin, 2002, 27-28.

<sup>42</sup> *Infra*, par. 2.3.3.

<sup>43</sup> Alla circostanza viene dato risalto anche da parte degli organi di stampa: v. MÜLLER, *Das urale Verbot gilt weiter*, FAZ, 13.03.2008, disponibile su [www.faz.net](http://www.faz.net) (in data 14.08.2008).

*Giudice delle leggi*, cit., 269). In generale, sulla scarsa attenzione prestata al supporto scientifico alle scelte del legislatore, da parte della nostra Corte costituzionale, v. BIN, *La Corte e la scienza*, in *Bio-tecnologie e valori costituzionali: il contributo della giustizia costituzionale*, a cura di D'ALOLA, Torino, 2006, e disponibile su <http://www.robertobini.it/bibliografia.htm>.

<sup>32</sup> V. *retro*, nt. 4.

<sup>33</sup> Cfr. BVerfG, 2 BvR 392/07, cit., Nr. 15.

<sup>34</sup> Il momento della *Verhältnismäßigkeit* che più degli altri va riempito di contenuti empirici: HASSEMER, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Grenze strafrechtlicher Eingriffe*, in HASSEMER, *Erscheinungsformen des modernen Rechts*, Frankfurt am Main, 2007, 192.

<sup>35</sup> Sulle applicazioni della proporzionalità al diritto penale nella giurisprudenza del Bundesverfassungsgericht, VOGEL, *Strafgesetze und Rechtsgüter durch Strafrecht im Spiegel der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, StV, 1996, 113-114; WEIGEND, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Grenze staatlicher Strafgewalt*, in FS Hirsch, Berlin-New York, 1999, 917 ss.; sulle potenzialità (ancora inespresse) della *Verhältnismäßigkeit* in campo penalistico, HASSEMER, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, cit., 191 ss. Nella nostra letteratura, v. la ricostruzione di BELFIORE, *Giudice delle leggi*, cit., 278 ss.

<sup>36</sup> BVerfG, 2 BvR 392/07, cit., Nr. 35.

### 2.3. Il contenuto della sentenza della Corte costituzionale tedesca sull'incesto.

#### 2.3.1. Il caso

La vicenda che ha dato luogo alla pronuncia del *Bundesverfassungsgericht*, e che non ha mancato di suscitare l'attenzione della stampa e dell'opinione pubblica tedesca<sup>44</sup>, merita sommari cenni<sup>45</sup>.

I soggetti della relazione incestuosa – P. e K., rispettivamente fratello e sorella germani – sono cresciuti lontano dalla famiglia di origine, per poi incontrarsi, adulti, (quasi) come estranei. In seguito al divorzio dei genitori, avvenuto poco dopo la sua nascita, K. è affidata alla madre, benché la tormentata situazione familiare renda necessario l'intervento dei servizi sociali (*Jugendhilfe*). P., dopo aver subito ripetuti maltrattamenti dal padre alcolizzato, è in orfanotrofio dall'età di tre anni e viene infine adottato da una famiglia; ciò interrompe qualunque contatto con la sua famiglia d'origine. Adulto, P. ritrova sua madre, e presso di lei conosce K., sorella di cui ignorava l'esistenza. Dopo la morte della madre, P. e K. intraprendono una relazione, da cui nascono quattro figli, due dei quali disabili. P. subisce più condanne per plurimi episodi di "congiunzione carnale tra parenti" (§ 173, co. 2° StGB), scontata una pena detentiva, ed attende l'esito di altri giudizi in relazione ad analoghi episodi. K. viene riconosciuta non imputabile, a causa di disturbi della personalità legati alla difficile situazione della famiglia di origine. P., infine, propone ricorso innanzi alla Corte costituzionale (*Verfassungsbeschwerde*).

Dunque, scontata l'assenza, nella relazione, di forme di violenza o prevaricazione<sup>46</sup>, l'incesto tra fratelli matura sullo sfondo di un ambiente familiare già degradato, del quale i protagonisti sono vittime e non artefici: in ciò, la storia rispecchia uno stereotipo criminologico<sup>47</sup>. Nondimeno, contrariamente a quanto auspicato da taluno, il sistema penale non manifesta alcuna

<sup>44</sup> Cfr. BURGER, *Kann dann Liebe strafbar sein?*, FAZ, 13.03.2008, in [www.faz.net](http://www.faz.net) (data 14.08.2008).

<sup>45</sup> La ricostruzione effettuata nel testo si basa sui fatti riportati al Nr. 22 della sentenza.

<sup>46</sup> Funzionali, s'intende, alla coartazione di uno dei due soggetti nella dinamica della relazione sessuale e/o indirizzate ad instaurare una dipendenza di uno nei confronti dell'altro. Un episodio di violenza, invero, non manca nella storia della coppia: come riportato dalla decisione (Nr. 22), P. è stato condannato per lesioni personali, per aver in un'occasione colpito con un pugno K.; ma l'episodio non si inquadra nella descritta fenomenologia. Così come una certa dipendenza psicologica di K. nei confronti di P. è bensì riscontrabile, ma dipende dalla preesistente fragilità emotiva di K.

<sup>47</sup> Cfr. MAX-PLANCK-INSTITUT, *Stellungnahme*, cit., 97.

"benevolenza" verso storie (che sembrano) partorite dalla "fantasia di uno scrittore"<sup>48</sup>; anzi, tra degrado ed una prospettabile riabilitazione, esso frapone un'effettività degna probabilmente di miglior causa<sup>49</sup>.

#### 2.3.2. I motivi della decisione.

Il *Bundesverfassungsgericht* è stato chiamato a decidere della conformità costituzionale del § 173, co. 2° StGB rispetto: a) all'art. 2, co. 1° in combinato disposto con l'art. 1, co. 1° della Costituzione tedesca (GG)<sup>50</sup>, in relazione al diritto fondamentale alla "autodeterminazione sessuale" (*sexuelle Selbstbestimmung*); b) all'art. 3, co. 3° GG, e all'art. 3, co. 1° GG,<sup>51</sup> in merito al principio d'eguaglianza e al divieto di discriminazione, dal momento che la sanzione criminale, prevista dalla norma, appare una conseguenza giuridica "sproporzionata"; c) all'art. 6, co. 1° GG, che tutela il matrimonio e la famiglia<sup>52</sup>. Secondo il ricorso, la fattispecie di cui al § 173 StGB non tutelerebbe alcun bene giuridico, dato il difetto di evidenze empiriche circa un bene di tipo eugenetico e l'inidoneità della norma a tutelare la famiglia: norma che, in definitiva, mirerebbe esclusivamente alla tutela di una determinata concezione morale (*Moralvorstellung*); nella situazione concreta, inoltre, la sanzione penale si rivelerebbe sproporzionata, poiché non terrebbe in debito conto la difficile condizione sociale vissuta dal ricorrente e dalla sorella<sup>53</sup>.

Il ricorso è respinto dalla Corte sulla base delle argomentazioni di seguito sintetizzate.

È da escludere, secondo la Corte, che gli scopi della norma penale – essenziali, come visto, per giudicarne la proporzionalità – siano desumibili dalla teoria del bene giuridico: «non esiste unità d'opinione già sul concetto di

<sup>48</sup> Pressappoco in questi termini, invece, TEMKIN, *Do We Need the Crime of Incest?*, in *Current Legal Problems*, 1991, 188, che fa leva sulla presunta irrilevanza statistica di queste ipotesi.

<sup>49</sup> V. anche il caso analizzato da ALBERICI – BIRKHOFF, *Incesto: storia d'amore e di vergogna*, Riv. it. criminologia, 2005, 11 ss.

<sup>50</sup> Art. 2, co. 1° GG: «Ognuno ha diritto al libero sviluppo della propria personalità, in quanto non violi i diritti degli altri e non trasgredisca l'ordinamento costituzionale o la legge morale»; art. 1, co. 1° GG: «La dignità dell'uomo è intangibile. È dovere di ogni potere statale rispettarla e proteggerla».

<sup>51</sup> Art. 3, co. 1° GG: «Tutti gli uomini sono uguali di fronte alla legge»; co. 3°: «Nessuno può essere danneggiato o favorito per il suo sesso, per la sua nascita, per la sua razza, per la sua lingua, per la sua nazionalità o provenienza, per la sua fede, per le sue opinioni religiose o politiche. Nessuno può essere danneggiato per la sua minorazione».

<sup>52</sup> Art. 6, co. 1° GG: «Il matrimonio e la famiglia sono sottoposti alla particolare protezione dell'ordinamento statale».

<sup>53</sup> Cfr. BVerfG, 2 BvR 392/07, cit., Nr. 24.

bene giuridico», ed in ogni caso, quale che sia questo concetto, esso «non fornisce alcun parametro contenutistico che il diritto costituzionale sia costretto a recepire, essendo compito del diritto costituzionale porre limiti esterni al potere regolamentare del legislatore»<sup>54</sup>. Quale limitazione della autodeterminazione sessuale, il divieto si giustifica piuttosto sulla base degli effetti che l'incesto produce sulla famiglia, sulla società, sui bambini nati dalla relazione incestuosa e, eventualmente, nei confronti del «partner sottoposto» (*unterlegener Partner*)<sup>55</sup>. Su tali (presunti) effetti negativi dell'incesto si profonde quindi la motivazione.

In primo luogo, secondo la Corte, la fattispecie di incesto tutela il matrimonio e la famiglia, conformemente all'art. 6 GG, come forma di vita associata preesistente al diritto e riconosciuta dalla costituzione. All'interno di questa comunità di vita, la separazione dei ruoli ed i rapporti di parentela, in base ad un ordine sociale predefinito, costituiscono una premessa essenziale per il benessere della prole (*Kinderwohl*)<sup>56</sup>. L'incesto, per contro, genera una «commistione di ruoli» (*Rollenüberschneidung*)<sup>57</sup>. Inoltre, malgrado tale aserto non sia sufficientemente dimostrato sul piano empirico – come gli stessi giudici non esitano a riconoscere –, l'incesto è in grado di causare, sia nei confronti degli autori della condotta vietata, sia sotto forma di «danni indiretti» nei confronti degli altri membri della famiglia, conseguenze sul piano esistenziale: una ridotta coscienza di sé, disturbi della sessualità in età adulta, deficit psicofisici, isolamento sociale, una generale insoddisfazione della vita<sup>58</sup>.

In secondo luogo, l'«autodeterminazione sessuale» non sarebbe estranea allo spettro di tutela del § 173 StGB, con riferimento, in questo caso, non alle conseguenze nei confronti dei figli nati da relazioni incestuose, bensì ai soggetti stessi della relazione, dalla cui dinamica, data la frequente differenza d'età dei protagonisti, scaturisce spesso una sottomissione di taluno nei confronti dell'altro<sup>59</sup>.

La Corte non manca di sottolineare, ancora, un legame tra divieto di incesto e bene di carattere «eugenetico». La possibilità di generare figli affetti da malattie sarebbe, in base agli studi empirici a disposizione del collegio giudicante, addirittura maggiore nel caso di relazione tra fratelli e sorelle, ed

<sup>54</sup> *Ibidem*, Nr. 39.

<sup>55</sup> *Ibidem*, Nr. 40-41.

<sup>56</sup> *Ibidem*, Nr. 43.

<sup>57</sup> *Ibidem*, Nr. 45.

<sup>58</sup> *Ibidem*, Nr. 44.

<sup>59</sup> *Ibidem*, Nr. 47-48. Invero qui, a giustificazione dei suoi assunti, la Corte richiama figure incestuose tratte dalla letteratura specialistica.

a nulla varrebbero le obiezioni mosse dalla maggior parte della dottrina penalistica riguardo alla tutela di un bene di siffatta indole<sup>60</sup>.

A contemporaneo della sua ricostruzione, il *Bundesverfassungsgericht* apporta un ultimo argomento: la norma impugnata sarebbe giustificabile in base ad una convinzione, radicata da tempo nella cultura e nella storia della società (*kulturhistorisch begründete, nach wie vor wirksame gesellschaftliche Überzeugung*), della meritevolezza di pena dell'incesto, come sarebbe dato appurare anche dal confronto internazionale<sup>61</sup>. In relazione alla tutela dell'autodeterminazione della sfera sessuale, della salute della popolazione e della famiglia – che nei precedenti passaggi il *Bundesverfassungsgericht* individua come scopi del divieto di incesto – la norma svolgerebbe una funzione general-preventiva e di «stabilizzazione» del vigore delle norme (*normstabilisierend*), così da esplicitare la tavola dei valori imposta dal legislatore (*Wertsetzungen*) e contribuire al suo recepimento<sup>62</sup>.

### 2.3.3. L'opinione dissenziente di Hassemer.

L'opinione dissenziente del giudice Hassemer<sup>63</sup>, come anticipato, funge da contrappunto critico rispetto alle suestipite argomentazioni. Essa riprende motivi già presenti nella dottrina penalistica sul tema<sup>64</sup>, ma è anche, e soprattutto, una difesa di alcuni principi del diritto penale liberale.

<sup>60</sup> *Ibidem*, Nr. 49.

<sup>61</sup> *Ibidem*, Nr. 50.

<sup>62</sup> *Ibidem*.

<sup>63</sup> *Abweichende Meinung des Richters Hassemer zum Beschluss des Zweiten Senats vom 26. Februar 2008 – 2 BvR 392/07* –, in BVerfG, 2 BvR 392/07, cit., Nr. 73 ss.

<sup>64</sup> Per quanto riguarda la dottrina tedesca, oltre al già citato saggio di JUNG, *Zur Strafbarkeit des Inzests*, loc.cit., si vedano i recenti contributi di AL ZAND – SIEBENTHNER, § 173 StGB – *Eine kritische Betrachtung des strafrechtlichen Inzestverbots*, *KritV*, 2006, 69 ss.; ELLBOGEN, *Strafbarkeit des Beischlafs zwischen Verwandten. Ein Relikt aus der Vergangenheit*, ZRP, 2006, 190 ss. Il dubbio fondamento dell'incriminazione è evidenziato anche nella manualistica e nei commentari: v., rispettivamente, MAURACH – SCHROEDER – MAIWALD, *Strafrecht Besonderer Teil*, Teilband 2, 9. neue bearbeitete Auflage, Heidelberg, 2005, 182, secondo i quali lo scopo ed il fondamento dell'incriminazione sono poco chiari e controversi; LENKNER, sub § 173, in SCHÖNKE-SCHROEDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 27. Auflage, München, 1500 ss. par. 1, che esprime dubbi in merito alla compatibilità del bene giuridico tutelato rispetto al principio della separazione del diritto penale dalla morale. A livello monografico, conclude nel senso della incostituzionalità del § 173 StGB KLÖPPER, *Das Verhältnis von § 173 StGB zu Art. 6 Abs. 1 GG*, München, 1995, 47 ss. Nella nostra letteratura, le voci critiche nei confronti dell'incriminazione risalgono al Carrara, ripreso da PISAPIA, voce *Incesto e relazione incestuosa*, in *Nov. Dig. It.*, VIII, Torino, 1962, 504, e da CADOPPI – MONTICELLI, *Incesto*, cit., 73-74.

Innanzitutto, la decisione non ha individuato con precisione gli scopi perseguiti dal legislatore con la statuizione del divieto d'incesto, pur essendo quest'indagine essenziale ai fini dell'esame della proporzionalità dell'impiego della sanzione penale. Hassemer ricorda, in proposito, come la teoria del bene giuridico — che il *Bundesverfassungsgericht* «tocca solo con la punta delle dita» — è da tempo pervenuta alla conclusione che né la famiglia e il matrimonio né l'autodeterminazione della sfera sessuale costituiscono beni tutelati dal reato di incesto<sup>65</sup>.

La famiglia non può essere considerata il bene giuridico protetto per una serie di motivi. La conformazione della fattispecie di cui al § 173 co. 2° StGB, che esclude dal novero dei soggetti attivi i non consanguinei ed i minori di diciotto anni, impedisce qualunque considerazione concernente la salvaguardia di siffatto bene, che invero sarebbe leso anche se gli autori della congiunzione carnale fossero i soggetti esclusi (es. i figli adottivi)<sup>66</sup>. Similmente non s'intravedono i requisiti di una fattispecie volta ad impedire una confusione di ruoli (*Rollenüberschneidung*) nella famiglia nata dalla relazione incestuosa, dal momento che la fecondazione non è evento tenuto in considerazione (e disapprovato) dalla fattispecie penale, né un pericolo che il legislatore, tramite la formulazione della norma in questione, pretende sia appurato<sup>67</sup>.

Quanto all'autodeterminazione sessuale, Hassemer ricorda, tra l'altro, come le fattispecie a tutela di tale bene contemplano sempre «indicatori della ridotta autonomia della vittima e li convertono in presupposti della punibilità»: tale circostanza è assente dal § 173 StGB<sup>68</sup>.

Da escludere, inoltre, un punto di vista fondato su considerazioni di tipo eugenetico, non solo per la problematica dimostrazione della probabilità con cui il rapporto incestuoso trasmette tare genetiche, ma anche data l'impossibilità di configurare, nel momento in cui si compie l'azione incriminata, il titolare di un bene giuridico corrispondente alla salute di una potenziale progenie: «Il principio di una tutela penale della potenziale progenie da danni genetici presuppone l'assurda ponderazione del supposto interesse, in capo alla prole potenzialmente generata, ad una vita con difetti genetici, da un lato, con un supposto interesse alla propria non esistenza, dall'altro. Per tanto, e a buon motivo, è sconosciuta ogni punibilità del congiungimento carnale anche là dove la probabilità di generare figli disabili è maggiore, ed il prevedibile handicap più diffuso, rispetto a quanto accade nell'incesto»<sup>69</sup>.

<sup>65</sup> BVerfG, 2 BvR 392/07, cit., Nr. 80.

<sup>66</sup> *Ibidem*, Nr. 92 ss.

<sup>67</sup> *Ibidem*, Nr. 97.

<sup>68</sup> Cfr. Nr. 86 ss.

<sup>69</sup> Nr. 82-85.

Infine, Hassemer rivolge le proprie critiche contro il parametro assunto dalla Corte, incentrato su un consenso sociale «storico-culturale» sulle ragioni del divieto. Egli scrive: «L'edificazione o il mantenimento di un consenso sociale sull'imposizione di valori — nel nostro caso il divieto di congiungimento carnale tra fratelli e sorelle — non può essere fine immediato di una norma penale. In proposito, vi sono altri mezzi più adatti, nel senso voluto dal principio di *ultima ratio* e dal principio di proporzionalità quali limiti costituzionali all'intervento penalistico. Il rafforzamento di concezioni morali può essere, semmai, oggetto mediato di attesa, quale risultato a lungo termine di una equa, chiara, razionale e costante regolamentazione penale (*Strachschspflege*)»<sup>70</sup>.

Questo punto di vista, secondo Hassemer, non è riconosciuto nemmeno dalla decisione dalla quale egli dissente; solo che «rimane aperta la questione del perché una legittimazione sostenibile dovrebbe risiedere in una somma di scopi inidonei, non del tutto sufficienti, non fondati secondo l'interpretazione concreta della norma e neppure rappresentativi. In conclusione — prosegue Hassemer — il collegio (*Senat*) non nasconde di non avere nulla contro la tutela penale di una «convizione sociale storicamente e culturalmente fondata» della meritevolezza di pena dell'incesto. Io ritengo che ciò corrisponda alla tutela di una concezione morale espressa dalla società (*gesellschaftliche Moravorstellung*)»<sup>71</sup>.

### 3. Riflessioni critiche.

Quanto al merito della questione, poco vi è da aggiungere alle obiezioni di Hassemer. Ci si rende conto che la domanda fondamentale, a che scopo si punisce in caso di congiunzione carnale tra parenti, almeno se affrontata sulla scorta degli strumenti concettuali a disposizione del penalista, resta sorprendentemente priva di risposta<sup>72</sup>, mentre la categoria del bene giuridico si frantuma in un mosaico di scopi, non solo non riconducibili all'idea di un bene (si pensi ad un «interesse alla non esistenza» in capo ai figli incestuosi) ma anche non allineati ad una corretta esegesi della norma (si pensi all'attenzione rivolta alla sottomissione di uno dei soggetti o al pericolo di generare una prole affetta da malattie genetiche). Alla presa in considerazione di elementi stravaganti rispetto al tipo legale, si uniscono una discutibil-

<sup>70</sup> Nr. 100.

<sup>71</sup> Nr. 101.

<sup>72</sup> Nr. 104.

lettura dei dati empirici a disposizione<sup>73</sup> e l'enfasi riposta sulla diffusione storico-geografica del divieto<sup>74</sup>.

È dato supporre che il metabolismo decisionario abbia assorbito un'ampia serie di elementi condizionanti, sui quali di seguito si cerca di far luce.

### 3.1. La costruzione interdisciplinare e sociale del fenomeno e la sua influenza latente.

Innanzitutto, è da rilevare come la nozione di incesto muti a seconda del contesto scientifico nel quale il fenomeno è osservato. L'etnologia fornisce una definizione culturale, che ha di mira il ruolo delle persone nella famiglia più che i legami di sangue;<sup>75</sup> in quest'ambito, alcune teorie, che ricollegano il fenomeno alla funzione del divieto di endogamia, in una prospettiva – in senso lato – "economica"<sup>76</sup>, appaiono palesemente inadeguate ad una società che imposta in altro modo i propri scambi.<sup>77</sup> Per contro le scienze biologiche (sociobiologia e genetica) concepiscono l'incesto in virtù della commistione di sangue, stabilendo coefficienti di prossimità genetica tra i partner<sup>78</sup>, presupponendo, evidentemente, unioni atte a generare: ciò che la

<sup>73</sup> Sembra essere ignorata l'affermazione secondo cui l'incesto non comporta danni "diretti" nei confronti degli altri membri della famiglia, "terzi" rispetto alla relazione, ma solo danni "indiretti", cioè provocati dall'emarginazione sociale dovuta alla violazione del tabù (sul punto, MAX-PLANCK-INSTITUT, *Stellungsnahme*, cit., 96-97). Inoltre, studi specialistici rilevano l'effettivo incremento del rischio di malformazioni genetiche in caso di prole nata da relazione incestuosa; tali studi non sono però metodologicamente esenti da critiche, né la percentuale di possibilità che si trasmettano difetti genetici è suscettiva di valutazione (v. ancora MAX-PLANCK-INSTITUT, *Stellungsnahme*, cit., 112 ss.).

<sup>74</sup> Il parere del MAX-PLANCK-INSTITUT attesta che comunque sette ordinamenti sui venti analizzati non conoscono l'incriminazione (tra le esperienze più prossime alla nostra, si segnalano Francia e Spagna), e che il divieto non ha basi storiche così consolidate neppure all'interno dei paesi che attualmente lo prevedono (è il caso della Romania, dove il divieto è stato introdotto nel 1936, mentre non era previsto dal primo codice del 1864: cfr. RENCEANU, *Die Strafbarkeit des Inzests in Rumänien*, in *Stellungsnahme*, cit., 3).

<sup>75</sup> Cfr. SZIBOR, *Inzest und Konsanguinität*, in *Rechtsmedizin*, 5-2004, 387.

<sup>76</sup> Su tutte la nota tesi di Claude Lévi-Strauss, secondo cui la funzione della proibizione dell'incesto, più che di repressione di un comportamento sessuale, andrebbe vista dal punto di vista dell'obbligo di ricerca delle mogli al di fuori del proprio gruppo familiare, si da incrinare l'instaurarsi di una serie di relazioni tra gruppi che è a fondamento della società stessa (per una sintesi, con i dovuti riferimenti bibliografici, REMOTTI, voce *Famiglia, matrimonio e parentela in etnologia*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., vol. VIII, Torino, 1992, 205 ss.).

<sup>77</sup> L'inutilizzabilità di tali teorie in sede penalistica è asserta da DIPPEL, sub § 173, in *LK StGB*, 11. Auf., Band 5, Berlin, Stand 1.7.2003, par. 7; STRATENWERTH, *Inzest und Strafgesetz*, cit., 309-310; TORROBA GONZÁLEZ, *Comportamiento incestuoso*, cit., 382.

<sup>78</sup> SZIBOR, *Inzest und Konsanguinität*, loc. cit.

fattispecie legale ignora, anche solo nella forma del pericolo<sup>79</sup>. Infine, alcuni definizioni criminologiche includono la violenza e la differenza d'età come elementi rappresentativi del fenomeno<sup>80</sup>, anch'essi requisiti ignorati dal divieto legale<sup>81</sup>. Tali elementi, pur estranei al contesto legislativo, hanno talvolta influenzato la dottrina che si è spesa in favore del divieto penalistico sino a farle smarrire il contatto con le formule adoperate dalla legge<sup>82</sup>.

Alcuni studi, poi, rivelano come l'opinione pubblica tenda ad associare al termine "incesto" un connotato spregiativo, dovuto alla naturale tendenza a ricollegarvi il profilo dell'abuso, e come essa, con tale accezione negativa, persista nel contrassegnare vicende alle quali sia stato acclarato essere siffatto profilo del tutto estraneo<sup>83</sup>. Una conferma del fenomeno è offerta dalla discussione in corso in Francia: l'espunzione del divieto penale è offerta dalla dottrina dell'Illuminismo, sancita per legge dal 1810, e non teme ripensamenti tuttavia, si discute dell'opportunità di denominare alcune fattispecie vigenti

<sup>79</sup> Cfr. KLÖPPER, *Das Verhältniss*, cit., 99 ss.

<sup>80</sup> Si veda la voce "Incest" in *Encyclopedia of Criminology*, vol. II, a cura di WRIGHT-MULLE, New York-London, 2005, 723, che esordisce definendo l'incesto come «a form of child sex abuse or child molestation».

<sup>81</sup> Ovviamente, se ci si rifà alla nozione di incesto fornita al par. 1.

<sup>82</sup> E' il caso di TEMKIN, *Do We Need the Crime of Incest?*, cit., 185 ss. Della diversa definizione del fenomeno in sede criminologica, rispetto a quanto legislativamente previsto (alme dal nostro ordinamento), è invece consapevole MERZAGORA, voce *Incesto*, in *Dig. Disc. Pe* VI, Torino, 1992, 327 ss., il quale auspica, lucidamente, l'abrogazione dell'art. 564 c.p. U lizza invece l'esempio dell'incesto per argomentare circa l'importanza che il sostegno de biologia umana e la scienza del comportamento potrebbe arrecare al diritto penale – e a scelte di incriminazione – SCHUBARTH, *Humanobiologie und Strafrecht. Zur Rationalität e Inzestverbot im Lichte der Verhaltensforschung*, in *FS Grünwald*, Baden-Baden, 1999, 6 ss.

<sup>83</sup> Ci si riferisce allo studio di FISCHER, *Oedipus Wrecked? The Moral Boundaries of Incest, Gender and Society*, Vol. 17, No. 1, Feb. 2003, 92 ss., che analizza due episodi, relativi primo, alla pubblicazione di un diario da parte di una scrittrice sulla propria relazione con padre, il secondo, alla storia tra un noto regista e la figlia adottiva della moglie (in questa vicenda, per altro, assente il legame di sangue, e sulla base della legge vigente nel paese dov'è avvenuto l'episodio, non sarebbe stato neppure possibile ipotizzare un'incriminazione per incesto). La spiegazione fornita da FISCHER alla reazione suscitata nell'opinione pubblica da questi episodi è inquadrata nel passaggio – teorizzato da Foucault – da un'epoca in cui la sessualità è basata sulla riproduzione e sulla creazione di nuove famiglie, nei confronti delle quali condotta incestuosa si atteggia a fattore disfunzionale e quindi immorale, ad un'epoca in cui sessualità è vissuta in primo luogo come un bisogno individuale. In questa seconda fase giudizio morale nei confronti di una determinata pratica è sostituito dall'eventuale classificazione della stessa quale condotta "perversa" o nociva per salute. Tali nuovi parametri invano il terreno dei rapporti sessuali tra membri della stessa famiglia, anche se adulti e consenzienti, in sostituzione della semplice censura dei rapporti tra individui interessati da un legame di sangue. Secondo l'Autrice, ciò sarebbe dovuto all'influenza esercitata dal movimento femminista sulla percezione dell'incesto.

relative ad abusi sui minori, con il termine "incesto", confidando nell'effetto stigmatizzante sortito da un siffatto espediente legislativo<sup>84</sup>.

Non è da trascurare l'ipotesi che anche il *Bundesverfassungsgericht* abbia subito l'influenza di una diffusa percezione dell'incesto, che ascrive alla sua proibizione la funzione di monito a non commettere altri abusi.

### 3.2. La strumentalizzazione della "famiglia come istituzione".

Quando si invoca la tutela della famiglia, a sostegno del divieto di incesto, bisogna distinguere tra la famiglia "in concreto", ossia le relazioni familiari, e famiglia come "istituzione"<sup>85</sup>. Rispetto alla prima entità, è sufficientemente provato – ed il caso che ha dato origine alla sentenza ne è una conferma – che l'incesto è l'effetto e non la causa di uno sconvolgimento familiare; la pena, lungi dall'offrirvi schermo o rimedio, non fa che aggravare i disagi<sup>86</sup>.

Sopraggiunge, dunque, l'argomento della famiglia come "istituzione", ossia come ideale in cui la società confida quale fattore fondamentale della propria sopravvivenza e quale cellula propulsiva dello sviluppo della personalità dei suoi membri<sup>87</sup>, ideale che va preservato da tensioni sessuali generalizzate all'interno del rapporto coniugale<sup>88</sup>. In questa cornice, la struttura familiare è vista come ordine sociale predefinito, che trova mero riconoscimento positivo: l'incesto ne corrode le fondamenta in quanto – riprendendo un'espressione del *Bundesverfassungsgericht* – fenomeno generativo di una "confusione di ruoli" (*Rollenüberschneidung*) in tale struttura consolidatisi.

La ricostruzione in questione fa leva su una pura astrazione.

<sup>84</sup> Ne danno notizia PFÜTZNER-SAAS, *Die Strafbarkeit des Inzests in Frankreich*, in MAX-PLANCK-INSTITUT, *Stellungnahme*, cit., 9.

<sup>85</sup> Cfr. AL ZAND-SIEBENHÜNER, § 173 StGB, cit., 72, 77 ss.

<sup>86</sup> In questi termini, già STRATENWERTH, *Inzest und Strafgesetz*, cit., 312.

<sup>87</sup> Per una ricostruzione di questi profili nella dottrina e nella giurisprudenza costituzionale (v. *retro*, par. 2.1), l'argomento trova credito in una parte della nostra dottrina, dove una posizione simile è sostenuta da DELOGU, *Commentario al diritto italiano della famiglia*, diretto da CIAN – OPPO – TRABUCCHI, vol. VII, Padova, 1995, 164: la scelta di tutelare la morale sessuale familiare, secondo l'insigne Studioso, si rivelerebbe «più che mai legittima» alla luce del disposto costituzionale (art. 29) sopravvenuto alla norma incriminatrice del '30; proprio la concessione di un'entità intermedia tra individuo e Stato giustificerebbe la tutela del «buon andamento della famiglia» contro il fenomeno dell'incesto che, per contro, sovverte la «funzionalità» della famiglia stessa rispetto a questo compito.

<sup>88</sup> FROMMELT, sub § 173, in *Nomos Kommentar StGB*, Baden-Baden, 2005, 3204-3207, in giurisprudenza, un cenno in BGHSt 39, 326, del 29/11/1993, Nr. 16.

Per un verso, questa ricostruzione presenta più di un'analogia con la spiegazione etnologica che intravede la funzione del divieto d'incesto nel mantenimento di determinate strutture familiari, finalizzate, a loro volta, alla conservazione della società<sup>89</sup>. È utile, tuttavia, rammentare le obiezioni mosse a questa spiegazione nella letteratura specialistica<sup>90</sup>. Se è vero che il divieto d'incesto ha contribuito a plasmare la struttura della famiglia che noi conosciamo, non è altrettanto vero che la sua assenza avrebbe prodotto effetti distruttivi sulla stessa: tali effetti si producono in una società che già conosce il divieto, poiché è la reazione sociale che si accompagna alla violazione del tabù – e non la sua violazione come tale – la tenuta fonte di sfaldamento dell'istituto familiare. Inoltre, chi sostiene che la tutela dell'assetto familiare sia la ragione del divieto, muove dal presupposto secondo cui, senza la famiglia – quale noi la conosciamo, quindi, modellata anche alla stregua della proibizione dell'incesto –, la società umana precipiterebbe nel caos; il che, non solo non è passibile di dimostrazione, ma è finanche storicamente passibile di smentita<sup>91</sup>; e si regge, in ogni caso, su un asserto ipotetico, altrettanto valido quanto quello che sorreggerebbe l'ipotesi contraria, cioè che l'ordine sociale, nella forma a noi nota o in altra forma, sarebbe sopravvissuto o sopravviverebbe alla scomparsa del tabù.

Per altro verso, quando ci si richiama all'istituto familiare, si è costretti a fare i conti con la serie di difficoltà in cui s'imbattano i tentativi di definizione positiva della "famiglia". La relatività e storicità del concetto sostanziale e una consequenziale debolezza – o vera e propria impossibilità<sup>92</sup> – di una definizione giuridica della "famiglia", anche in sede penalistica, come oggetto di tutela di una classe di reati, sono temi noti e dibattuti<sup>93</sup>. In altra

<sup>89</sup> In particolare, la tesi elaborata da Bronislaw Malinowski alla fine degli anni '20, esposta da CECCARELLI, *Il tabù dell'incesto*, cit., 25 ss., al quale si rinvia per i necessari riferimenti bibliografici. Un interessante riscontro è offerto dall'esperienza romana: a sostegno dell'incriminazione la legge allega le consuete argomentazioni: biologia, famiglia, morale; la rinuncia a tutelare tali interessi costituirebbe (addirittura) un rischio per l'intero genere umano (cfr. RINCEANU, *Die Strafbarkeit des Inzests in Rumänien*, cit., 5-6).

<sup>90</sup> Le osservazioni critiche contenute nel testo sono tratte da CECCARELLI, *Il tabù dell'incesto*, cit., 27 ss.

<sup>91</sup> In luogo di molti, MERZAGORA, voce *Incesto*, cit., 327 ss.

<sup>92</sup> KLOPPER, *Das Verhältniss*, cit., 65.

<sup>93</sup> In generale, sulla storicità e relatività della nozione, BARCELLONA, voce *Famiglia (dir. civ.)*, in *Enc. Dir.*, XVI, Milano, 1967, 779 ss. In diritto costituzionale, v. BIN, *La famiglia, alla radice di un ossimoro*, *Stadium iuris*, 2000, 10, 1066 ss. (reperibile anche su <http://www.robertobin.it/bibliografia.htm>); per un quadro sulle possibili interpretazioni dell'art. 29 Cost. e, in particolare, sulle difficoltà sollevate dall'espressione "società naturale" SALERNO, sub art 29, in CRISAFULLI – PALADIN, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 1990, 204 ss. Sulle difficoltà di rinvenire un concetto penalistico di famiglia, v. G.PECORELLA, voce *Famiglia* (delitti contro la), in *Enc. Dir.*, XVI, Milano, 1967, 806-807;

occasione, la Corte costituzionale tedesca ha avuto modo di restringere la nozione di famiglia – rilevante ai fini dell'art. 6 GG – alla sola comunità creata da genitori e figli minori<sup>94</sup>; diviene allora arbitrario presidiare penalmente la comunità familiare di provenienza, solo idealmente esistente, danneggiando quella comunità concreta di vita alla quale l'unione incestuosa ha dato luogo<sup>95</sup>. Superfluo poi intrattenersi sull'evoluzione subita dall'idea di famiglia nel nostro ordinamento<sup>96</sup>, con particolare riferimento ad interessi riconducibili all'unione incestuosa, si ricordi l'illegittimità costituzionale della disposizione che vieta il riconoscimento di figli nati da simile unione<sup>97</sup> ed il risarcimento danni seguente alla morte di uno dei partner nei confronti dell'altro quale convivente *more uxorio* in una coppia incestuosa<sup>98</sup>.

Innanzitutto a questa realtà, intravedere nella famiglia, quale istituzione sociale riconosciuta e quindi imposta dal diritto, il bene giuridico tutelato dalla (o semplicemente il fine della) fattispecie penale d'incesto significa risolvere il binomio famiglia come istituzione e, ad un tempo, garanzia di diritti individuali, a scapito di questi ultimi<sup>99</sup>, contro i quali si accampa un feticcio ide-

RIONDATO, *Introduzione a "famiglia"*, cit., 5 ss., che denuncia «fattori di instabilità dell'operazione definitoria»; più problematica la posizione di PISAPIA, voce *Famiglia* (diritto penale), *Nov. Dig. It.*, VII, Torino, 1961, 52 ss., il quale, dall'analisi delle singole disposizioni del codice penale, ricava la conclusione secondo cui il legislatore penale non ha accolto una «nozione unitaria di famiglia, valida per tutti i casi e rilevante sul piano sistematico»: tuttavia, la famiglia non sarebbe priva di rilievo come tale, cioè come istituzione, non potendosi ridurre alla semplice somma delle individualità in essa ricomprese (*ibidem*, 55). Altrettanto complessa è la ricostruzione di un bene incentrato sulla morale familiare: in senso affermativo, CON-  
TENTO, voce *Morale familiare* (delitti contro la), in *Enc. Giur. Treccani*, XX, Roma, 1990, 2; in senso negativo, CARMONA, voce *Morale familiare*, in *Enc. Dir.*, XXVII, Milano, 1977, 32 ss.

<sup>94</sup> BVerGE 80, 81, 90; ulteriori riferimenti in KLÖPPER, *Das Verhältnismis*, cit., 66 ss.

<sup>95</sup> Cfr. HÖRNLE, *Das Verbot des Geschwisterinzests*, cit., 2086.

<sup>96</sup> In generale, di recente, v. FERRANDO, *Il diritto di famiglia oggi: c'è qualcosa di nuovo, anzi d'antico*, *Pol. dir.*, 2008, 3 ss.; in chiave penalistica, v. SCORDAMAGLIA, *Prospettive di nuova tutela penale della famiglia*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 366 ss., e, più di recente, PREZIOSI, *La famiglia nella giurisprudenza penale: orientamenti e prospettive*, *Crit. dir.*, 2004, 187 ss.

<sup>97</sup> Corte cost., sentenza n. 494 del 2002 sugli artt. 278, co. 1°, e 251 c.c., incostituzionali, nella parte in cui escludono la dichiarazione giudiziale della paternità e della maternità naturali e le relative indagini, nei casi in cui, a norma dell'art. 251, primo comma, del codice civile, il riconoscimento dei figli incestuosi è vietato.

<sup>98</sup> Nella fattispecie due fratelli: cfr. Trib. Venezia, sez. III civ., 31/07/2006, il cui contenuto è esposto e commentato da DELL'UTRI, *Relazione incestuosa e danno. Appunti in tema di diritto e cultura*, *Riv. dir. civ.*, 2008, 161 ss.

<sup>99</sup> In tale direzione la critica mossa da PREZIOSI, *La famiglia nella giurisprudenza penale*, cit., 204-205 alla citata sentenza della Corte costituzionale italiana n. 518 del 2000 sull'art. 564 c.p. Nella letteratura tedesca, KLÖPPER, *Das Verhältnismis*, 85 ss., a seguito di una approfondita ricostruzione dell'art. 6, co. 1° GG, considera il § 173 un'ingerenza nel diritto fondamentale

ologico, radicato nella società, forse, ma non per questo ad essa connotato. E significa in fin dei conti, come in altri casi, fare della famiglia il veicolo di una «morale imposta»<sup>100</sup>. Con ciò l'argomento «difesa della famiglia» sfocia nell'altro, contiguo, della sanzione penale come gendarme di una convizione morale o culturale<sup>101</sup>.

### 3.3. La tutela penale di un punto di vista culturale dominante.

Ci si chiede, ora, se ciò che la Corte costituzionale tedesca chiama «convizione sociale» (*gesellschaftliche Überzeugung*) possa vantare una propria dignità di argomento a sostegno dell'incriminazione, e se nel caso sia dotato di autonomia, rispetto alla tutela della morale *tout court*, e di coerenza, rispetto all'intento di fondare «razionalmente» la norma penale<sup>102</sup>.

Un supporto all'impiego di questa formula potrebbe giungere dal consenso, professato anche da autorevolissima dottrina, a che il bene giuridico possa esaurirsi in una «convizione profondamente radicata nella società»<sup>103</sup>: ciò, però, si verificherebbe solo in ipotesi eccezionali, e la dottrina non intravede ragioni sufficienti a che una tale ipotesi ricorra nell'incesto<sup>104</sup>.

Diversamente, potrebbe convenirsi sul fatto che la ricerca di un bene giuridico sia operazione superflua, cogliendo la necessità della punizione, in certi casi, piuttosto che nella (accidentale) lesione di beni o diritti altrui, nel fatto che la violazione di alcune norme comportamentali, profondamente radicate nella coscienza sociale, suscitò «disorientamento» per effetto di indomabili «paure» della società<sup>105</sup>; o, ancora, nel fatto che esse norme apparten-

all'«autonoma gestione della sfera privata familiare» («autonome Gestaltung der familiären Privatsphäre»).

<sup>100</sup> L'espressione ricorre in BEN, *La famiglia*, loc.cit.

<sup>101</sup> Cfr. AL ZAND-SIEBENHÜNER, § 173 StGB, cit., 78.

<sup>102</sup> Un riferimento al rapporto tra incriminazione e «realtà» o «coscienza sociale», per vero, non è estraneo anche alla nostra giurisprudenza costituzionale: v. le due sentenze sull'adulterio, n. 64 del 1961 e n. 126 del 1968, con esiti diversi, e Corte cost. sentenza n. 341 del 1994 sull'oltraggio (ove, per altro, il mutamento della percezione sociale dell'incriminazione è ricavato dal dato comparatistico e dal disagio dei giudici di merito nell'applicazione della norma).

<sup>103</sup> JESCHECK-WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, AT, 5. Aufl., Berlin, 1996, 7, sulla base dell'esempio della *Tierquälerei*; l'autorevole manuale è richiamato da FORTI, *Per una discussione*, cit., 293-294, al quale si rinvia per ulteriori riferimenti a quella letteratura tedesca che considera taluni valori «beni giuridici», nella prospettiva di difesa di *Kulturformen* così radicate che, se non intervenisse il diritto penale, vi è motivo di credere in una giustizia «fai da te» da parte della popolazione.

<sup>104</sup> Cfr. DIPPEL, § 173, cit., par. 14; KLÖPPER, *Das Verhältnismis*, cit., 124 ss.

<sup>105</sup> Cfr. JAKOBS, *Strafrecht*, AT, 2. Aufl., Berlin-New York, 1991, 43 ss.

gano ad un nugolo di regole, alla cui validità una comunità subordina il proprio riconoscimento quale comunità di valori storicamente determinata («diese Wertgemeinschaft»)<sup>106</sup>. Proprio per evidenziare l'appuntarsi del rimprovero sulla mera trasgressione di un modello comportamentale e la tutela della società da «sentimenti» di indignazione, si parla, rispettivamente, di *Verhaltensdelikte* e di *Gefühlschutzdelikte*<sup>107</sup>. Ogni approdo teorico al riguardo non è saldissimo, ma può dirsi che, pur essendo l'incesto annoverato tra gli esempi eccellenti di *Verhaltensdelikte*, esso non trova alcuna giustificazione nell'ambito di tali speculazioni<sup>108</sup>.

Nella condotta incestuosa, non si avverte sentore di un reale disturbo nella sfera giuridica altrui<sup>109</sup> o di pericolo per lo svolgimento di una quieta convivenza<sup>110</sup>, ciò che talvolta, a prescindere dalle riserve teoriche relative all'assenza di un vero bene giuridico, può orientare le scelte di incriminazione<sup>111</sup>.

Ciononostante, la tesi che il legislatore debba tener conto di una radicata convinzione sociale, e che addirittura gli sia impedito modificare la tavola dei valori penalmente presidiata là dove ciò solleverebbe la reazione indignata dei consociati, emerge nell'esperienza della (ri)codificazione di alcuni paesi, in cui viene adottata tra i motivi del mantenimento della fattispecie di

incesto<sup>112</sup>. Una riforma del diritto penale – questo il principio ispiratore – deve asservire certe concezioni dei valori della popolazione<sup>113</sup>.

L'atteggiamento del legislatore, in tali occasioni, può essere giudicato anche alla luce dall'applicazione dell'analisi economica del diritto alla regolamentazione dei comportamenti sessuali – nonostante questo tipo di analisi sia orientata a liberare la regolamentazione del sesso da pregiudizi morali<sup>114</sup>; il ribrezzo suscitato da alcune pratiche dovrebbe esser valutato quale «esternità» da parte di un legislatore attento all'efficienza economica delle norme in materia; infatti, sebbene il liberalismo classico insegna che essa sia «un pessimo fondamento della regolamentazione pubblica», «la repulsione – rivestita o meno dell'epiteto morale – è un fatto che il politico non può ignorare»<sup>115</sup>.

Tuttavia, l'assunto in base al quale il legislatore dovrebbe ispirarsi ad una convinzione sociale, nei termini sin qui riferiti, non persuade affatto. Esso poggia su un'artificiosa scissione tra un precetto morale e la reazione sociale causata dalla sua trasgressione: facendo leva su quest'ultima, si tenta di conferire una parvenza utilitaristica alla scelta legislativa di difendere il primo<sup>116</sup>. Ma, a parte la difficoltà di indagare empiricamente sull'esistenza di valori così radicati da suscitare unanimi reazioni di sdegno<sup>117</sup>, l'argomento

<sup>112</sup> Si tratta delle esperienze del Canada e della Svizzera, come segnalato dal MAX-PLANCK-INSTITUT, *Stellungnahme*, cit., 65. In dottrina, alla prospettiva aderisce SCHUBARTH, *Humano-biologie und Strafrecht*, cit., 642.

<sup>113</sup> «Eine Strafrechtsrevision habe gewissen Wertvorstellungen in der Bevölkerung zu dienen», secondo quanto riportato da SCHUBARTH, *Die Strafbarkeit des Inzests in der Schweiz*, in *Stellungnahme*, cit., 6, con riferimento all'esperienza svizzera.

<sup>114</sup> Si allude all'opera di POSNER, *Sesso e ragione*, trad. it. di *Sex and Reason*, 1992, Milano, 1995.

<sup>115</sup> Così, in termini problematici, POSNER, *Sesso e ragione*, cit., 198 ss., dopo aver constatato l'inspiegabilità altrimenti del tabù dell'incesto.

<sup>116</sup> Cfr. TEN, *Crime and Immorality*, in *The Modern Law Review*, Vol. 32, No. 6, Nov. 1969, 653 ss. Per un'esposizione della contrapposizione tra morale «utilitarista», cioè rivolta alla tutela di interessi aventi rilievo pratico, e morale «assolutizzante», che si risolve nella difesa di un mero principio, FERRAJOLI, *Aborto, morale e diritto penale*, *Prassi e teoria*, 1976, 414 ss.

<sup>117</sup> Sostiene, su questa base, che nelle società odierne l'argomento della difesa di una morale prevalente sia di fatti sempre perdente TEN, *Crime and Immorality*, cit., 655. Rispetto al tema specifico dell'incesto, MAURACH-SCHROEDER-MAIWALD, *Strafrecht*, cit., 182 evidenziano come la punibilità della congiunzione carnale tra parenti non sia un «convincimento culturale generale» (*allgemeine Kulturüberzeugung*); significativo anche il lavoro di F.ROMANO, *L'incesto: è ancora in grado di suscitare pubblico scandalo?*, *Giur. mer.*, 1998, 866-868, il quale dubita del fatto che l'incesto sia ancora in grado di suscitare la ripugnanza della collettività. Su un piano più generale, va ricordato come la sussistenza di determinati valori andrebbe accertata in base a complesse criteriologie, sulle quali il dibattito sociologico è tutt'ora in corso (ne fornisce uno spaccato ROCCATO, *La rilevanza empirica dei valori*, *Rass. it. sociologia*, gennaio-marzo 2008, 40 ss.).

<sup>106</sup> STRATENWERTH, *Zur Legitimation von „Verhaltensdelikten“*, in „*Mediating Principles*“, *Begrenzungsprinzipien bei der Strafbeggründung*, a cura di VON HIRSCH – SEELMANN – WOLTERS, Baden-Baden, 2006, 157 ss., citato a p. 162, che dimostra, però, come un punto di vista culturale dominante («herrschende Kulturüberzeugung») non sia sufficiente a giustificare un'incriminazione (*ibidem*, 159).

<sup>107</sup> In argomento, con diverse prospettive, HÖRNLE, *Der Schutz von Gefühlen im StGB*, in *Die Rechtstheorie: Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, cit., 268 ss.; SEELMANN, *Verhaltensdelikte: Kulturschutz durch Recht?*, in *FS Jung*, Baden-Baden, 2007, 893 ss.; STRATENWERTH, *Zur Legitimation von „Verhaltensdelikten“*, cit., 157 ss.

<sup>108</sup> HÖRNLE, *Der Schutz von Gefühlen*, cit., 277; KUHLEN, *Rechtsgüter und neuartige Deliktstypen*, in „*Mediating Principles*“, cit. 150-151; SEELMANN, *Verhaltensdelikte*, cit., 904-905; STRATENWERTH, *Zur Legitimation von „Verhaltensdelikten“*, cit., 163.

<sup>109</sup> Così riguardo alle offese nei confronti della pietà dei defunti, SEELMANN, *Verhaltensdelikte*, loc. ult. cit.; sulle difficoltà di giustificare tale categoria di reati v. però VON HIRSCH, *Der Rechtsgutsbegriff und das „Harm Principle“*, cit., 24-25.

<sup>110</sup> «Störung des öffentlichen Friedens» secondo la formula tedesca, ripresa da STRATENWERTH, *Zur Legitimation von „Verhaltensdelikten“*, cit., 161, a sostegno della sua tesi sui *Verhaltensdelikte*. Con riferimento al nostro ordinamento, si consideri, ad es., come, in materia di tutela della religione, ci sia soffermati su una auspicabile svolta dell'intervento penale, dalla tutela del «sentimento» religioso come libertà individuale, alla garanzia della convivenza dei diversi gruppi religiosi, quale bene affine all'ordine pubblico (cfr. SGUBBI, *Religione e diritto penale nella giurisprudenza della Corte costituzionale (articoli 8 e 19 Cost.)*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di VASSALLI, Milano, 2006, 207-208).

<sup>111</sup> Diffusamente KLOPPER, *Das Verhältnis*, cit., 126 ss.

sarebbe strumentalizzabile: praticamente in ogni occasione in cui il diritto appare sposare null'altro che "una convinzione, radicata da tempo nella cultura e nella storia della società"<sup>118</sup>: in questa chiave, anche la criminalizzazione dell'omosessualità diverrebbe accettabile<sup>119</sup>.

In conclusione – come sostenuto da Hassemer – l'argomento qui discusso non guadagna alcuna autonomia rispetto alla mera imposizione di una visione morale che si ritiene essere quella della "maggioranza"<sup>120</sup>, né soddisfa l'esigenza di razionalità delle norme penali.

### 3.4. L'eclissi del bene giuridico e la venatura normativista del giudizio costituzionale sulle norme penali.

Il ruolo del bene giuridico, come visto, esce fortemente ridimensionato dalla decisione in commento. Non si tratta di una novità: il "disdegno" delle potenzialità critiche della teoria dei beni è una costante nella giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht*<sup>121</sup>. Nella verifica della legittimità costituzionale

<sup>118</sup> Questa, si ricorderà, l'espressione usata dalla Corte tedesca. Non dissimile l'argomento che si rinviene nella sentenza della Corte costituzionale italiana che salvò la fattispecie di adulterio a carico della donna dalla censura di incostituzionalità: «il legislatore penale, – ritene la Corte, a sostegno della (discriminatoria) incriminazione – lungi dall'ispirarsi a sue limitate particolari vedute, non ha fatto che adeguarsi a una valutazione dell'ambiente sociale che, per la sua generalità, ha influenzato anche altre parti dell'ordinamento giuridico» (Corte cost. sentenza n. 64 del 1961).

<sup>119</sup> Cfr. HÖRNLE, *Das Verbot des Geschwisterinzests*, cit., 2088. Per la legittimità del reato di omosessualità maschile, in effetti, si era pronunciata BVerGE 6, 389, del 10 maggio 1957. Viceversa, la bizzarra motivazione utilizzata dal legislatore del '30, a supporto della espunzione dal progetto finale del codice penale del reato di omosessualità, suona come una sorta di *reductio ad ridiculum* della tesi criticata nel testo: la previsione non è considerata necessaria (ma la fattispecie è repressa mediante le misure di sicurezza di polizia), «perché per fortuna ed orgoglio dell'Italia il vizio abominevole che ne darebbe vita non è così diffuso tra noi da giustificare l'intervento del legislatore (...)». Il silenzio intorno all'omosessualità funziona meglio di una repressione aperta (...). La censura e la negazione hanno il significato di impedire la discussione e la conoscenza» (il passo è tratto dalla relazione redatta dalla Commissione Appiani, citata da DELL'UTRI, *Relazione incestuosa e danno*, 180-181).

<sup>120</sup> Nella giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, ad esempio, non emerge alcuna distinzione tra morale, convenzione sociale, disgusto, decenza, etica e *similia* (così GOLDBERG, *Morals-Based Justifications for Lawmaking: Before and After Lawrence v. Texas*, in *Minnesota Law Review*, Vol. 88, 2004, 1242).

<sup>121</sup> SCHÜNEMANN, *Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation*, in *Die Rechtsgüthetheorie: Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, cit., 142 ss. L'esempio eclatante, fortemente criticato da Schünemann, è la già citata sentenza del BVerGE 90, 145 sulla *cannabis*, le cui controverse motivazioni sono, per altro, oggetto di due opinioni dissenzienti

le delle norme penali prevale una rivendicazione di autonomia rispetto agli strumenti elaborati dalla dottrina penalistica, ai quali la giurisprudenza costituzionale non si sente vincolata: per essa, il bene giuridico coincide con "fondamentali ed elementari beni comuni (*Gemeinschaftsgüter*)"<sup>122</sup>, si dissolve nei fini legislativi, rispetto ai quali è condotto il giudizio di proporzionalità<sup>123</sup>. Di fatto, poi, al legislatore la Corte tedesca riconosce una discrezionalità pressoché illimitata<sup>124</sup>.

Nella sentenza sull'incesto, il *Bundesverfassungsgericht*, non solo trascura i tentativi dottrinari di definire il concetto di bene giuridico, ma ne decreta esplicitamente l'insuccesso. Questa conclusione non può che apparire affrettata: benché la scienza penalistica sia costretta a prendere atto della sproporzione tra energie profuse e risultati sinora conseguiti<sup>125</sup>, la discussione sul tema è più che viva<sup>126</sup>, e dei suoi frutti, secondo autorevoli ricostruzioni, potrebbe ancora beneficiare proprio l'imposizione di argini costituzionali al diritto di punire<sup>127</sup>.

(in particolare, si veda la *abweichende Meinung* del giudice SOMMER, in BVerGE 90, 145, Nr. 222 ss.).

<sup>122</sup> Cfr. VOGEL, *Strafrechtsgüter und Rechtsgüterschutz*, cit., 111, dove si analizzano le varie formule adoperate dal *Bundesverfassungsgericht*.

<sup>123</sup> Cfr. LAGODNY, *Das materielle Strafrecht als Prüfstein der Verfassungsdogmatik*, in *Die Rechtsgüthetheorie: Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, cit., 85. Una simile dilatazione del giudizio di costituzionalità oltre il confronto con l'«offesa ad un bene giuridico si registra anche nel nostro ordinamento (dove il parametro imperante è la ragionevolezza, più che la proporzionalità: per un'analisi comparata dei due principi, BELFIORE, *Giudice delle leggi*, cit., 259 ss.). La Corte costituzionale italiana prende in esame tutti gli elementi incidenti sul giudizio di disvalore del reato, sino ad abbracciare gli scopi di politica criminale, «la loro intrinseca legittimità e quella del mezzo prescelto» (PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 362). Il principio di offensività è solo uno dei criteri del controllo sulla «razionalità politico-criminale», che si atteggia a effettivo parametro del «controllo sui contenuti della legge penale» (*ibidem*, 369; sull'intera tematica e sui suoi recenti sviluppi, v. comunque MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Torino, 2005, 213 ss.).

<sup>124</sup> VOGEL, *Strafrechtsgüter und Rechtsgüterschutz*, cit., 112-113.

<sup>125</sup> FORTI, *Per una discussione*, cit., 292.

<sup>126</sup> Con riferimento alla sola dottrina tedesca, cfr. HEFENDEHL, *Mit langem Atem: Der Begriff des Rechtsguts. Oder: Was seit dem Erscheinen des Sammelbandes über die Rechtsgüthetheorie geschah*, GA, 2007, 1 ss., ed ivi i numerosi richiami.

<sup>127</sup> HASSEMER, *Darf es Straftaten geben, die ein strafrechtliches Rechtsgut nicht in Mitleiden schaff ziehen?*, in *Die Rechtsgüthetheorie: Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, cit., 57 ss. È appena il caso di ricordare come all'*humus* culturale, su cui queste riflessioni sono impiantate, non risulta solcato – al contrario che nel nostro Paese – da una stagione in cui la costituzione è stata additata come mezzo programmatico delle riforme e veicolo di contatto tra diritto penale e politica criminale in una "sintesi superiore", anche, ma non solo, rispetto alla scelta degli interessi da tutelare: v. BRUCOLA, *Rapporti tra dogmatica e politica criminale*, cit., 3 ss., e, dieci anni più tardi, sui risultati sostanzialmente modesti raggiunti da questo programma, DONINI, *Dogmatica penale e politica criminale a*

L'inadeguata funzione limitatrice delle incriminazioni espressa dal bene giuridico è nondimeno il filo conduttore di una critica alla teoria dei beni, mossa, in dottrina, "dal punto di vista del diritto costituzionale"<sup>128</sup>. Ne riassumiamo alcuni passaggi.

a) La teoria del bene giuridico non ha conseguito alcun risultato certo ed apprezzabile in merito alla definizione ed al contenuto di tale categoria<sup>129</sup>; b) la funzione assegnata al bene giuridico può ritenersi storicamente esaurita con l'introduzione di una costituzione: i vincoli posti dalla fonte sovraordinata rendono anacronistica la sfiducia nei confronti del legislatore, incarnata dal ricorso ad un parametro pre-positivo<sup>130</sup>; c) il trincerarsi della scienza penale dietro questo parametro, introducendo un elemento di valore nell'analisi del diritto positivo, rischia di offuscare la divisione tra diritto e morale<sup>131</sup>; d) la decisione su quali siano gli interessi meritevoli di tutela ("potere di definizione": *Definitionsmacht*), in uno stato democratico fondato sulla costituzione, spetta legittimamente al legislatore; a questa decisione il concetto di bene giuridico non può opporsi: essenza stessa del reato diviene la violazione di una norma di comportamento, di cui interessa appurare solo la conformità ai vincoli costituzionali, alla stregua di un giudizio mezzi-fini (proporzionalità), dal quale – al contrario di quanto preteso dalla teoria del bene giuridico – nessun fine è escluso *a priori*<sup>132</sup>.

La prima affermazione (*sub a*) richiederebbe un'autonomia ed approfondita trattazione, non concessa in questa sede<sup>133</sup>. Se si accettano quali postulati gli assunti della concezione "critica" del bene giuridico<sup>134</sup>, è invece possibile spendere qualche considerazione in merito alle altre affermazioni della tesi suseposta.

La funzione del bene giuridico non può dichiararsi esaurita al cospetto della costituzione: la teoria del bene giuridico – ed i suoi antesignani – è nata sì prima dell'introduzione di una carta costituzionale, ma trae la sua linfa ideologica dalla supposta vigenza di un contratto sociale che fissa e limita le

prerogative del potere statale; essa prefigura, quindi, la trasposizione di tale patto in una costituzione, e resta attuale quando ciò che presupponeva viene formalizzato<sup>135</sup>. Il rinvenimento di entità pre-positive resta affatto problematico<sup>136</sup>, ma al bene giuridico è ascritto esattamente il merito di voler separare il diritto dalla morale<sup>137</sup>, e in ogni caso, al di là della pratica realizzabilità di tale programma, l'abbandono della categoria in favore dello "scopo" non è di certo garanzia di un risultato maggiormente apprezzabile sotto questo profilo, se è vero, come riconosciuto dai sostenitori della tesi che si commenta (e come del resto dimostrato dalla sentenza sull'incesto) che, sostituendo al "bene" lo "scopo", si può benissimo legittimare la tutela penale di una data concezione morale<sup>138</sup>.

Ma soprattutto preme evidenziare come la tesi (*sub c*), per la quale la concezione del reato gravita attorno alla violazione di una norma, mentre la pena mira al ripristino della validità di questa<sup>139</sup>, promuove un sodalizio tra alcune posizioni normativiste e giurisprudenza costituzionale<sup>140</sup>. Se è così, la premessa da cui muove il giudizio del *Bundesverfassungsgericht* – vale a dire un'accurata ricostruzione dei presupposti empirici dell'incriminazione – è destinata sin dal principio ad infrangersi sul muro che il normativismo (radicale) intende erigere tra categorie penalistiche ed empiria<sup>141</sup>. Al contrario, il

<sup>135</sup> Cfr. SCHÜNEMANN, *Das Rechtsgüterschutzprinzip*, cit., 137 ss.; SCHÜNEMANN, *Rechtsgüterschutz, ultima ratio und Viktimodogmatik – von den unverrückbaren Grenzen des Strafrechts in einem liberalen Rechtsstaat*, in *Mediating Principles*, cit., 20-21.

<sup>136</sup> FORTI, *Per una discussione*, cit., 290 ss.

<sup>137</sup> Nel senso che una determinata convinzione morale o religiosa non può essere, alla luce della teoria dei beni, di per sé fonte di incriminazioni: v. SCHÜNEMANN, *Das Rechtsgüterschutzprinzip*, cit., 141. Sul punto già MARX, *Zur Definition des Begriffs „Rechtsgut“*, *Prolegomena einer materialen Verbrechenslehre*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1972, 84 ss. Naturalmente, se il bene giuridico risente di «concezioni della società e dello Stato di volta in volta dominanti», la separazione con la morale è favorita nella temerarietà della c.d. "concezione liberale" (cfr. FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale*, PT, 5ª ed., Bologna, 2007, 6 ss., citazione a p. 7).

<sup>138</sup> APPEL, *Rechtsgüterschutz*, cit., 302. Unico limite sarebbe la mera disobbedienza, che tuttavia, come lo stesso Appel riconosce, non è stata ancora definita dalla giurisprudenza costituzionale (*ibidem*, 304; anche inteso come mera disobbedienza verso precetti sanzionabili in via amministrativa, il criterio ha dato una pessima prova di sé, non essendo riconosciuto dalla Corte anche al cospetto di casi eclatanti di supina accessoria della sanzione penale ad infrazioni di tipo "amministrativo": v. VOGEL, *Strafrechtsgrüter und Rechtsgüterschutz*, cit., 112).

<sup>139</sup> L'impostazione in questione affiora dall'affermazione del *Bundesverfassungsgericht*, secondo cui la fattispecie di incesto avrebbe una funzione general-preventiva e di "stabilizzazione" normativa (*retro*, par. 2.3.2).

<sup>140</sup> In particolare con la concezione dogmatica propugnata da Günther Jakobs (cfr. JAKOBS, *Strafrecht*, cit., 5 ss.). Il nesso tra la teoria di Jakobs e concezione metodologica è colto da MANES, *Il principio di offensività*, cit., 30.

<sup>141</sup> Cfr. SCHÜNEMANN, *Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft*, in *FS Roxin*, Berlin 2001, 14, che bolla la teoria di Jakobs come "empiriefreier Normativismus".

*orientamento costituzionalistico. Conoscenza e controllo critico delle scelte di incriminazione, Dei delitti e delle pene*, 1998, 56 ss.

<sup>128</sup> APPEL, *Rechtsgüterschutz durch Strafrecht? Anmerkungen aus verfassungsrechtlicher Sicht*, *KritV*, 1999, 278 ss.

<sup>129</sup> APPEL, *Rechtsgüterschutz*, cit. 288 ss.

<sup>130</sup> APPEL, *Rechtsgüterschutz*, 286-287.

<sup>131</sup> APPEL, *Rechtsgüterschutz*, cit., 297-298.

<sup>132</sup> APPEL, *Rechtsgüterschutz*, 308 ss.

<sup>133</sup> Per una veemente difesa del valore del bene giuridico come condizione di legittimità delle scelte di incriminazione si veda comunque SCHÜNEMANN, *Das Rechtsgüterschutzprinzip*, cit., 133 ss; esemplificativa di un approccio critico, invece, la posizione di STRATENWERTH-KUHLEN, *Strafrecht*, AT I, 5. Auf., Köln-Berlin-München, 2004, 29-30.

<sup>134</sup> Sui cui sviluppi, di recente, MANES, *Il principio di offensività*, cit., 19 ss.

riferimento al bene giuridico assicurerebbe una dialettica costante tra scelta normativa, quale è la scelta degli oggetti degni di tutela penale, e "realtà", che affiora dalla selezione dei fatti lesivi del bene prescelto<sup>142</sup>.

#### 4. Conclusioni.

In conclusione, la decisione della Corte tedesca non allevia lo scetticismo nutrito dalla dottrina penalistica nei confronti dell'incriminazione. L'esito offre un'occasione in più per interrogarsi sulla disponibilità della giurisprudenza costituzionale ad accogliere le istanze raziocinanti del sistema punitivo provenienti dalla dottrina<sup>143</sup>.

La razionalità con cui la scienza penale si oppone alla tendenza del legislatore ad assecondare le pulsioni irrazionali del diritto penale è, in fondo, un carattere storicamente consolidato dei rapporti tra scienza e legislazione penali<sup>144</sup>. Difficile, invece, misurare la distanza con cui la giurisprudenza costituzionale si colloca nei confronti di questa opposizione: la ritrosia con cui le corti accolgono questioni inerenti a norme penali discende dalla consapevolezza dell'ineffabile funzione politica connessa all'esercizio delle loro funzioni<sup>145</sup>. L'«autocontenimento» è un atteggiamento tanto frequente, quanto maggiore è la delicatezza politica della questione<sup>146</sup>, sì che, in alcuni casi, la giurisprudenza costituzionale ritiene di non dover varcare la soglia della discrezionalità legislativa<sup>147</sup>.

Non è agevole scorgere dietro un "reliro del passato" come la fattispecie di incesto<sup>148</sup> uno sfondo di spiccata conflittualità politica. A meno di non sovraccaricare la norma di valori – eugenetica, famiglia, sfera sessuale, convinzione morale –, estromessi dall'analisi tecnica della fattispecie, ma – essi

sì – pregni di significato politico. È singolare constatare come l'operazione riesca, sia in un sistema che si preclude la possibilità di un ampio sindacato sulle premesse empiriche delle norme, supponendo corrette le opzioni del legislatore, salvo che «i dati sui quali la legge riposa siano incontrovertibilmente erronei o raggiungano un tale livello di indeterminazione da non consentire in alcun modo una interpretazione ed una applicazione razionali da parte del giudice» – come afferma la Corte costituzionale italiana<sup>149</sup> –, sia in un sistema tendenzialmente aperto nei confronti di tale sindacato – quale quello che fa capo alla Corte costituzionale tedesca<sup>150</sup> – ma non immune dai rischi del normativismo<sup>151</sup>.

L'incesto resiste così alla prova della "proporzionalità" (*Verhältnismäßigkeit*) cui lo sottopone il *Bundesverfassungsgericht*: ma forse sarebbe meglio dire che è tale verifica a non resistere alla carica ideologica sprigionata dal divieto.

<sup>142</sup> PULITANO, *Il diritto penale fra vincoli di realtà e sapere scientifico*, cit., 864-865. Sul piano dell'imputazione, i benefici derivanti dal riferimento all'offesa ad (intesa, alla luce della teoria dell'imputazione obiettiva, come "aumento del rischio per") un bene giuridico sono dimostrati, anche in contrapposizione al normativismo jakobsiano, da ROXIN, *Das strafrechtliche Unrecht im Spannungsfeld von Rechtsgüterschutz und individueller Freiheit*, ZStW, 2004, 929 ss.

<sup>143</sup> Tenendo presenti le premesse formulate retro, nel par. 1.

<sup>144</sup> Cfr. DONNINI, *Metodo democratico e metodo scientifico*, cit., 30 (ove ulteriori riferimenti): «nessun ramo del diritto penale ha a che vedere con l'irrazionalità come il diritto penale: il diritto penale disciplina comportamenti irrazionali e previene reazioni irrazionali» (corsivo nell'originale).

<sup>145</sup> Il tema è oggetto d'indagine in BELFIORE, *Giudice delle leggi*, cit., *passim*.

<sup>146</sup> Emblematico l'intervento in materia di stupefacenti (cfr. SCHÜNEMANN, *Das Rechtsgüter-schutzprinzip*, cit., 147).

<sup>147</sup> Cfr. BELFIORE, *Giudice delle leggi*, cit., 268-269.

<sup>148</sup> ELLBOGEN, *Strafbarkeit des Beischlafs*, cit., 190.

<sup>149</sup> Corte cost. sentenza n. 114 del 1998 sugli artt. 94 e 95 Cost. V. anche gli Autori cit. in nt. 31.

<sup>150</sup> Cfr. BVerG 88, 203 ss. del 28 maggio 1993 in materia di aborto, citata da BELFIORE, *Giudice delle leggi*, cit., 269, nt. 43: anche in questo caso la Corte si avvale di un "parere".

<sup>151</sup> Sul normativismo "integrale" quale «primo vizio d'origine del metodo tradizionale della scienza giuridica», DONNINI, *Metodo democratico e metodo scientifico*, cit., 27.