



Emilio Dolcini

(ordinario di Diritto penale nella Facoltà di Giurisprudenza
dell'Università degli Studi di Milano)

Omosessualità, omofobia, diritto penale
Riflessioni a margine del volume di M. Winkler e G. Strazio,
L'abominevole diritto. Gay e lesbiche, giudici e legislatori, 2011

SOMMARIO: 1. Diritto penale e morale – 2. Comportamenti omosessuali e repressione – 3. L'abolizione del crimine di sodomia negli USA – 4. ... in Europa – 5. ... in Italia – 6. Il rifiuto della decriminalizzazione dei comportamenti omosessuali – 7. Gli atti di discriminazione motivati da omofobia – 8. Conclusioni.

1 – Diritto penale e morale

Quello delle discriminazioni perpetrate dall'ordinamento giuridico a danno di gay, lesbiche e transessuali è un tema di vitale importanza per *ogni cittadino*: per chiunque si proponga di verificare a quale stadio si trovi la nostra società nel cammino ideale verso la luce della ragione; per chiunque aspiri a vivere in una società davvero libera e pluralista, nella quale la diversità rappresenti un valore, e non qualcosa da nascondere o al più da tollerare (brutta parola, tolleranza!).

Per il *giurista*, tuttavia, e per il *penalista* in particolare, il tema delle discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale significa anche altro: rappresenta un rinnovato stimolo alla riflessione sulla laicità dello Stato, sul perenne problema dei rapporti tra *diritto penale e morale*, e dunque sulla secolarizzazione del diritto penale, sulla separazione tra reato e peccato, sul reato come fatto socialmente dannoso¹.

2 – Comportamenti omosessuali e repressione

¹ Per alcune lucide indicazioni in proposito, che vanno oltre lo specifico tema dell'opera e fanno leva sul penalistico principio di offensività, cfr. **M. WINKLER, G. STRAZIO**, *L'abominevole diritto. Gay e lesbiche, giudici e legislatori*, Il Saggiatore, Milano, 2011, p. 57 ss.: a tali indicazioni gli AA. approdano attraverso spunti tratti, tra gli altri, da Beccaria, Bentham, Stuart Mill e Hart.



Il primo, più risalente approccio del diritto penale al tema dell'omosessualità consiste nella *repressione*. I comportamenti omosessuali, per secoli, sono stati considerati sia come *fatti moralmente riprovevoli* – oggetto di dura condanna nel Vecchio e nel Nuovo Testamento –, sia, ad un tempo, come *crimini*, meritevoli della massima pena, la pena capitale.

Solo con l'Illuminismo questa visione entra in crisi.

Nella *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e del cittadino* l'art. 5 recita che "*la loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société*": è la traduzione in norma dell'idea del reato come fatto socialmente dannoso, che si coniuga, nel testo settecentesco, con l'icastica enunciazione del principio di necessità/sussidiarietà del diritto penale ("*La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires*"): in altri termini, con l'idea del diritto penale come *ultima ratio*².

Alla base di tali enunciati, una rivoluzionaria elaborazione dottrinale. "*La vera misura dei delitti è il danno alla nazione*": così scrive Cesare Beccaria³. Con specifico riferimento ai comportamenti omosessuali, osserva poi Jeremy Bentham: "*Questo reato non è causa di dolore per nessuno ... Finora non ho trovato alcuna ragione per punire questo crimine*"⁴. Un crimine, d'altra parte, il cui accertamento in giudizio incontra estreme difficoltà: lo sottolinea, oltre a Bentham, anche Beccaria⁵, individuando un profilo di contrasto con un ulteriore principio fondamentale del diritto penale moderno, il principio di legalità-determinatezza⁶.

² Nella smisurata letteratura sul diritto penale come *ultima ratio* (ovvero, principio di sussidiarietà del diritto penale), rinvio a **F. ANGIONI**, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Giuffrè, Milano, 1983, p. 215 ss.; nella manualistica, a **D. PULITANÒ**, *Diritto penale*, Giappichelli, Torino, 4^a ed., 2011, p. 48 s.

³ **C. BECCARIA**, *Dei delitti e delle pene*, ed. di Haarlem, 1766, a cura di F. Venturi, Einaudi, Torino, 1965, p. 22.

⁴ **J. BENTHAM**, *On Paederasty*, 1785, trad. it. *Difesa dell'omosessualità*, a cura di F. Chiossone, Genova, Il Nuovo Melangolo, 2009, p. 175.

⁵ Cfr. **C. BECCARIA**, *Dei delitti e delle pene*, cit., p. 76 s. Osserva Beccaria – a proposito sia dei comportamenti omosessuali, sia dell'adulterio – che si tratta di "delitti di difficile prova", di delitti che "secondo i principi ricevuti ammettono le tiranniche presunzioni, le *quasi-prove*, le *semi-prove* (quasi che un uomo potesse essere *semi-innocente* o *semi-reo*, cioè *semi-punibile* e *semi-assolvibile*), dove la tortura esercita il crudele suo impero nella persona dell'accusato, nei testimoni e persino in tutta la famiglia di un infelice": delitti, dunque, tanto "severamente puniti dalla legge", quanto "facilmente sottoposti ai tormenti vincitori dell'innocenza".

⁶ Cfr. per tutti, nella manualistica di diritto penale, **G. MARINUCCI**, **E. DOLCINI**, *Manuale di diritto penale, parte generale*, 4^a ed., Giuffrè, Milano, 2012, p. 63.



3 – L'abolizione del crimine di sodomia negli USA

L'abolizione del crimine di sodomia è un momento fondamentale nell'affrancamento della legislazione penale dalla tirannia di ogni codice etico, ancorato o no ad una religione.

Tra le esperienze più significative, quella degli USA, dove nella seconda metà dell'ottocento, dopo la ventata laica e liberale portata dall'Illuminismo, molti Stati erano tornati a reprimere con pena l'omosessualità, nel quadro di una serie di "leggi antisodomia" che solo dopo circa un secolo cominceranno ad essere messe in discussione e, talora, verranno abrogate (come nel caso dell'Illinois, che – primo tra gli Stati americani – abolì il delitto di sodomia nel 1961)⁷.

Di spiccato rilievo, due pronunce della Corte Suprema degli USA⁸.

Nella prima, del 1986, relativa al caso *Bowers*, la Corte nega che la repressione penale degli atti sessuali tra persone dello stesso sesso violi il diritto alla vita privata dell'individuo: decisivo, secondo la Corte, il rilievo che "le prescrizioni penali concernenti questo tipo di condotte sono profondamente radicate nella storia".

L'altra sentenza, del 2003, relativa al caso *Lawrence*, imposta però in tutt'altro modo il problema. Poco importa, secondo la Corte, che per secoli si siano levate voci di condanna nei confronti delle condotte omosessuali: "la questione da risolvere è se la maggioranza possa utilizzare il potere dello Stato per dar corso a queste convinzioni nei confronti dell'intera società attraverso l'uso del diritto penale". La risposta della Corte Suprema è negativa: "il fatto che la maggioranza della popolazione – espressa nella maggioranza di governo – consideri una pratica immorale non costituisce una ragione sufficiente perché la legge continui a proibirla". Di qui la conclusione che la Costituzione federale si oppone alla conservazione delle norme penali in materia di comportamenti omosessuali nella sfera privata.

Un principio, quello enunciato dalla Corte suprema americana, che ha una portata ben più ampia rispetto all'ordinamento degli USA: scolpisce una *regola universale*, valida in ogni Stato laico del nostro tempo.

4 – ... in Europa

⁷ Cfr. M. WINKLER, G. STRAZIO, *L'abominevole diritto*, cit., p. 41 s.

⁸ Cfr. M. WINKLER, G. STRAZIO, *L'abominevole diritto*, cit., p. 43 ss.



Nella decriminalizzazione dei comportamenti omosessuali, d'altra parte, l'Europa è arrivata prima dell'America.

Fondamentale una pronuncia della Corte Edu (1981, caso *Dudgeon*)⁹, nella quale la Corte si domanda, in relazione ad una legge del Regno Unito, se l'incriminazione di comportamenti omosessuali sia compatibile con il rispetto dovuto alla vita privata a norma dell'art. 8 CEDU. Nel merito, questa sentenza anticipa largamente la decisione americana del 2003. In effetti, la Corte di Strasburgo ravvisa nella previsione del reato di sodomia un'interferenza da parte dello Stato nella sfera privata dei cittadini, escludendo nel contempo che tale interferenza risponda alle necessità di una società democratica, ai sensi dell'art. 8 comma 2 CEDU: per la Corte, tale necessità non esiste nemmeno in relazione alla "protezione... della morale" (alla quale fa riferimento la disposizione della CEDU citata da ultimo), dal momento che anche su questo piano – rispetto al tempo dell'emanazione della legge britannica – si registra nella percezione sociale un diverso atteggiamento nei confronti dei comportamenti omosessuali tra adulti.

In effetti, la pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo si colloca in un'epoca in cui la maggior parte degli Stati europei che prevedevano come reato gli atti sessuali tra adulti dello stesso sesso hanno ormai eliminato quelle incriminazioni. Di particolare rilievo l'abrogazione del § 175 del Codice penale tedesco, introdotto nel 1871 e riformulato nel 1935, allorché il legislatore nazista gli attribuisce un più ampio spazio applicativo e un più severo trattamento sanzionatorio: la disposizione, che reprime gli atti sessuali tra persone di sesso maschile, rimane in vigore sino al 1969, per cedere il passo, successivamente, ad un'incriminazione relativa agli atti omosessuali che coinvolgano persone di sesso maschile minori di anni 18 (§ 175 StGB, nella versione in vigore fino al 1994)¹⁰.

5 – ... in Italia

Quanto all'Italia, va sottolineato, innanzitutto, che si libera prima di altri Stati europei dell'incriminazione dei comportamenti omosessuali.

Nella legislazione preunitaria, un reato in questa materia è presente nel codice penale del Regno lombardo-veneto e nel codice sardo-piemontese del 1859 (art. 425, che reprime – a querela – gli "atti di libidine contro

⁹ Cfr. M. WINKLER, G. STRAZIO, *L'abominevole diritto*, cit., p. 49 ss.

¹⁰ Per una ricostruzione storica dell'approccio dell'ordinamento tedesco al tema dell'omosessualità, v. soprattutto H.G. STÜMKE, *Homosexuelle in Deutschland. Eine politische Geschichte*, Beck, München, 1989.



natura": la procedibilità d'ufficio è prevista soltanto in caso di pubblico scandalo). Si tratta di eccezioni, destinate però a diventare la regola nel 1861, allorché il codice sardo-piemontese viene esteso alla quasi totalità dei territori italiani¹¹ (solo in Toscana rimane in vigore il Codice penale del 1853, mentre nei territori dell'ex Regno delle due Sicilie il codice sardo-piemontese viene adottato con alcune modifiche, una delle quali consistente proprio nell'abrogazione dell'art. 425).

Il reato scompare definitivamente con il *codice Zanardelli*: secondo il legislatore del 1889, semmai, i comportamenti omosessuali – quando non siano connotati da violenza o da pubblico scandalo – devono essere abbandonati “*come peccati alla sanzione della religione e della privata coscienza*”¹². Così si legge nei lavori preparatori¹³:

«Il Progetto tace intorno alle *libidini contro natura*; avvegnaché rispetto ad esse, come ben dice il Carmignani, “riesce più utile l'ignoranza del vizio che non sia per giovare al pubblico esempio la cognizione delle pene che lo reprimono”».

Sullo sfondo della scelta “liberale” del codice Zanardelli si intravede, dunque, una motivazione venata di ipocrisia, o comunque l'intento di promuovere una sorta di baratto: nessuna repressione penale in cambio di una condotta di vita che mantenga l'omosessualità nell'ombra¹⁴.

Una linea che verrà ribadita anche nel codice Rocco, con scelta antitetica rispetto a quella compiuta nella Germania nazista. Il legislatore fascista aveva previsto, nel Progetto del 1927, un reato di “*relazioni omosessuali*” (art. 528) – represso, peraltro, solo in presenza di un “pubblico scandalo” –, ma abbandonava successivamente tale soluzione. Questa le ragioni del ripensamento:

“La innovazione fu oggetto di quasi generale ostilità. Venne principalmente opposto che *il turpe vizio*, che si sarebbe voluto colpire, *non è così diffuso in Italia da richiedere l'intervento della legge penale*. Questa deve uniformarsi a criteri di assoluta necessità nelle

¹¹ Cfr. E. DOLCINI, *Codice penale*, voce in *Dig. pen.*, Utet, Torino, vol. II, 1988, p. 271 ss., in particolare p. 274.

¹² Così, in relazione al Codice Zanardelli, G. TOLOMEI, *Dei delitti contro il buon costume e contro l'ordine delle famiglie*, in *Riv. pen.*, 1889, IV, p. 309 ss., in particolare p. 319.

¹³ Cfr. *Relazione ministeriale sul Progetto del 1887*, n. CXXVIII, cit. in V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano secondo il codice del 1930*, vol. VII, Utet, Torino, 1936, p. 254, nt. 1.

¹⁴ Cfr. G. DALL'ORTO, *La “tolleranza repressiva” dell'omosessualità. Quando un atteggiamento legale diviene tradizione*, www.giovannidallorto.com.



sue incriminazioni: e perciò nuove configurazioni di reato non possono trovare giustificazione, se il legislatore non si trovi in cospetto di forme di immoralità che si presentino nella convivenza sociale in forma allarmante. E ciò, per fortuna, non è, in Italia, per il vizio suddetto. Queste ragioni, contrarie all'incriminazione dell'omosessualità, mi hanno convinto, e, nel testo definitivo, ho soppresso la relativa disposizione"¹⁵.

Una scelta, d'altra parte, contestata da autorevoli esponenti della cultura fascista. Basterà in proposito rammentare le critiche mosse al legislatore del 1930, per aver rinunciato a reprimere "gli atti d'inversione sessuale", da parte di Vincenzo Manzini, uno dei maggiori penalisti del tempo. Secondo Manzini,

"questo disinteressamento della legge penale ... costituisce un'esagerata applicazione o una falsa concezione della distinzione tra morale e diritto, e una *eccessiva e dannosa indulgenza verso il massimo e più degradante vizio sessuale*. Ed invero non è mai da temersi un'invasione del diritto nel campo riservato all'etica ..., quando si incriminano fatti condannati dalla morale minima, bensì quando si vogliono reprimere fatti ripugnanti soltanto dalla morale superiore. Ora è sperabile che nessuno ... dubiti essere la *sodomia un fatto condannato dalla minima morale sociale*, cioè da quella morale che ha servito come base di classificazione al nostro legislatore del 1930"¹⁶.

Aggiunge Manzini:

«Il vizio, di cui si tratta, danneggia anche la "stirpe", non solo perché degrada psichicamente chi ne è affetto, ma altresì perché perverte l'istinto sessuale, e quindi nuoce alla procreazione ... E la storia insegna ... quanto grande sia la *potenza diffusiva dell'obbrobriosissimo vizio*, quando lo Stato non intervenga energicamente a colpirlo».

Un clima culturale che spiega come, nell'Italia fascista, pur in assenza di norme incriminatrici *ad hoc*, le persone omosessuali siano state vittime di discriminazioni, arbitri e violenze. Strumento primario, il *confino*, misura di prevenzione prevista nel Tulpis del 1931 (artt. 180 ss.): questo strumento fu peraltro utilizzato per un periodo relativamente breve (tra il 1936 e il 1939) e in maniera che parrebbe sporadica (si ha notizia di una

¹⁵ Cfr. *Relazione ministeriale sul progetto del Codice Penale*, II, p. 314, cit. in V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. VII, cit., p. 254 s., nt. 2.

¹⁶ Cfr. V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. VII, cit., p. 251 ss.



novantina di casi)¹⁷. Tutt'altra cosa, rispetto alla Germania nazista, dove, tra il 1933 e il 1945, furono internati nei campi di concentramento 15.000 omosessuali, dei quali solo 4.000 sono sopravvissuti¹⁸.

6 – Il rifiuto della decriminalizzazione dei comportamenti omosessuali

Tuttora sono “*numerosi gli ordinamenti che prevedono ancora sanzioni gravi nei confronti delle persone omosessuali*”¹⁹: tra questi Afghanistan, Arabia Saudita, Emirati Arabi Uniti, Iran, Nigeria, Mauritania, Pakistan, Sudan e Yemen, dove si prevede la pena di morte; pene detentive sono invece comminate, tra l'altro, in Libano, in Siria e nei territori palestinesi.

Quanto all'Europa, nel 2008 l'Unione europea ha chiesto all'Assemblea Generale delle Nazioni Unite di pronunciarsi contro la repressione penale dell'omosessualità e contro ogni discriminazione fondata sull'orientamento sessuale delle persone. La proposta è stata respinta: decisiva, in questo senso, la posizione assunta dalla *Santa Sede*, secondo la quale, se fosse stata adottata la risoluzione auspicata dall'UE, «gli Stati che non riconoscono l'unione tra persone dello stesso sesso come “matrimonio”» sarebbero stati “messi alla gogna”²⁰. Così si è espresso mons. Celestino Migliore, osservatore permanente della santa Sede presso le Nazioni Unite:

“Si chiede agli Stati e ai meccanismi internazionali di attuazione e controllo dei diritti umani di aggiungere nuove categorie protette dalla discriminazione, senza tener conto che, se adottate, esse creeranno nuove e implacabili discriminazioni”²¹.

Dunque, no alla decriminalizzazione dei comportamenti omosessuali nella sfera privata, per evitare ogni indiretto sostegno a chi auspica qualche forma di riconoscimento delle coppie gay o lesbiche!

7 – Gli atti di discriminazione motivati da omofobia

¹⁷ Cfr. G. DALL'ORTO, *Omosessualità e razzismo fascista*, www.oliari.com.

¹⁸ Cfr. *Il nazismo e la persecuzione degli omosessuali*, www.arcigaymilano.org.

¹⁹ Cfr. M. WINKLER, G. STRAZIO, *L'abominevole diritto*, cit., p. 55.

²⁰ Cfr. *Depenalizzazione dell'omosessualità. No del Vaticano alla proposta Onu*, www.repubblica.it, 1° dicembre 2008.

²¹ Cfr. *Vaticano: “No alla depenalizzazione dell'omosessualità da parte dell'Onu”*, www.corriere.it, 1° dicembre 2008.



Oggi peraltro, in Italia, nella perdurante “guerra” relativa all’uso della pena nei confronti delle persone omosessuali, l’omofobia ha collocato diversamente la sua trincea: nessuno auspicherebbe – almeno, non lo farebbe ad alta voce – il ripristino di figure di reato ormai improponibili in un Paese di civiltà occidentale; piuttosto, si discute se sia legittimo e opportuno reprimere con lo strumento della pena alcune forme di *discriminazione a danno delle persone omosessuali*, nonché punire più severamente alcune ipotesi di reato – attraverso la previsione di circostanze aggravanti – allorché il *reato* sia stato commesso in ragione dell’omosessualità della vittima²².

La prima soluzione – configurare come reato atti di discriminazione motivati da omofobia – è stata prospettata, in questa legislatura, in un disegno di legge (AC 2807, presentato il 14 ottobre 2009, primo firmatario Di Pietro), che si proponeva di modificare la legge di ratifica e attuazione della Convenzione di New York del 1966 sul razzismo (l. 13 ottobre 1975, n. 654), nonché il c.d. decreto Mancino del 1993 (d.l. 26 aprile 1993, n. 122, convertito con l. 25 giugno 1993, n. 205): fra l’altro, il d.d.l. prevedeva l’ampliamento di una serie di ipotesi delittuose, così da ricomprendervi, accanto a comportamenti posti in essere per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, anche comportamenti “fondati sull’omofobia o sulla transfobia”.

La seconda soluzione – previsione di una circostanza aggravante, comune o speciale (relativa, cioè, a specifiche figure di reato) – era presente, invece, in un altro disegno di legge del 2009 (AC 2802, primo firmatario Soro), nonché nel Testo unificato delle due proposte citate (AC 2802 – AC 2807) presentato alla Camera dei deputati da Paola Concia il 9 novembre 2010.

Il 26 luglio 2011 la Camera dei Deputati ha però deliberato di non procedere all’esame del disegno di legge, accogliendo due questioni pregiudiziali di costituzionalità, fondate l’una sul principio di eguaglianza-ragionevolezza *ex art. 3 Cost.*, l’altra sul principio di legalità-precisione *ex art. 25 comma 2 Cost.*: nello stesso senso la Camera si era pronunciata il 13 ottobre 2009, in relazione ad un altro Progetto di legge di analogo contenuto.

Si tratta, a mio avviso, di mere *motivazioni “di facciata”*. Da un lato, infatti, ritengo del tutto ragionevole – e come tale conforme all’imperativo costituzionale del trattamento diverso di situazioni diverse, che si ricava

²² Cfr. E. DOLCINI, *Omofobia e legge penale. Note a margine di alcune recenti proposte di legge*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 24 ss.



dall'art. 3 Cost. – una tutela rafforzata di soggetti che l'esperienza dell'Italia di oggi segnala come particolarmente *vulnerabili*, in quanto vittime di sistematiche aggressioni motivate da mera ostilità al loro orientamento sessuale.

D'altro lato, quanto al secondo profilo – quello, cioè, che attiene al principio di legalità-precisione *ex art. 25 comma 2 Cost.* – è a dir poco sorprendente che si consideri “eccessivamente generica”, quando venga inserita nella descrizione di una nuova circostanza aggravante, una formula – “*orientamento sessuale*” – che già compariva (e compare) sia nella nostra legislazione penale (d. lgs. 10 settembre 2003, n. 276, artt. 10 e 18 comma 5), sia in convenzioni internazionali sottoscritte e ratificate dall'Italia (*Trattato sul funzionamento dell'UE* (TFUE), nella versione in vigore dal 1° dicembre 2009, artt. 10 e 19; *Carta dei diritti fondamentali dell'UE*, in vigore dal 1° dicembre 2009, art. 21), oltre che nella legislazione penale di svariati Stati europei.

In ogni caso, va sottolineato che in una delle versioni finali della proposta di legge “bocciata” dalla Camera lo scorso 26 luglio, la formula “orientamento sessuale” della vittima aveva ceduto il passo alle più precise e circoscritte locuzioni “*omofobia*” e “*transfobia*”, mentre in un'altra versione del Progetto si parlava di “*reati commessi in ragione ... della omosessualità ovvero della transessualità della persona offesa*”. Tutto inutile, però, agli occhi di chi non voleva (e non vuole) che l'ordinamento attenui il proprio atteggiamento di chiusura nei confronti delle persone LGBT.

8 – Conclusioni

Concludo con un'autocitazione.

Come ho scritto in un'altra occasione,

“contro qualsiasi legge di contrasto all'omofobia militano, in politica, una serie di fattori concorrenti, che pesano come macigni: il calcolo di chi è disposto a pagare qualsiasi prezzo pur di assicurarsi il sostegno della Chiesa cattolica; la becera ostilità alla legge di chi, dall'alto di un seggio in Parlamento, o addirittura dai banchi del Governo”

(mi riferivo all'ultimo Governo Berlusconi)

«addita al pubblico disprezzo gli omosessuali; il fanatismo ideologico dei paladini della “natura” e del solo amore “secondo natura”.



Soltanto un'anima candida può credere che la battaglia sulla legge contro l'omofobia si combatta davvero sul piano del diritto»²³.

Un cammino lungo e complesso, dunque, quello che ancora dobbiamo percorrere per approdare ad una società davvero rispettosa di ogni minoranza.

²³ E. DOLCINI, *Di nuovo affossata una proposta di legge sull'omofobia*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 1395.