DIRITTO PENALE CONTEMPORANEO

DIGNITÀ E DIRITTI DEGLI OMOSESSUALI: RIFLESSIONI A MARGINE DEL CASO *VALLIANATOS E ALTRI V GRECIA*

Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, sent. 7 novembre 2013, Vallianatos e altri v. Grecia, ric. nn. 29381/09 e 32684/09

di Caterina Brignone

SOMMARIO: 1. La decisione della Grande Camera nel caso *Vallianatos e altri v Grecia* – 2. *Background* politico e precedenti giurisprudenziali della decisione – 3. Alcune riflessioni sull'ordinamento italiano: quali prospettive verso il riconoscimento civile delle unioni omosessuali – 4. *Segue*: dignità degli omosessuali e legge penale di contrasto all'omofobia ed alla transfobia.

1. La decisione della Grande Camera nel caso *Vallianatos ed altri v Grecia*

Mentre il nostro Parlamento continua a discutere – invero faticosamente – sulla legge di contrasto all'omofobia ed alla transfobia, orizzonti ben più concreti sul fronte del riconoscimento dei diritti civili agli omosessuali sembrano schiusi dalla decisione adottata, lo scorso 7 novembre, dalla Grande Camera della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nel caso *Vallianatos ed altri v Grecia*[1].

I ricorrenti – 4 coppie di cittadini greci ed una associazione *no-profit* a sostegno di *gay* e lesbiche – censuravano la legge greca n. 3719/2008, intitolata «Riforme concernenti famiglia, figli e società», in quanto introduceva per le sole coppie eterosessuali e non anche per quelle omosessuali il nuovo istituto delle unioni civili registrate, rette da regole più flessibili rispetto a quelle valevoli per il matrimonio. Nella prospettiva dei ricorrenti, la predetta disciplina si traduceva in ingiusta discriminazione delle coppie omosessuali e violazione del loro diritto alla vita privata e familiare (artt. 14 e 8, Convenzione EDU).

La Grande Camera ha rigettato il ricorso dell'associazione *no-profit* – sul rilievo che la stessa non rivesta lo *status* di vittima ai sensi dell'art. 34 della Convenzione, concernente i ricorsi individuali –, mentre ha ravvisato le violazioni lamentate dalle persone fisiche.

In motivazione, i Giudici della Corte sono attenti a rimarcare – anche perché è proprio questo a fondare il richiamo all'art. 14 – che la questione sottoposta al loro vaglio non ruota attorno ad un preteso obbligo dello Stato di prevedere forme di riconoscimento legale delle relazioni tra persone dello stesso sesso, bensì sulla discriminazione introdotta dalla legge greca n. 3719/2008 tra coppie omosessuali e

[1] Per leggere il testo della sentenza, clicca qui.

 BY-NC-ND 2010-2013 Diritto Penale Contemporaneo

coppie eterosessuali, discriminazione tale da incidere sul diritto alla vita privata e familiare, riconosciuto dall'art. 8 della Convenzione.

Ciò posto, si fa leva sulla riconosciuta capacità delle coppie formate da *partners* dello stesso sesso di instaurare relazioni stabili per sostenere l'equiparazione della loro situazione a quella delle coppie eterosessuali, ove si discuta del riconoscimento giuridico dell'unione.

Proseguendo nel ragionamento, la Corte segnala l'astrattezza del fine di tutela della famiglia intesa in senso tradizionale, astrattezza cui si contrappone la concreta esigenza di interpretare la Convenzione come strumento vivente e, quindi, tenendo conto dell'evoluzione sociale e del fatto che non c'è un solo modo di intendere la famiglia e la vita privata. Ne consegue che la preclusione alle coppie omosessuali dell'istituto delle unioni civili registrate – che costituisce l'essenza della discriminazione lamentata – avrebbe dovuto essere sorretta, per essere giustificata anche in termini di proporzione tra fine perseguito e mezzi impiegati, da ragioni forti, convincenti e concrete, che il Governo greco ha cercato di addurre, ma che i Giudici di Strasburgo non ravvisano.

Infatti, non è ritenuto sufficiente l'argomento – speso dal Governo – relativo al fatto che scopo principale della legge censurata è quello di potenziare la tutela dei figli nati fuori dal matrimonio e, indirettamente, di promuovere la scelta di sposarsi come libera e non condizionata dalla prospettiva procreativa. In proposito, la Corte osserva che alle coppie eterosessuali è data la possibilità di accedere alle unioni civili anche in assenza di figli e che, comunque, sarebbe stato possibile introdurre disposizioni specifiche per i nuclei familiari con prole[2]. Per di più, anche prima dell'entrata in vigore della legge n. 3719/2008, le coppie eterosessuali, a differenza di quelle omosessuali, potevano trovare riconoscimento legale o, nel modo più pieno, attraverso il matrimonio oppure, in forma più limitata, in base alle previsioni del codice civile regolanti le unioni di fatto.

Né i Giudici di Strasburgo ritengono di non dover accordare eccessivo peso all'altro argomento governativo, quello in base al quale le coppie omosessuali non risultano realmente discriminate, potendo i *partners* disciplinare, su base contrattuale, i propri diritti e doveri reciproci in modo sostanzialmente equivalente a quanto previsto per le unioni registrate. In sentenza, infatti, si afferma il «valore intrinseco» di una forma ufficiale di riconoscimento dell'unione alternativa rispetto al matrimonio e ciò a prescindere dagli effetti giuridici che ne discendano.

Ancora, la sentenza dà importanza al *trend*, che si sta sviluppando tra gli Stati membri del Consiglio d'Europa, verso l'introduzione di forme di riconoscimento giuridico delle unioni tra persone dello stesso sesso[3]. Ed infatti, dei 19 Paesi che hanno

---

[2] Dello stesso avviso si erano mostrati, prima dell'approvazione della legge, la Commissione nazionale greca per i diritti umani ed il Comitato scientifico del Parlamento.

[3] Si dà conto di come 9 Paesi – Belgio, Danimarca, Francia, Islanda, Norvegia, Paesi Bassi, Portogallo, Spagna e Svezia – abbiano reso accessibile il matrimonio a coppie dello stesso sesso e ben 17 abbiano previsto «*some form of civil partnership*» per le coppie omosessuali, segnatamente Andorra, Austria, Belgio, Finlandia, Francia, Germania, Irlanda, Islanda, Liechtenstein, Lussemburgo, Paesi Bassi, Slovenia, Spagna,

introdotto una qualche disciplina delle unioni civili registrate, solo la Grecia e la Lituania riservano l'istituto esclusivamente ai legami eterosessuali.

In forza delle ragioni di cui s'è dato conto, pertanto, si è ravvisata violazione del combinato disposto degli artt. 14 e 8, CEDU.

2. *Background* politico e precedenti giurisprudenziali della decisione

E' bene segnalare che la pronuncia in esame non costituisce un *unicum*, ma si pone nel solco di un indirizzo politico ben saldo in seno al Consiglio d'Europa e sviluppa le premesse già poste in precedenti sentenze della Corte.

Ed infatti, sul versante degli atti di indirizzo politico, si possono citare una serie di raccomandazioni e risoluzioni dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa: la Raccomandazione 924 (1981), che critica le varie forme di discriminazione nei confronti degli omosessuali, ravvisate in taluni Stati membri, e ne sollecita il superamento; la Raccomandazione 1470 (2000), che, in tema di immigrazione ed asilo, chiede agli Stati di rivedere le rispettive politiche e legislazioni per assicurare alle unioni e famiglie omosessuali lo stesso livello di protezione accordato a quelle eterosessuali[4]; la Raccomandazione 1474 (2000), che, tra l'altro, sollecita l'adozione di una legislazione «which makes provision for registered partnerships»; la Risoluzione 1728 (2010) che, nei casi di riconoscimento delle unioni civili da parte della legislazione nazionale, chiede di assicurare alle coppie omosessuali le stesse prerogative concesse a quelle eterosessuali, punto questo ribadito nella Raccomandazione del Comitato dei Ministri del 31 marzo 2010, in tema di misure per combattere la discriminazione basata sull'orientamento sessuale o sull'identità di genere[5].

Quanto ai precedenti della stessa Corte EDU, già in *Schalk and Kopf v. Austria* del 2010, si giudica «artificioso sostenere l'opinione che, a differenza di una coppia di sesso diverso, una dello stesso sesso non potrebbe godere di una "vita familiare" ai sensi e per gli effetti dell'art. 8» della Convenzione[6].

Svizzera, Regno Unito, Repubblica Ceca e Ungheria (sul tema del matrimonio *gay*, si rinvia, per tutti, a M. GATTUSO, *Matrimonio tra persone dello stesso sesso*, in *Trattato di Diritto di famiglia*, diretto da P. ZATTI, vol. 1, *Famiglia e matrimonio*, Milano, 2011, p. 793 e ss., mentre, sulle unioni civili, si veda A. SCHUSTER, *Le unioni tra persone dello stesso genere nel diritto comparato ed europeo*, in *Unioni e matrimoni* same-sex *dopo la sentenza n.138 del 2010: quali prospettive*, a cura di B. Pezzini-A. Lorenzetti, Napoli, 2011, p. 255 e ss.).

[4] http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=16822&lang=en

[5] Il testo di tutti i provvedimenti citati è reperibile sul sito internet del Consiglio d'Europa.

[6] La sentenza (clicca qui per leggerne il testo integrale) afferma che il diritto di contrarre matrimonio – come riconosciuto dall'art. 12 della Convenzione EDU – non si estende a garantirne l'esercizio da parte delle coppie di persone dello stesso, stante la prerogativa dei legislatori nazionali, nella loro discrezionalità, prevedere una regolamentazione al riguardo. Al contempo, però, i Giudici di Strasburgo richiamano l'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europa per aggiornare l'interpretazione dell'art. 12 della Convenzione, specificando di non considerare più il diritto a sposarsi necessariamente limitato al matrimonio tra persone di sesso opposto. Inoltre, sul presupposto che le coppie dello stesso sesso abbiano la stessa capacità delle altre di intrattenere relazioni stabili e impegnative, si giudica artificioso mantenere la pregressa distinzione tra omosessuali ed eterosessuali, specificando che le

Inoltre, costituisce assunto consolidato che le disparità di trattamento basate sull'orientamento sessuale – come quelle incentrate sul sesso – richiedano, per essere accettabili e giustificate, «particularly convincing and weighty reasons»[7] e stretta proporzione tra obiettivo da raggiungere e misure adottate, con conseguente ristretto margine di manovra per gli Stati[8].

3. Alcune riflessioni sull'ordinamento italiano: quali prospettive verso il riconoscimento civile delle unioni omosessuali

Preso atto di quello che è "lo stato dell'arte" negli atti di indirizzo del Consiglio d'Europa e nella giurisprudenza della Corte EDU sui diritti delle coppie omosessuali, si impone qualche considerazione con riferimento all'ordinamento italiano.

Anzitutto, considerato il ruolo della citata Corte di interprete autentico della Convenzione[9], deve considerarsi un punto fermo che l'eventuale introduzione – da tempo fortemente caldeggiata da alcuni ed altrettanto strenuamente osteggiata da altri – di una disciplina delle unioni civili non potrebbe escludere dal proprio ambito di applicazione le coppie omosessuali. In caso contrario, infatti, la censura dei giudici di Strasburgo sarebbe inevitabile, riuscendo difficile – per non dire impossibile – ipotizzare fondate ragioni di discriminazione tra coppie dello stesso sesso e coppie di diverso sesso, che non siano meramente ideologiche e risultino diverse o più forti rispetto a quelle sostenute dal Governo greco e respinte dalla Corte EDU.

In teoria, si tratta di un punto a favore delle istanze di riconoscimento dei diritti degli omosessuali, ma – tenuto realisticamente conto delle dinamiche culturali, sociali e politiche del nostro Paese e di una certa (snervante) tendenza all'immobilismo – v'è il

---

relazioni omosessuali dovranno essere considerate non solo con riferimento alla nozione di «vita privata», ma a quella di «vita familiare», parimenti contemplata dall'art. 8 della Convenzione. Per commenti alla decisione, cfr.: C. DANISI, *La Corte di Strasburgo e i matrimoni omosessuali: vita familiare e difesa dell'unione tradizionale*, in *Quad. Cost.*, 2010, p. 867 e ss.; SILEONI, *La Corte di Strasburgo e i matrimoni omosessuali: il consenso europeo, un criterio fragile ma necessario*, *ibidem*, p. 870 e ss.; WINKLER, *Le famiglie omosessuali nuovamente alla prova della Corte di Strasburgo*, in *La Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2010, I, p. 1337 e ss.

[7] Cfr.: *Smith and Grady v UK* del 25 luglio 2000; *Karner v Austria* del 24 luglio 2003; *L. and V. v Austria* del 9 gennaio 2003; *X and Others v. Austria* del 19 febbraio 2013. Per il testo di tutte le pronunce citate, si rinvia al sito internet della Corte EDU.

[8] Cfr.: *Karner v Austria*, *cit.*; *Kozak v. Poland* del 2 marzo 2010.

[9] Cfr. Corte cost., 3 luglio 2007, n. 348 e Corte cost., 3 luglio 2007, n. 349, in www.cortecostituzionale.it. Per approfondimenti sul tema dei rapporti tra fonti e corti nazionali ed internazionali, specie alla luce delle citate sentenze della consulta, si rinvia a: G. GAJA, *Il limite costituzionale del rispetto degli «obblighi internazionali»: un parametro definito solo parzialmente*, in *Riv. Dir. Int.*, 2008, p. 136 e ss.; E. CANNIZZARO, *Sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo e ordinamento italiano in due recenti decisioni della Corte costituzionale*, *ivi*, p. 138 e ss.; A. SACCUCCI, *Illegittimità costituzionale di leggi incompatibili con la Convenzione europea e possibili ripercussioni sull'esigenza del previo esaurimento dei ricorsi interni*, *ivi*, p. 150 e ss.; U. VILLANI, *Sul valore della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2008, p. 7 e ss.; A. SACCUCCI, *Rango e applicazione della CEDU nell'ordinamento interno secondo le sentenze della Corte costituzionale sull'art. 117 Cost.: un passo avanti, due indietro?*, in *I Diritti dell'uomo – cronache e battaglie*, 2008, p. 32 e ss.

serio rischio che il tutto si traduca in un rafforzamento del "partito del non-fare". In altri termini, è più probabile che si preferisca lasciare invariato lo *status quo* – che, comunque, consente alle persone di diverso sesso di contrarre matrimonio, coi diritti e doveri che ne conseguono – piuttosto che potenziare l'armamentario dei **diritti di tutti** con la previsione di unioni civili registrate e riconosciute, sperimentabili anche dalle coppie omosessuali. Del resto, militano a favore dell'opzione "non interventista", fino ad oggi prevalente, sia posizioni ideologicamente orientate, tra le quali la componente cattolica, sia l'indifferenza di tanti a quelli che vengono considerati interessi di una minoranza sia la preoccupazione – prosaica, ma assai sentita in questi tempi di crisi – per i costi inevitabilmente legati al riconoscimento di nuovi diritti[10].

[10] Per un "assaggio" del dibattito politico italiano sul tema si può leggere il documento su unioni civili e matrimoni gay, primi firmatari Eugenia Roccella, Raffaele Calabrò, Alfredo Mantovano, Maurizio Gasparri, Maurizio Sacconi e Gaetano Quagliariello, sottoscritto da numerosi deputati e senatori del Popolo della Libertà e da alcuni parlamentari non iscritti ai gruppi del PdL (http://www.loccidentale.it/node/118132): «Sul riconoscimento giuridico delle unioni omosessuali si è recentemente sviluppato un dibattito confuso nelle argomentazioni e ideologico nei contenuti. Neanche i documenti elaborati in materia dal Pd e dall'Udc, con il relativo seguito di polemiche, hanno chiarito a sufficienza i nodi reali della questione, le concrete opzioni in campo, i diversi orientamenti culturali che le ispirano. Nonostante la gravità e l'impellenza della crisi economica, il tema sembra aver assunto nuova centralità nel dibattito pubblico. È d'altronde ricorrente in una parte della società, nelle situazioni di insicurezza e sfiducia nel futuro, pretendere che i desideri privati si trasformino in diritti pubblici. Compito della buona politica, invece, è garantire una autentica dimensione del bene comune e spazi di libertà responsabile nella dimensione privata senza confondere i due piani. Come parlamentari avvertiamo dunque la necessità di mettere a fuoco alcuni punti fondamentali. Di fronte a un'opinione pubblica spesso disorientata, il primo punto da chiarire è che l'introduzione del matrimonio omosessuale nel nostro ordinamento giuridico non è e non potrebbe essere una proposta reale e attuale da parte di nessun partito. Tale obiettivo, infatti, sarebbe impossibile da raggiungere se non attraverso una modifica della Costituzione: impresa nella quale nessuna forza politica può o vuole al momento cimentarsi. Non basta dunque limitarsi a ribadire una ferma opposizione al matrimonio gay perché non necessariamente ciò equivale a esprimere una posizione di forte difesa della famiglia fondata sul matrimonio tra un uomo e una donna. Tantomeno può essere rivendicato come un buon compromesso politico per giustificare alleanze in contraddizione con i propri principi. Ciò per la semplice ragione che il matrimonio fra persone dello stesso sesso, pur agitato come vessillo ideologico, non è effettivamente una opzione in campo e come tale discrimine sufficiente per connotare una posizione politica. L'obiettivo oggi in discussione è il riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali: con il possibile scopo di mettere poi in cantiere il cambiamento della Costituzione e quindi anche l'introduzione del matrimonio omosessuale. Il vero tema sul quale le forze politiche sono chiamate a pronunciarsi è quindi quello del riconoscimento delle cosiddette "unioni civili". Ma, anche se formalmente sotto questa dicitura vengono ricomprese tanto le coppie formate da persone dello stesso sesso quanto le unioni fra persone di sesso diverso, nella sostanza le proposte sulle unioni civili sono finalizzate a riconoscere in forma giuridicamente rilevante le coppie omosessuali. La convivenza eterosessuale, infatti, nel nostro Paese molto spesso precede semplicemente il matrimonio, oppure è il risultato di una scelta ben precisa da parte di coppie che non intendono ufficializzare il proprio legame né assumere doveri sanciti per legge. Tanto è vero che non esistono associazioni di coppie eterosessuali conviventi che invocano una legge ad hoc per disciplinare il loro status (al contrario di quanto accadeva per il divorzio), mentre è cronaca quotidiana la richiesta avanzata in questo senso dalle associazioni gay. In molti Comuni, tra i quali recentemente quello di Milano, tale battaglia culturale e politica si è concretizzata nella istituzione di registri anagrafici per i conviventi. Anche in questo caso, tuttavia, si tratta di iniziative di natura prettamente ideologica, di atti simbolici compiuti per creare consenso ma privi di valore giuridico e non rispondenti ad alcuna esigenza popolare. La loro

Ed allora, non è fuori luogo ricordare – sia pure sinteticamente ed in ordine sparso – almeno alcune delle buone ragioni che dovrebbero spingere anche il nostro Paese ad introdurre l'istituto delle unioni civili, rendendolo aperto alle coppie dello stesso sesso.

Per cominciare, si deve considerare la **sempre maggiore diffusione delle coppie *gay* che scelgono di venire allo scoperto**, aspetto questo di cui i Giudici di Strasburgo hanno tenuto conto, segnalando come ciò importi, sul piano giuridico, la necessità di una interpretazione della nozione stessa di famiglia che sia in grado di evolversi e risultare al passo coi tempi[11].

Sul piano politico, deve essere accordato giusto **peso alle raccomandazioni e risoluzioni provenienti dal Consiglio d'Europa** – già ricordate *supra* (cfr. § 2) – ed al

---

contrarietà alle norme fondamentali del nostro ordinamento, vertendosi in materia di diritti, in quanto tale sottratta all'autonoma disponibilità degli enti territoriali, è stata già formalmente dichiarata da tre ministri del governo Berlusconi – Maroni per gli Interni, Fazio per la Salute, Sacconi per il Welfare – a proposito di analoghi registri comunali per il testamento biologico. La loro inutilità è invece attestata dal fatto che in qualsiasi comune siano stati istituiti, i registri, anche quelli delle unioni civili, sono rimasti pressoché vuoti. Una visione liberale della società concepisce uno Stato che entri il meno possibile nella vita delle persone: che, dunque, non invada con la sua potestà regolatoria la sfera dei liberi legami affettivi, ma si limiti a disciplinare e a dare forma giuridica alle unioni che rivestono una funzione sociale e in quanto tali accanto al godimento di diritti contemplino l'adempimento di doveri e l'assunzione di responsabilità. È questo il caso della famiglia disegnata dalla Costituzione come «società naturale fondata sul matrimonio» (ricordiamo che l'aggettivo «naturale» fu suggerito da Palmiro Togliatti), potenzialmente aperta alla procreazione e in quanto tale deputata a garantire la continuità generazionale sulla quale si fonda qualunque comunità umana. Il matrimonio in quanto istituto giuridico assicura la tutela per i potenziali figli, salvaguardati da un'unione riconosciuta pubblicamente e da una genitorialità che è per sempre e che perdura indipendentemente dalla possibile interruzione del rapporto affettivo fra i coniugi (per la quale esiste il divorzio). Differente è il discorso dei diritti che il nostro ordinamento riconosce ai componenti di una coppia di fatto. L'elenco delle previsioni normative già attualmente vigenti è lungo, articolato, e copre quelle voci che spesso sono evocate a fondamento della richiesta di riconoscimento. Per esempio, non vi è nessun ostacolo all'assistenza del convivente nei confronti del proprio partner (in base alla legge 1° aprile 1999 n. 91, il convivente viene informato e può decidere addirittura un'operazione di trapianto di organo). L'estensione al convivente di diritti riconosciuti al coniuge, derivante dalla legge ordinaria o dalla giurisprudenza, esiste già in tema di assistenza da parte dei consultori, di interdizione e inabilitazione, di figli, di successione nella locazione, di successione nell'abitazione di proprietà e nell'assegnazione di un alloggio popolare. Il partner di fatto ha titolo, a determinate condizioni, al risarcimento del danno subito dall'altro partner; perfino la legislazione sulle vittime di mafia o terrorismo non conosce trattamenti diversificati fra convivente e coniuge. Ulteriori iniziative legislative volte a riconoscere nella dimensione civilistica o penalistica eventuali specifici diritti individuali in tutte le situazioni in cui questi non siano effettivamente garantiti incontrano e incontreranno la nostra condivisione e la nostra disponibilità; si pensi, per esempio, a una rimodulazione dell'obbligo di rendere testimonianza in un giudizio, con la estensione della facoltà di astenersi dal deporre prevista per gli stretti familiari. Non siamo però disposti a svuotare l'istituzione del matrimonio, attribuendo a unioni affettive, anche omosessuali, un riconoscimento giuridico analogo a quello matrimoniale. Vogliamo una società ispirata a valori ben fondati nella nostra tradizione culturale e nella Carta costituzionale, e per questo ci opponiamo a qualsiasi tentativo di decostruzione della famiglia basata sul matrimonio, che resta il cuore della "eccezione italiana"».

[11] Per alcuni spunti sulla controversa interpretazione della nozione di famiglia, R. BIN, *La famiglia: alla radice di un ossimoro*, in *Studium Iuris*, 2000, n. 10, p.1066 e ss.

***trend* evolutivo verso il riconoscimento delle unioni omosessuali**, che è anche più ampio di quello descritto dalla Corte EDU, interessando tutti i Continenti[12].

Nell'ambito dell'ordinamento nazionale, non vanno trascurate talune affermazioni contenute nella **sentenza della Corte costituzionale, n. 138/2010**, che pure ha dichiarato, parte, inammissibili e, parte, manifestamente infondate le prospettate questioni di legittimità delle norme implicanti il divieto di matrimonio omosessuale[13]. In quella pronuncia, infatti, la Consulta riconosce il «diritto fondamentale» delle coppie omosessuali, ricondotte alla nozione di formazione sociale di cui all'art. 2 Cost., «di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri» e si riserva «la possibilità d'intervenire a tutela di specifiche situazioni (come è avvenuto per le convivenze *more uxorio*: sentenze n. 559 del 1989 e n. 404 del 1988)», ove sia riscontrabile «la necessità di un trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia omosessuale». Se ne desume la legittima rivendicazione di forme legali di riconoscimento – sia pure diverse dal matrimonio – da parte delle coppie omosessuali, che costituiscono entità meritevoli di tutela.

È, poi, rilevante quel **«valore intrinseco» del riconoscimento ufficiale dell'unione**, che la Corte EDU inserisce, con grande sensibilità, tra i "pesi" del bilanciamento giuridico, per determinare se la legge greca sottoposta al suo scrutinio dovesse considerarsi discriminatoria o meno.

Ed invero, per coerenza, non si può evocare la forza (anche) simbolica della legislazione quando si tratta di sostenere scelte punitive – che dovrebbero essere rette da ben altri principi – e, per converso, relegare il significato del riconoscimento legale di una realtà di fatto tra gli argomenti extra-giuridici e non spendibili nel caso delle unioni *gay*.

Quest'ultima notazione induce a volgere lo sguardo al dibattito – evocato in apertura di questo scritto –, che sta accompagnando, nel nostro Paese, i passaggi parlamentari della legge di contrasto all'omofobia ed alla transfobia.

4. *Segue*: dignità degli omosessuali e legge penale di contrasto all'omofobia ed alla transfobia

Non è questa la sede per illustrare ed approfondire gli aspetti di dettaglio del progetto di legge approvato dalla Camera, in prima lettura, lo scorso mese di settembre[14] né per addentrarsi nella considerazione delle problematiche penalistiche di

---

[12] Per indicazioni e informazioni più dettagliate sul punto, cfr. A. SCHUSTER, *op. cit*.

[13] Corte cost., 14 aprile 2010, n. 138, in *Foro it*., 2010, parte I, c. 1367 e ss., con nota F. DAL CANTO, *La Corte costituzionale e il matrimonio omosessuale* e R. ROMBOLI, *Per la Corte costituzionale le coppie omosessuali sono formazioni sociali, ma non possono accedere al matrimonio*; in *Fam. e Dir*., 2010, p. 653 e ss., con nota M. GATTUSO, *La Corte Costituzionale sul matrimonio tra persone dello stesso sesso*.

[14] Il testo si legge sul sito internet del Senato.

ordine generale, che esso chiama in causa[15]. Tuttavia, non appare fuori luogo qualche rapsodica considerazione.

Anzitutto, è un dato di fatto che la condizione degli omosessuali nel nostro Paese, seppur molto migliorata rispetto al passato, non sia certo "felice" [16]. Lo dimostrano, nel modo più eclatante, gli atti estremi di quei giovani, che, anche di recente, hanno scelto di togliersi la vita, perché vittime di discriminazione o, quantomeno, di mancata accettazione nel contesto sociale di riferimento[17]. Lo dimostra, altresì, la scelta – ancora diffusa – di quanti decidono di vivere nell'ombra, nascondendo alla famiglia di origine, all'ambiente di lavoro od alla realtà geografica e sociale di provenienza il proprio orientamento sessuale, affiancandosi ad un *partner* eterosessuale di copertura o magari trasferendosi all'estero.

Ciò che si lamenta più di frequente, invero, sono certi atteggiamenti culturali – che, nella maggior parte dei casi, non si traducono in atti violenti o discriminatori, ma trasmettono, comunque, biasimo, irrisione e presa di distanza – e si lamenta altresì, con forza, il mancato riconoscimento di certi diritti, primo fra tutti quello di formare una famiglia che sia riconosciuta dalle leggi dello Stato.

Ed allora – se si parte dal presupposto che l'intervento di contrasto all'omofobia ed alla transfobia miri a difendere e, in un certo senso, a promuovere, col suo indubbio valore simbolico, la dignità[18] dei soggetti discriminati – colpisce che l'uso del diritto penale sia pensato per precedere e fors'anche per sostituire il riconoscimento dei diritti rivendicati. Si può, quindi, avvertire qualcosa di stridente ed una certa ipocrisia nel fatto che, da una parte, si intenda punire chi istighi a commettere o commetta atti di discriminazione per motivi fondati sull'omofobia o sulla transfobia e, dall'altra, vi sia perdurante resistenza e, da parti di alcuni, ferma opposizione a regolamentare le unioni civili omosessuali, considerate una minaccia alla sacralità del matrimonio ed alla "naturalità" della famiglia.

Ed allora, in un Paese in cui è stato ed è carente il dibattito pubblico sui diritti di chi è percepito "diverso", è lecito domandarsi se il vessillo della repressione penale – per il tramite di una legge in forte tensione coi principi di un diritto penale liberale[19] – non venga sventolato per distogliere l'attenzione da altri temi, quali il riconoscimento delle unioni civili e di diritti successori del *partner*, e può finanche agitarsi il sospetto di un intervento legislativo che, alla fine, potrà risultare volutamente mal costruito per essere enfatico, ma di difficile applicazione.

---

[15] Per una trattazione attenta e densa di riferimenti bibliografici, si rinvia a G. RICCARDI, *Omofobia e legge penale. Possibilità e limiti dell'intervento penale*, in *questa Rivista*, 30 settembre 2013.

[16] In argomento, tra gli altri: M. BARBAGLI-A. COLOMBO, *Omosessuali moderni. Gay e lesbiche in Italia*, Bologna 2001; G. BURGIO, *Mezzi maschi. Gli adolescenti* gay *dell'Italia meridionale. Una ricerca etnopedagogica*, Milano-Udine, 2008; C. BUZZI-A. CAVALLI-A. DE LILLO (a cura di), *Giovani del nuovo secolo.Quinto rapporto IARD sulla condizione giovanile in Italia*, Bologna, 2002; A. PINI, *Omocidi. Gli omosessuali uccisi in Italia*, Roma, 2002.

[17] Giusto per richiamare alla memoria taluni episodi assai recenti, cfr. roma.repubblica.it.

[18] Sul concetto di dignità, la molteplicità dei suoi significati, le accezioni dottrinali ed applicazioni giurispudenziali nonché sui risvolti penalistici, sia consentito il rinvio a C. BRIGNONE, *Aspetti della dignità umana nell'orizzonte del Diritto Penale*, in *questa Rivista*, 20 dicembre 2011.

[19] Ancora G. RICCARDI, *op. cit.*

In proposito, mi limiterò a qualche cenno.

In primo luogo, si deve osservare che è dato per scontato il significato pregnante delle nozioni di «omofobia» e «transfobia» e manca qualsivoglia sforzo definitorio, pur non essendo i predetti concetti auto-evidenti. Né la decodificazione può essere compiuta facendo riferimento alla Risoluzione sull'omofobia in Europa del gennaio del 2006, che definisce l'omofobia come «una paura e un'avversione irrazionale nei confronti dell'omosessualità e di gay, lesbiche, bisessuali e transessuali (GLBT), basata sul pregiudizio e analoga al razzismo, alla xenofobia, all'antisemitismo e al sessismo»: infatti, il progetto di legge approvato dalla Camera pone un distinguo tra omofobia e transfobia, di cui non v'è traccia nella Risoluzione citata. A ciò si aggiunga che può risultare incerto il confine anche rispetto ad atteggiamenti discriminatori sessuofobici, esclusi dall'ambito di applicazione della legge di cui si discute.

In secondo luogo, altro concetto normativo fondamentale quale quello degli «atti di discriminazione» resta avvolto in una vaghezza, che è frutto non della sola mancanza di definizione legislativa, ma, ancor prima, della polisemia che naturalmente appartiene al termine «discriminazione» e che contrasta col requisito di tassatività delle fattispecie incriminatrici[20]. Ed infatti, «la giurisprudenza formatasi sul reato "gemello" (rispetto al progettato reato di "omofobia"), o sull'aggravante, di discriminazione razziale, appare eloquente al riguardo, manifestando una incertezza nella delimitazione del penalmente rilevante»[21], che si traduce in scarsa portata applicativa.

Ancora, le remore all'approvazione della legge – e la volontà di «sterilizzarla» il più possibile – da parte degli stessi soggetti che l'hanno votata sono tradite dalla previsione per la quale, ai sensi della stessa legge, «non costituiscono discriminazione, né istigazione alla discriminazione, la libera espressione e manifestazione di convincimenti od opinioni riconducibili al pluralismo delle idee, purché non istighino all'odio o alla violenza, né le condotte conformi al diritto vigente ovvero anche se assunte all'interno di organizzazioni che svolgono attività di natura politica, sindacale, culturale, sanitaria, di istruzione ovvero di religione o di culto, relative all'attuazione dei princìpi e dei valori di rilevanza costituzionale che connotano tali organizzazioni». Alla luce di tale norma, invero, risulterebbe sostanzialmente abrogata, per la gran parte, la seconda parte dell'art. 3, lett. a), della legge n. 654/1975 (istigazione alla commissione o commissione di atti di discriminazione) e si complicherebbe oltremodo l'esegesi del comma 3 dello stesso articolo, nella parte in cui vieta «ogni organizzazione, associazione, movimento o gruppo avente tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione». Risultato questo assai singolare, se si pensa che verrebbe realizzato con la stessa legge asseritamente rivolta ampliare la portata applicativa delle disposizioni richiamate, per farne strumento di contrasto a forme di discriminazione non contemplate dalla legge del 1975. Ed infatti, a ben guardare non ci si limita a ribadire la necessità di porre un distinguo tra il diritto costituzionale alla

[20] Sulle diverse accezioni della «discriminazione», si rinvia a L. GOISIS, *Giustizia penale e discriminazione razziale. Il soggetto "altro" dinanzi al diritto penale e alla criminologia. Atto I: il contributo della criminologia*, in *Diritto Penale contemporaneo*, 19 ottobre 2012.

[21] G. RICCARDI, *op. cit.*, p. 39.

manifestazione del pensiero (art. 21 Cost.) e le condotte incriminate dalla nuova legge – ciò che, invero, sarebbe stato superfluo, in quanto comunque imposto dai canoni di un'esegesi costituzionalmente orientata –, ma si esclude in radice che una serie, potenzialmente omnicomprensiva, di condotte espressive possa costituire discriminazione o istigazione alla discriminazione e ciò a prescindere dalla loro connotazione concreta e salvi solo i casi di istigazione all'odio od alla violenza. Invero, è fondato il dubbio che ciò non accada semplicemente in nome di quella libertà di espressione e di quel pluralismo informativo, che l'Italia mostra di non avere troppo a cuore, tanto da essere stata retrocessa, nel rapporto 2012 di *Freedom House*, da paese «libero» a «parzialmente libero» e da trovarsi al penultimo posto in Europa ed al 91° su scala mondiale in tema di libertà di informazione.

Ed allora, si deve prendere atto che la tutela della dignità degli omosessuali necessita, allo stato, di interventi promozionali, che non sono "nelle corde" di un diritto penale liberale[22], ma che vanno ricercati sul fronte – certamente impervio – dell'impegno culturale e del riconoscimento dei diritti civili. Se, comunque, vorrà optarsi **anche** per le scelte di criminalizzazione – come avviene in altri ordinamenti[23], spesso più avanzati del nostro sul fronte dei diritti civili degli omosessuali –, ciò dovrà avvenire secondo un approccio laico e ragionato alla questione e nel rispetto dei principi penalistici di portata costituzionale di offensività, materialità e sussidiarietà, in maniera tale da evitare che il processo legislativo di approvazione di una legge sostanzialmente vuota si traduca in "specchietto per le allodole", atto a distogliere da questioni più concrete[24].

---

[22] Cfr. G. FIANDACA, *Laicità, danno criminale e modelli di democrazia*, in L. RISICATO-L. LA ROSA, *Laicità e multiculturalismo. Profili penali ed extrapenali*, Torino, 2009, p. 18 e ss.

[23] In argomento, cfr. L. GOISIS, *Omofobia e diritto penale: profili comparatistici*, *ivi*, 16 novembre 2012

[24] Sull'opportunità dell'intervento penale si registrano posizioni diverse. Contrari, tra gli altri: G. RICCARDI, *op. cit.*; A. PUGIOTTO, *Le parole sono pietre?*, in *questa Rivista*, 15 luglio 2013. Favorevole L. GOISIS, *op. cit*.