

Die Homosexualität im Russischen Strafgesetzbuch

von

Vladimir Nabokoff,

Professor des Strafrechts an der kaiserlich russischen Rechtsschule
zu St. Petersburg.¹⁾

I.

Bei der Festsetzung des dogmatischen Begriffs der widernatürlichen Unzucht machen sich die Juristen einer allzu großen Prüderie schuldig. Von Rosshirt ab, welcher im Jahre 1821 in seinem Lehrbuch die Sodomie vollständig aus dem Grunde übergeht, weil es sich dabei um eine zu schmutzige Materie handele, bis zu Neklindoff, (Handb., I 435) welcher vorschlägt, über Bestialität und Päderastie ebenso einen Schleier zu werfen, wie über alle Schamlosigkeiten überhaupt, von denen der Apostel Paulus den Christen nicht zu sprechen rät, berührt die große Mehrzahl der Schriftsteller nur vorübergehend und im

¹⁾ Wir danken Herrn Professor von Nabokoff für die freundliche Überlassung seiner so vortrefflichen Ausführungen, welche einen Teil eines viel beachteten Vortrags über Sittlichkeitsdelikte bilden, den der berühmte russische Rechtsgelehrte in der juristischen Gesellschaft zu St. Petersburg hielt. Der russische Urtext — unsere Übersetzung stammt von Herrn v. Nabokoff selbst — erschien in der juristischen Zeitschrift: „Vestnik Prava“ (Dez. 1902.)

Fälle äußerster Notwendigkeit die rechtliche Charakteristik dieser Formen der Unzucht. Daraus entspringen die ungeheuren, oft fast unüberwindlichen Schwierigkeiten, welche der Praxis bei Feststellung des Tatbestandes in einzelnen Fällen erwachsen, umsomehr als alle Gesetzbücher, welche über diese Unzucht Bestimmungen enthalten, immer zu allgemeine und zu unbestimmte Definitionen von ihr geben. Bis in die jüngste Zeit und zwar bis zur Veröffentlichung des Buches von Dr. Wachenfeld „Homosexualität und Strafgesetz“, gab es überhaupt keine monographische rechtliche Literatur der Frage. Für Rußland hat aber dieses Thema eine besondere Wichtigkeit. Unsere Strafgesetzgebung behandelt bis zur letzten Zeit die Bestialität und die Päderastie mit ganz besonderer Strenge, und wenn die erstere aus dem neuen Strafgesetzbuch von 1903 (22. März) weggefallen ist und die Päderastie mit einer milderen Strafe bedroht wird, so wurde der Tatbestand der letzteren in Vergleich zum bisher geltenden Recht einer viel eingehenderen kasuistischen Ausarbeitung unterworfen. —

Schon unsere ältesten kirchlichen Gesetze behandeln die Strafbarkeit der Päderastie. In der weltlichen Gesetzgebung finden wir die ersten Bestimmungen hierüber in den Kriegsartikeln Peter des Großen, wo eine grausame Körperstrafe für die „Mischung des Menschen mit dem Vieh“ und auch für den „Knabenschänder“ festgestellt wird. Wird dabei Gewalt angewendet, so soll das Urteil auf Todesstrafe oder lebenslängliche Galeerenstrafe lauten. Der „Svod Zakonow“ von 1832 enthielt schon andere Strafbestimmungen: Rutenstrieche und Deportation für Päderastie, sowie für Bestialität; für gewaltsame Päderastie — die Katorga.

Aus der Mittelperiode sollte hervorgehoben werden, daß im Jahre 1785 der Senat einen berühmten Ukas, den Fall Banze-Kasper betreffend, erließ, welcher die

Bestialitätsfälle dem sog. Gewissenstribunal zuwies, damit letzteres solche Fälle „mit allerlei Nachsicht und barmherziger Milde“ behandle, „indem die bei solchen Fällen vorkommende Selbstvergessenheit fast jede Art Wahnsinn übertrifft, und deshalb müssen auch solche Albernheiten, welche sich zu Zeiten bei der ungebildeten Menschheit einschleichen und mit grenzenloser Unkenntnis des einzelnen Wesens verbunden sind,“ dem Gewissenstribunal zuständig sein.

Das geltende Strafgesetzbuch 1845¹⁾ (Uloshénié) bestimmt in den Artikeln 995—997 (Ausgabe 1885), daß der des widernatürlichen Lasters der Männerliebe „Überführte“ der Deportation nach Sibirien unterliegt. Wurde Gewalt gebraucht oder war das Opfer minderjährig oder blödsinnig, so trifft den Schuldigen Katorga (Deportation mit schwerer Zwangsarbeit) von 10—12 Jahren. Die Bestialität wird bestraft mit Deportation nach den entferntesten Gegenden Sibiriens. Nachdem im Jahre 1900 die Deportation zum Teil aufgehoben wurde, tritt nun an ihre Stelle im Falle der ungeschärften Männerliebe Zuchthaus von 4—5 und bei Bestialität von 5—6 Jahren ein. — Nach der „communis opinio“ einheimischer Gelehrten versteht die „Uloshénié“ unter „Männerliebe“²⁾ den widernatürlichen Coitus zwischen Personen männlichen Geschlechts und zwar per anum. Soweit die Theorie. Dagegen sprach sich im Jahre 1869 der Senat (als oberster Kassationshof) dahin aus, daß er den § 996 (gewalttätige Sodomie) in Fällen anwenden ließ, wo ein

¹⁾ Für deutsche Leser sei es bemerkt, daß bis jetzt das Strafgesetzbuch von 1845 in der Ausgabe vom Jahre 1885 in Kraft steht. Am 22. März dieses Jahres (1903) erfolgte die Bestätigung eines neuen Strafgesetzbuches, jedoch wird sein Inkraftsetzen einer noch unbestimmten Zukunft vorbehalten.

²⁾ Der betreffende Terminus „Mujelojstwo“ heißt wörtlich „Mannesbeischlaf“.

Weib von einem Manne widernatürlich (per anum) genotzüchtigt wurde. Diese Entscheidung erfolgte, weil das Gesetzbuch unzüchtige Handlungen gegen das Weib als solche nicht bestraft (sie können eventuell nur als Injuria mit verhältnismäßig unbedeutender Arreststrafe geahndet werden), und ferner, weil die beschriebene Handlung nicht unter den Begriff der Notzucht fällt. Daraus erhellt auch, daß in Fällen, wo solcher widernatürlicher Coitus ohne Gewalt vorliegt, der Senat die Bestimmungen über einfache Sodomie nicht anwenden läßt.

Die Grenze zwischen Versuch und Vollendung wurde vom Senat nicht gezogen. In der Theorie herrscht darüber ein Streit. Nach Neklindoff fallen bei freiwilliger Sodomie Versuch und Vollendung zusammen, zur Vollendung genüge schon der Anfang des erotischen Akts. Toinitsky hingegen meint, daß die Tat mit der *intrusio membri in anum* vollendet, ein Versuch dagegen juristisch undenkbar sei. Die Motive zum neuen Strafgesetzbuche stimmen, was den Moment der Vollendung betrifft, Toinitsky bei und erblicken das versuchte Verbrechen im Versuche der *intrusio membri*.

Über den Tatbestand der Bestialität herrschen freilich Kontroversen, auf die ich hier nicht weiter eingehe, da im neuen Strafgesetzbuche dieses Verbrechen definitiv aufgehoben ist.¹⁾

Ganz anders ist es im Strafgesetzbuche der Sodomie ergangen. Die freiwillige Sodomie zwischen Erwachsenen ist strafbar. Der Entwurf der ersten, zweiten und dritten Lesung bestimmte Gefängnisstrafe bis auf ein Jahr; die vierte setzte ein Minimum von drei Monaten fest. Die Entwürfe der ersten und zweiten Lesung nahmen aus: Sodomie mit einem Knaben unter 12 Jahren und mit

einem Minderjährigen von 12 bis 16 Jahren, gegen dessen Willen oder auch mit dessen Zustimmung, allein unter Mißbrauch seiner Unschuld. In beiden Fällen tritt Zuchthaus (bis zu fünf Jahren) ein. Zu den qualifizierten Fällen gehören: die Sodomie mit Verletzung eines Abhängigkeits-Verhältnisses oder mit einer genötigten (im Sinne des Gesetzes) Person. Der Versuch ist in allen Fällen strafbar.

Einige Veränderungen wurden im Entwürfe der vierten Lesung vorgenommen. Hier wurde dasselbe System angenommen wie bei strafbarer Unzucht mit Personen weiblichen Geschlechts.

Die Sodomie zerfällt in *voluntaria* (Gefängnisstrafe); *violenta*, zu welcher die S. mit einem Knaben unter 12 Jahren oder mit Verletzung eines Abhängigkeit-Verhältnisses oder mit einem Genötigten gehört; in allen diesen Fällen wird mit Katorga, nicht über 8 Jahr, gestraft. Bei S. *nec violenta nec voluntaria* ist die Strafe Zuchthaus nicht unter drei Jahren.

Der Vergleich zwischen der dritten Lesung und den ersten zwei zeigt ein deutliches Streben, die Strafbarkeit der S. zu erhöhen: noch weiter geht die vierte (angenommene) Lesung. Hier wird, wie gesagt, für die freiwillige einfache S. ein Minimum von drei Monaten Gefängnisstrafe aufgestellt. Die Altersgrenzen sind weiter gerückt: statt 12, werden 14 Jahre aufgestellt. Die S. mit einem Knaben unter 14 Jahr wird immer mit Katorga bestraft, auch wenn gar keine Gewalt oder selbst Mißbrauch der Unschuld vorliegt (z. B. mit einem Kyneden) vorliegt. —

Der Tatbestand ist derselbe wie im geltenden Recht: *coitus per anum* zwischen Männern. Da das neue Strafgesetzbuch mannigfaltige, ebenfalls sehr strenge Bestimmungen über unzüchtige Handlungen mit Personen weiblichen Geschlechts enthält, so fällt jeder Grund weg,

¹⁾ Dieses Wegfallenlassen der Strafe fand allgemeine Zustimmung. Es erhoben sich dagegen bloß vereinzelte Stimmen.

die früher erwähnte und zwar mit Unrecht erweiternde Auslegung, nach welcher gewaltsame S. auch da angenommen wird, wo ein Weib contra naturam vergewaltigt wurde, weiter beizubehalten.

Den Motiven zufolge, genügt zur Vollendung die *Intrusio membri*. —

II.

In der Frage der strafrechtlichen Behandlung der S. kann die einschlägige — allerdings überaus reichhaltige und interessante — medizinische Literatur leider nur von geringem Nutzen sein, denn unter den Medizinern herrscht eine große Meinungsverschiedenheit über diese Frage. Der Jurist, der Willens wäre in dieser Materie dem Arzte zu folgen, würde sich sicherlich in der großen Menge der sich durchkreuzenden Beobachtungen und Folgerungen verirren. Aber wenn auch diese Kontroversen wegfallen würden, — wenn wirklich die medizinische Wissenschaft zu bestimmten festen Sätzen gelangt wäre, — so würde dadurch die rechtliche Seite der Frage doch keine hellere Beleuchtung erfahren.

Nehmen wir nun mit der Mehrzahl der Forscher das an, was wohl am wahrscheinlichsten ist, daß der Uranismus zuweilen eine pathologische (einerlei, ob angeborene oder erworbene), zuweilen eine nicht pathologische (lasterhafte) Erscheinung sei. Als Merkmal einer solchen Erscheinung dürfte die Tatsache dienen, daß bei pathologischem Uranismus die Neigung zum Weibe so gut wie ausgeschlossen und der normale Koitus dadurch geradezu unmöglich oder wenigstens im höchsten Grade peinlich wird; dagegen bei lasterhaftem Uranismus die Neigung zum andern Geschlecht sowie die Möglichkeit des normalen Koitus besteht. Einen solchen Unterschied will Wachenfeld annehmen, indem er die erste Species konträre, die zweite nicht konträre Homosexualität benennt. Welche Folgerung wird nun aus

diesem Unterschied gezogen? Nach Wachenfeld soll nur die nicht konträre Homosexualität, d. h. der lasterhafte Uranismus strafbar sein. Was dagegen die konträre H. betrifft, so will er hier einen der Unzurechnungsfähigkeitsgründe des § 51 des St.-G.-B., nämlich eine geistige Störung, sehen, welche als Exkulpationsgrund für den pathologischen Urning dienen soll.

Aber einmal ist diese Möglichkeit der Anwendung des § 51 im hohen Grade bestreitbar. Für andere Gesetzbücher, und namentlich für das Russische, wäre sie ausgeschlossen. Und zweitens: soll der konträre Urning unzurechnungsfähig sein, so trifft ihn keine Strafe auch wenn der Verletzte ein Minderjähriger ist, oder Gewalt angewendet wurde, was natürlich nicht annehmbar ist.

Es erhellt hieraus, daß diese ohnehin bestrittene Grenze zwischen pathologischem und lasterhaftem Uranismus den juristischen Standpunkt garnicht fördert. Auf diesem Standpunkte bleibend werden wir uns überzeugen, daß die richtige Antwort auf die Frage außerhalb des Gebietes der Medizin zu suchen ist. Und zwar werden wir vom kriminalpolitischen Standpunkte zum Ergebnis gelangen, daß es viel mehr Gründe für die Straflosigkeit der (freiwilligen) S. als für ihre Strafbarkeit gibt.

Vor allem unterliegt es keinem Zweifel, daß die rechtliche Begründung der Strafe hier auf große Schwierigkeiten stößt. Den vollständigsten Versuch einer solchen Begründung finden wir bei Wachenfeld. Der erste Grund, auf den er verweist, ist die Forderung der Sittlichkeit, welche der Staat beschützen soll. Derselbe Grund wird von den Verfassern der Motive zum russischen Entwurf angenommen, indem sie meinen, die S. soll verfolgt werden als eine naturwidrige Handlung, als ein leider weit verbreitetes Laster, dessen Bekanntwerden durch Entdeckung des einen oder des anderen Falles die öffentliche Sittlichkeit verletzt und deshalb Abhütung durch das

Gesetz erheischt. Dem stimmt auch bis zu einem gewissen Grade Prof. Vladimirof bei, indem er die Unsittlichkeit der widernatürlichen Unzucht darin erblickt, daß dadurch die Selbstachtung des Menschen preisgegeben wird. Die anderen von Wachenfeld herbeigezogenen Gründe sind so offenbar nicht stichhaltig, daß eine ausführliche Widerlegung wohl unterbleiben mag. So sagt er u. A., der Staat möge strafen im Interesse des allgemeinen Wohles, in Anbetracht der damit verknüpften physischen und psychischen Schädigung der Personen, die mit einander S. begehen, und auf den Einwand, daß hier eine freiwillige Gesundheitsschädigung vorliegt, antwortet er: „der Staat muß das Mittel gebrauchen, das ihm zu Gebote steht, und durch die Aufstellung des Strafgesetzes zu verhüten suchen, daß gesunde Untertanen psychisch und physisch verderbt werden“. Es ist leicht sich vorzustellen, in welche Lage der Staat geraten würde, wenn er ein so eingebildetes Recht gegen Raucher, Morphinisten, Ätheromanen, abgesehen von den nützlichen Professionen — wie Telephonisten, Kohlengräber, Drucksetzer — u. s. w. in Anwendung bringen würde. Der letzte Grund, obgleich vom alten Feuerbach eingeflüßt, klingt fast wie ein Kuriosum und jedenfalls wie ein schreiender Anachronismus: „der Mann, welcher geflissentlich homosexuellen Akten den Vorzug gibt, bekundet nicht nur eine Geringschätzung des normalen Verkehrs, sondern auch eine Verachtung des ehelichen Lebens. Hierzu aber kann der Staat, der die Ehe sanktioniert und ihre Heilighaltung wünscht, nicht schweigen“. In dieser Hinsicht könnte der Staat dann auch mit Fug und Recht die überzeugten und eingefleischten Hagestolze bestrafen! —

Es bleibt also schließlich nur der erste Grund übrig. Es ist zweifellos, daß die S., wenn sie die öffentliche Sittlichkeit verletzt, tatsächlich verfolgbar und strafbar sein soll. Das Halten eines Bordells für Urninge, die männ-

liche Prostitution, die Ausübung des Koitus vor Zeugen, u. s. w., alles das muß natürlich im Namen der öffentlichen Sittlichkeit streng gerügt werden. Aber bei der S., gewissermaßen intra muros, darf von öffentlicher Sittlichkeit nicht die Rede sein. Jenes „Bekanntwerden“, von dem die russischen „Motive“ sprechen, geschieht doch gegen Wissen und Willen der Beteiligten, sie können also dafür nicht verantwortlich gemacht werden.

Was nun die Strafbarkeit der S. als einer höchst unsittlichen und ekelhaften Handlung betrifft, so führt eine solche Ansicht zu unüberwindlichen Schwierigkeiten. Es entsteht nämlich die evidente Frage, warum bloß die S., und zwar im Sinne des coitus per anum, strafbar sei, man muß zum Schluß kommen, daß, da vom sittlichen Standpunkt die Befriedigung des Geschlechtstriebes nur in der Ehe und zwar nur auf natürliche Weise erlaubt ist, jede außereheliche und zwischen Eheleuten jede unnatürliche Befriedigung strafbar sein muß. Wenn man jedoch einwendet, die S. sei ekelhafter als andere Ausschweifungen, so ist das erstens Sache des subjektiven Empfindens, und zweitens sind auf einem solchen Gebiete derartige Unterscheidungen kaum durchführbar. Wenn man endlich auf die große Verbreitung der S. hinweist, so ist eine solche Assertion ziemlich fraglich, insbesondere was den coitus per anum betrifft ¹⁾.

Somit ist die Begründung der Strafbarkeit der freiwilligen S. höchst zweifelhaft. —

Weiter muß bemerkt werden, daß in Bezug auf diese Handlung dem Gesetze eine Alternative gestellt wird, nämlich: S. soll entweder eine genaue Definition oder aber die bloße Benennung enthalten. Der erste Weg ist schwierig: es können unmöglich ins Gesetz solche unreine und widerliche Details eingetragen werden. Der zweite,

¹⁾ Siehe darüber Moll, *conträre Sexualempfindung*. 3. Aufl. S. 238.

den die meisten Gesetzgebungen einschlagen, gibt aber der Praxis keinen Fingerzeig. Es ist bekannt, welche Schwankungen und Misverständnisse der Ausdruck „wider-natürliche Unzucht“ in der deutschen Literatur und Gerichtspraxis hervorrief. Ich habe schon erwähnt, daß unsere Praxis S. in Fällen annahm, wo mit einem Weibe per anum coitirt wurde, und es ist nicht ausgeschlossen, daß in der Zukunft die Frage auftauchen wird, ob diese Auslegung endgiltig aufzugeben sei. Ohne in weitere Einzelheiten einzugehen, will ich nur bemerken, daß für die Beibehaltung dieser heutigen Auslegung ziemlich wichtige Gründe angeführt werden können.

Es ist klar, daß alle Schwierigkeiten, welche bei der Definition des Tatbestandes der S. entstehen, erhöht werden, wenn das Gesetz nicht nur die vollendete, sondern auch die versuchte Tat straft.

Diese Betrachtungen berühren die theoretische Stellung der S. im Strafgesetze.

Sie müssen selbstverständlich auch für die qualifizierte S. gelten. Dieselbe dürfte nicht aus dem allgemeinen Begriff der strafbaren Unzucht (attentat à la pudeur) ausscheiden und sollte also keinen selbständigen Teil bilden.

Noch deutlicher und ganz überzeugend sind die Einwände, die man in Bezug auf die Aufgaben und Zwecke der Strafrechtspflege (Kriminalpolitik im E. S.) gegen die Strafbarkeit der einfachen S. anführen kann.

Es fragt sich nämlich: welchen Zweck verfolgt man und was erreicht man, wenn man den Urning auf fünf bis sechs Monate, ja auf ein Jahr, ins Gefängnis steckt? Den Abschreckungs-Zweck? Aber von der Abschreckung kann hier weniger als irgend wo anders die Rede sein. Den Zweck der Genugtuung der verletzten öffentlichen Moral? Aber einmal wird die öffentliche Moral wohl schwerlich dadurch befriedigt, daß aus Hunderten von

Urningen nur wenige Individuen zur Rechenschaft gezogen werden; zweitens verläuft in solchen Fällen die Gerichtsverhandlung von Anfang bis zu Ende unter absolutester Ausschließung der Öffentlichkeit, sodaß sie aus dem Fazit der öffentlichen Aufmerksamkeit ausscheiden; und drittens stellt man einen solchen Zweck auf, so muß vor allem festgesetzt werden, daß der Abscheu, welchen die Gesellschaft den Urningen entgegenbringt, gleichbedeutend ist mit der Forderung des Eingreifens der Strafjustiz: für die gebildeten Schichten der Gesellschaft ist die Möglichkeit einer solchen Gleichstellung mindestens fraglich.

Was endlich den Verbesserungszweck, den des heilsamen sittlichen Einfluß, betrifft, so dürfte eine Meinungsverschiedenheit über die Unerreichbarkeit dieses Zweckes — insbesondere was den Gewohnheits-Urning angeht — kaum herrschen. Die Verbesserung ist nämlich im gegebenen Falle der Abgewöhnung vom Laster oder der Heilung von der Krankheit gleich, und wenn man ins Auge faßt, wie selten selbst das Streben der Therapie in diesen Fällen — sogar bei dem leidenschaftlichen Wunsche des Patienten zu genesen —, mit Erfolg gekrönt wird, so erhellt von selbst, daß das Gefängnis einen derartigen heilenden und erziehenden Einfluß gewiß nicht bietet.

Indem also der Staat den Urning straft, gibt er ungerecht, zwecklos und unnütz Geld und Kräfte aus, die auf eine zweckmäßigere Weise verwendet werden könnten.

Man darf weiter die unendlichen Schwierigkeiten des Prozesses in solchen Fällen auch nicht unterschätzen. Wird öffentliche Anklage angenommen, so begegnet schon die Feststellung des Tatbestandes — insbesondere, wenn der Versuch strafbar ist — großen Hindernissen. Welch weiter Anlaß für Chantage, für Erpressung, wenn man bedenkt, daß der Beweis hier naturgemäß sehr selten auf unwiderleglichen Tatsachen beruhen kann. Welche Ge-

legenheit für Feinde, durch üble Nachrede den Gegner zu vernichten! Es liegen ganz augenscheinliche Beispiele auf der Hand

Wachenfeld erwidert freilich, daß aus diesem Grunde doch niemand daran denkt, den Ehebruch und die Unzucht mit Kindern straflos zu lassen — aber dieser Einwand ist ein reiner Sophismus. Wenn die Schwierigkeit der Feststellung des Tatbestandes und die leichte Möglichkeit der Erpressung als einziges Argument gelten würden, so hätte Wachenfeld recht. Aber dieses Argument erscheint nur als Verstärkung anderer, nicht minder überzeugender Gründe.

Soll man noch darauf hinweisen, welche große Schwierigkeiten und wohl auch welchen großen Schaden die Notwendigkeit der Herbeiziehung der Polizei zur Erhebung der Anklage bereitet? Oder auch auf die Unmöglichkeit des öffentlichen und die Schwäche des geheimen Prozesses, durch welchen es dem Angeklagten unmöglich wird, sich vor den Augen der Gesellschaft von dem vielleicht unverdienten Verdachte zu reinigen? Und endlich auf eins der größten Übel, auf die tatsächliche Nichtanwendung des Gesetzes, auf den zufälligen und unregelmäßigen Charakter der Repression, welche den Einen trifft und den Anderen, den seine Stellung und seine Beziehungen schützen, schont? Auf alles dieses hinzuweisen, hieße von allgemeinen bekannten Tatsachen unseres sozialen Lebens sprechen.

Zum Schluß noch zwei Worte über eine Befürchtung, welche ausgesprochen wird, wenn der Vorschlag, die Strafbarkeit der S. aufzuheben gemacht wird. Man sagt: würde eine solche Aufhebung nicht einer offiziellen Sanktionierung des Lasters gleichkommen und eine noch größere Verbreitung desselben hervorrufen?

Die Antwort ist nicht schwer: wie das Gebiet des Strafrechts mit demjenigen der Sittlichkeit nicht zusammen-

fällt, so berührt die Aufhebung oder die Einführung von Verboten auf einem Gebiete nicht im Mindesten das Andere. Das einfache stuprum, die Sodomia ratione generis (Bestialität) waren im Russischen St.-G.-B. bis jetzt strafbar; im neuen St.-G.-B. fällt die Strafe weg. Soll das heißen, daß diese Handlungen dadurch eine offizielle Sanktion fanden?

Gewiß nicht! Ferner: wenn der Wucher durch das Gesetz von 1893 in Rußland strafbar würde, kann man daraus folgern, daß der Wucher bis dahin sich einer offiziellen Sanktion erfreute? Auch ohne jegliches Strafgesetz wird die Sodomie in den Augen des gesunden und normalen Teils der Bevölkerung immer und überall als das gelten, was sie in Wirklichkeit ist, nämlich als ein abnormer, häufig pathologischer Akt, dessen Verbreitung von dem Vorhandensein oder dem Wegfallen der Strafdrohung durchaus nicht abhängt.

Nabokov Vladimir^[1] – *L'omosessualità nel codice penale russo* [Die Homosexualität im russischen Strafgesetzbuch] in „Jahrbuch für sexuelle Zwischenstufen“, 1903/II, pp.1159 -1171.

Traduzione di Alessandro Corsi

Quando si tratta di esprimere opinioni dogmatiche sull'atto contro natura, i giuristi si rendono colpevoli di troppo pudore. A partire da Rosshirt, che nel suo trattato del 1821 omette completamente la sodomia in quanto materia troppo abietta, fino a Neklindoff (Manuale, I 435), che propone ugualmente di gettare un velo sulla bestialità e la pederastia, come su tutte quelle spudoratezze in genere di cui l'apostolo Paolo consiglia ai cristiani di non parlare, la grande maggioranza degli autori accenna di passaggio e solo nel caso di straordinaria necessità al modo in cui l'argomento viene trattato giuridicamente nelle sue diverse forme. Da ciò derivano, nella pratica, le enormi e spesso quasi insormontabili difficoltà relative all'accertamento dei fatti concernenti ogni singolo caso, tanto più che tutti i codici che contengono disposizioni al riguardo ne danno sempre definizioni troppo generali e vaghe. Fino ai tempi più recenti e più precisamente fino alla pubblicazione del libro del Dr. Wachenfeld "Omossessualità e legge penale", nella letteratura giuridica non esisteva alcuna monografia sull'argomento. Per la Russia, invece, questa questione riveste un'importanza particolare. Finora la nostra legislazione penale ha trattato la bestialità e la pederastia con particolare severità e sebbene la prima sia stata soppressa dal nuovo codice penale del 1903 (22 marzo), e per la pederastia venga comminata una pena più leggera, per quel che riguarda quest'ultima le circostanze dei singoli casi vengono maggiormente approfondite rispetto alla regolamentazione generale. Già nel nostro vecchio diritto canonico si parla di sanzioni relative alla pederastia. Nella legislazione nazionale, invece, le prime disposizioni al riguardo le troviamo negli articoli di guerra di Pietro il Grande dove è fissata una punizione corporea crudele per "mescolanza di uomini con animali" e anche per "violenza sessuale su ragazzi". In tal caso verrà sentenziata la pena di morte o la prigione a vita. Il corpus legislativo *Svod Zakonov* del 1832 comprende già altre sanzioni penali: frustate e deportazione per la pederastia e la bestialità, *katorga* per la pederastia praticata con la violenza.

Per il periodo intermedio dobbiamo far notare che nell'anno 1785, riguardo al caso Banze-Kasper, il senato ha emanato un noto *ukaz* (decreto n.d.t.), secondo cui i casi di bestialità avrebbero dovuto essere trattati "con la massima indulgenza e clemenza misericordiosa" "poiché l'oblio di se stessi che accompagna tali atti va quasi al di là di ogni sorta di pazzia, e perciò tali scempiaggini, che in certi momenti si insinuano nel genere umano incolto e sono legati all'ignoranza sconfinata di singole creature", devono essere di pertinenza del *tribunale della coscienza*.

Il codice penale del 1845 ^[2] ancora in vigore – *uloshenie* - (edizione 1885), precisa negli articoli 995 – 997 che la "la provata colpevolezza di vizio contro natura tra uomini era passibile di deportazione in Siberia. Se inoltre si è fatto uso della violenza o se la vittima è minorenne o deficiente, il colpevole è punito con la *katorga* (deportazione con lavori forzati obbligatori) da 10 a 12 anni. La bestialità viene punita con la deportazione verso le regioni più lontane della Siberia. Nell'anno 1900, dopo che la deportazione fu in parte sospesa, al suo posto, nel caso di omossessualità ^[3] con o senza aggravanti è subentrato il carcere da 4 a 5 anni e per la bestialità il carcere da 5 a 6 anni. Secondo la *communis opinio* degli studiosi del nostro paese, sotto la dicitura "omosessualità" l'*uloshenie* comprende il coito contro natura tra persone dello stesso sesso, più precisamente *per anum*. Questa è la teoria contro cui si è espresso il senato (in qualità di suprema Corte di cassazione) nell'anno 1869 affinché si facesse applicare il paragrafo 996 (sodomia violenta) anche nei casi in cui una donna fosse violentata contro natura (*per anum*) da un uomo. Questa decisione fu presa perché il codice non puniva atti osceni di questo tipo commessi nei confronti di una donna (essi potevano eventualmente essere considerati un'ingiuria e puniti con una reclusione insignificante in proporzione al danno subito), e inoltre perché l'atto descritto non cadeva sotto il concetto di violenza carnale. Da ciò risulta anche chiaro che nei casi in cui un tale coito contro natura si presenta senza violenza, il senato non applica la definizione di vera sodomia.

Il senato non aveva tracciato il confine tra tentativo e compimento dell'atto. Dal punto di vista teorico, al riguardo regna una controversia. Secondo Neklindoff tentativo e compimento coincidono con la sodomia consensuale, essendo sufficiente l'inizio dell'atto erotico perché esso sia da considerarsi compiuto. Secondo Toinitsky, invece, solo l'atto con *intrusio membri in anum* è da considerarsi compiuto, mentre il tentativo è inconcepibile dal punto di vista giuridico. Il nuovo codice penale si trova in accordo con Toinitsky e prende in considerazione il momento in cui l'atto viene compiuto mentre il tentativo di *intrusio membri* viene considerato un tentato reato.

Anche riguardo alla bestialità regnano controversie su cui però non mi soffermo in questa sede, poiché nel nuovo codice penale tale reato è stato definitivamente cancellato [4].

Ben altro è stato promulgato nel codice penale riguardo alla sodomia. La sodomia consensuale è punibile. Nella bozza della prima, seconda e terza lettura si è deciso per una pena di carcere fino a un anno. La quarta ha fissato un minimo di tre mesi. Le bozze della prima e seconda lettura non includono: sodomia con un ragazzo sotto i dodici anni e con un età compresa tra dodici e sedici anni, contro la sua volontà o anche con il suo consenso, ottenuto abusando della sua innocenza. In entrambi i casi subentra il carcere (fino a cinque anni). Si contraddistinguono i casi di sodomia con lesione conseguente al rapporto o con persona costretta (nel senso della legge). In tutti i casi il tentativo è punibile.

Nella bozza della quarta lettura troviamo alcune variazioni. Qui viene accolto lo stesso sistema usato per punire l'oscenità con persone di sesso femminile. La sodomia si divide in volontaria (pena del carcere) e violenta, a cui appartiene la sodomia con un ragazzo di età inferiore ai dodici anni o con lesione causata dall'atto, o con costrizione; in tutti questi casi essa è punita con *katorga* non superiore a otto anni. Con sodomia né violenta né consensuale la pena penitenziaria non è inferiore a tre anni.

Il confronto tra la terza lettura e le prime due mostra una chiara tendenza verso l'inasprimento delle sanzioni nei confronti della sodomia. La quarta lettura (accolta) va ancora oltre. Qui, come abbiamo detto, per la sodomia tra persone consenzienti è stabilito un minimo di tre mesi di carcere. Il limite di età passa da 12 a 14. La sodomia con un ragazzo sotto i 14 anni viene sempre punita con la *katorga* anche quando non si è in presenza di violenza o di abuso di innocenza (per esempio con un cinedo).

I fatti sono gli stessi che troviamo nel diritto vigente: *coitus per anum* tra uomini. Dato però che il nuovo codice penale comprende disposizioni di varia specie, altrettanto rigide, riguardo a comportamenti osceni con persone di sesso femminile, viene a cadere ogni argomento menzionato nel precedente e a torto ampiamente precisato, per conservare l'idea secondo cui si accettava l'idea di sodomia consensuale, nel caso in cui una donna fosse violentata con un atto contro natura.

In conformità a questi motivi *l'intrusio membri* è sufficiente per considerare l'atto compiuto.

II

Sulla questione della sodomia dal punto di vista penale, la letteratura medica pertinente – per quanto estremamente abbondante e interessante – può essere purtroppo di poca utilità, poiché le opinioni dei medici al riguardo sono molto contrastanti. Il giurista che, in materia, volesse seguire i medici, sicuramente si smarrirebbe in mezzo alla quantità di osservazioni e conclusioni che si incrociano. Ma anche se queste divergenze venissero abolite – se veramente la scienza medica fosse giunta a definire l'argomento in modo preciso, non per questo verrebbe chiarito il lato giuridico della questione.

Come la maggior parte dei ricercatori, accettiamo l'idea che molto probabilmente l'uranismo è talvolta un fatto patologico (innato o acquisito) e talvolta no (depravazione).

A conferma di tale osservazione è utile far notare che nell'uranismo patologico l'attrazione verso la donna è inesistente, il che rende il normale coito addirittura impossibile oppure penoso al massimo grado, mentre, al contrario, nell'uranismo depravato esiste sia l'attrazione per il sesso opposto che la possibilità del coito normale. Wachenfeld accetta una tale suddivisione e chiama "omosessualità contraria" il primo tipo e "omosessualità non contraria" il secondo. Quale conclusione traiamo da tale differenza? Secondo Wachenfeld solo l'omosessualità non contraria, ovvero l'uranismo depravato, deve essere considerato punibile. Per quel che concerne invece l'omosessualità contraria, egli vi vede uno dei motivi di incapacità di intendere e di volere del paragrafo 51 del codice penale, vale a dire un disturbo psichico che deve servire a disculpare l'uranista patologico.

La possibilità di utilizzare in questo modo il paragrafo 51 è però estremamente contestabile e molti codici penali, compreso quello russo, la escluderebbero. Infatti, se l'uranista contrario dovesse essere considerato incapace di intendere e di volere, non incorrerebbe in alcuna punizione anche nel caso si riscontrassero ferite su un minore o fosse usata violenza, il che naturalmente non è accettabile.

Da qui risulta chiaro che questa frontiera comunque controversa tra uranismo patologico e depravato non favorisce per niente il punto di vista giuridico. Mantenendo tale punto di vista ci convinceremo che la giusta risposta al problema è da ricercarsi al di fuori del campo medico, e riusciremo a trovarla dal punto di vista criminal-politico, dove ci sono più ragioni a favore dell'impunità della sodomia (volontaria) che della sua imputabilità.

Innanzitutto non c'è dubbio che nel ricercare la giusta motivazione della punizione ci imbattiamo in grandi difficoltà. Esaminiamo, al riguardo, le motivazioni date da Wachenfeld. Il primo punto al quale egli rimanda, è l'idea di moralità, che lo stato deve proteggere. Lo stesso punto è accettato dall'autore delle motivazioni presenti nella bozza russa, dove leggiamo che la sodomia deve essere perseguita come comportamento contro-natura, come vizio purtroppo molto diffuso, la cui propagazione offende la morale pubblica nell'uno e nell'altro caso e deve perciò essere punita dalla legge. Per certi versi è d'accordo anche il Prof. Vladimirof quando afferma che attraverso l'immoralità della sodomia viene abbandonato il rispetto degli uomini per se stessi. Le altre ragioni fornite da Wachenfeld sono talmente non convincenti che non meritano di essere discusse nei dettagli. In accordo con altri studiosi, egli afferma che lo stato dovrebbe colpire nell'interesse del bene comune, in considerazione del pregiudizio fisico e psichico causato alle persone che commettono tra loro la sodomia, e, di fronte alla possibile obiezione che in questo caso ci troviamo davanti a un danno volontario della salute, egli risponde: "lo stato deve adoperare i mezzi in suo potere per cercare di prevenire attraverso la legge la corruzione fisica e psichica dei suoi sudditi". E' facile immaginarsi in quale posizione si troverebbe lo stato se dovesse applicare una giustizia così immaginaria nei confronti dei fumatori, dei morfinomani, degli eteromani, prescindendo dalle professioni utili tipo telefonista, minatore, stampatore ecc. L'ultima ragione, anche se ispirata al vecchio Feuerbach, suona subito come una curiosità e comunque come un anacronismo stridente: "l'uomo che preferisce intenzionalmente atti omosessuali, non solo manifesta un disprezzo nei confronti dei rapporti normali, ma anche della vita coniugale. Perciò lo stato, che sancisce il matrimonio e desidera la sua santificazione, non può tacere". Se così fosse, lo stato potrebbe allora, a giusta ragione, punire anche gli scapoli incalliti!

Alla fine resta solo la prima ragione. E' indubbio che la sodomia, quando offende la pubblica morale, deve essere perseguita e punita. La gestione di un bordello per uranisti, la prostituzione maschile, la pratica del coito davanti a testimoni ecc., tutto ciò naturalmente deve essere fermamente biasimato in nome della morale pubblica. Ma per quel che riguarda la sodomia per così dire *intra muros*, non si può parlare di pubblica morale. Quella "diffusione" di cui parlano le "motivazioni" russe certo avviene contro la volontà dei partecipanti, e questa è un'altra ragione per cui essi dovrebbero essere considerati responsabili.

La richiesta di punire la sodomia in quanto atto altamente immorale e nauseante comporta delle difficoltà insormontabili. Se la sodomia, e sicuramente nel senso di *coitus per anum*, deve essere punita, dobbiamo concludere che, poiché dal punto di vista morale l'appagamento dell'istinto sessuale è permesso solo nel matrimonio e in modo naturale, ogni innaturale appagamento che avviene tra persone sposate o fuori del matrimonio dovrebbe essere ugualmente punibile. Se tuttavia si obietta che la sodomia è nauseante come altre dissolutezze, si tratta prima di tutto di sensazioni soggettive, difficilmente applicabili. Se infine si richiama l'attenzione sulla grande diffusione della sodomia, una tale asserzione è abbastanza discutibile, in special modo per quel che riguarda il *coitus per anum* [5].

Dunque la motivazione della punibilità della sodomia volontaria lascia molto dubbi.

Bisogna inoltre osservare che in riferimento a questo atto, la legge si trova di fronte ad un'alternativa: definire in modo chiaro la sodomia oppure nominarla solamente. Il primo sentiero è difficile da percorrere: sarebbe impossibile inserire nella legge dei dettagli osceni e contro-natura. Il secondo, imboccato dal maggior numero di legislazioni, non dà nessuna indicazione sulla pratica.

Sappiamo quanti ondeggiamenti e fraintendimenti suscita l'espressione "lascivia contro natura" nella letteratura e nella prassi giuridica tedesche. Ho già menzionato che la nostra prassi accettava la sodomia nei casi in cui una donna era posseduta *per anum*, e non è escluso che nel futuro emerga la questione se questa interpretazione sia definitivamente da abbandonare. Senza entrare in dettagli, voglio solo far osservare che per il mantenimento di questa odierna interpretazione possono essere addotte ragioni abbastanza importanti.

E' chiaro che tutte le difficoltà che sorgono con la definizione dei fatti relativi alla sodomia aumentano quando la legge non solo punisce l'atto compiuto ma anche quello tentato.

Queste considerazioni riguardano la posizione della sodomia nella legge penale dal punto di vista teorico e devono ovviamente essere valide anche per la sodomia come tale.

La stessa potrebbe essere inclusa nel concetto generale di oltraggio al pudore e non dovrebbe così costituire un ramo a se stante.

Le obiezioni ancora una volta sono chiare e del tutto plausibili, obiezioni che si possono formulare riguardo ai compiti e agli scopi dell'amministrazione del diritto penale (politica criminale nel senso vero e proprio) quando si tratta di punire la semplice sodomia.

Viene da chiedersi: quale scopo si persegue e cosa si ottiene, quando si mette in prigione un uranista per cinque o sei mesi, se non per un anno? Quello di intimidire? In questo caso, come in qualunque altro, si può parlare poco di intimidazione. Lo scopo di soddisfare la pubblica morale offesa? Ma la pubblica morale sarà difficilmente soddisfatta dal fatto che delle centinaia di uranisti verrà chiesta ragione solo a pochi individui. In secondo luogo, in tali casi il dibattimento del tribunale procede dall'inizio alla fine con l'esclusione assoluta del pubblico, che viene così escluso dall'esito della pubblica premura; e terzo, se prendiamo in considerazione un tale scopo, tutti devono essere concordi nel fatto che il ribrezzo che la società prova contro gli uranisti, è sinonimo di diritto di intervento della giustizia penale: per le classi istruite della società, la possibilità di una tale equiparazione è per lo meno dubbia.

Infine, per ciò che riguarda lo scopo legato al miglioramento dal punto di vista morale e salutare, si potrebbe avere una diversità di opinioni sulla sua irraggiungibilità — soprattutto quanto riguarda le abitudini dell'uranista.

Dato che il miglioramento comporta in suddetti casi lo sradicamento del vizio o della malattia, e considerando che raramente in questi casi, nonostante l'immenso desiderio dei pazienti di guarire, lo sforzo della terapia è coronata di successo — risulta chiaro che la prigione non giova sicuramente a questa influenza salutare ed educativa.

Punendo gli uranisti, lo stato impiega erroneamente e inutilmente denaro e forza che potrebbero essere usati in modo più appropriato.

Non possiamo inoltre sottovalutare le infinite difficoltà legate allo svolgimento di tali casi. Se accettiamo le accuse pubbliche, l'accertamento dei fatti incontrerà ancora grossi ostacoli – particolarmente se il tentativo è punibile -.

Che ulteriore occasione per il ricatto, per l'estorsione, se si considera che in questi casi le prove naturalmente possono basarsi molto raramente su fatti irrefutabili. Che occasione per i nemici di annientare l'avversario attraverso diffamazioni! Gli esempi non mancano davvero...

Wachenfeld replica che a causa di questo nessuno pensa che l'adulterio e la fornicazione con i bambini restano impuniti – ma questa obiezione è un puro sofismo. Se le difficoltà nell'accertare i fatti e le facili possibilità di estorcere denaro fossero fatte valere come unico argomento, allora Wachenfeld avrebbe ragione. Ma questo argomento è inscindibile da altri motivi non meno plausibili.

Oltre alle grosse difficoltà derivanti dalla necessità di attirare la polizia sulle indagini dell'accusa, abbiamo pensato ai danni che ne risulterebbero? E che dire dell'impossibilità di seguire procedure pubbliche e della inconsistenza delle procedure segrete, che impedirebbero all'accusato di discolarsi agli occhi della società da un sospetto forse infondato? E infine come evitare una delle più grosse disgrazie, ovvero la reale inapplicabilità della legge, il carattere della repressione accidentale e irregolare che colpisce gli uni e risparmia gli altri, protetti dalla loro posizione e dalle loro relazioni? Per richiamare l'attenzione su tutto questo, lasciamo parlare i fatti conosciuti da tutti .

Per finire, ancora due parole su un timore che viene espresso se si pensa che la richiesta di punire la sodomia non sarà accolta. Ci si chiede se una tale abrogazione non equivarrà ad una approvazione ufficiale del vizio e ne provocherà in questo modo una ancor maggiore diffusione.

La risposta è semplice: siccome il campo del diritto penale non crolla insieme a quello della morale, l'abrogazione o l'introduzione di un divieto riguarda soltanto uno dei due. L'evidente *stuprum* e la bestialità erano finora puniti nel codice penale russo; nel nuovo St.-G-B la sanzione viene abolita. Ciò significherebbe che questi atti sono approvati ufficialmente?

Certo che no! Inoltre: se l'usura, in Russia, attraverso la legge del 1893, veniva punita, si può con ciò dedurre che l'usura fino ad allora godeva di una approvazione ufficiale? Anche senza alcuna legge penale la sodomia, agli occhi della popolazione sana e normale passerà sempre e soprattutto per ciò che è in realtà, ovvero un atto abnorme, altamente patologico, la cui diffusione non dipende dalla presenza o dalla soppressione di minacce disciplinari.

NOTE

[1] Ringraziamo il Professor Nabokoff per la cortese cessione delle sue eccellenti argomentazioni che costituiscono parte di una conferenza molto seguita sui reati contro la morale che il celebre giurista russo ha tenuto presso la Società giuridica di San Pietroburgo. Il testo originale russo – la nostra traduzione è opera dello stesso Nabokoff – è apparso nella rivista giuridica “Vestnik Prava” (dicembre 1902).

[2] Per i lettori tedeschi facciamo osservare che il codice penale del 1845 è ancora in vigore nell'edizione del 1885. Il 22 marzo del corrente anno (1903) è stata confermata, per un futuro non ancora precisato, l'entrata in vigore di un nuovo codice penale.

[3] Il termine a riguardo « *mujelojstwo* » significa alla lettera « coito tra uomini ».

[4] La soppressione di una sanzione penale ha trovato consenso generale. Poche e isolate sono state le voci contrarie.

[5] Vedere Moll, *Konträre Sexualempfindung*, 3, p. 238.