

Scienza e Pace

Science & Peace

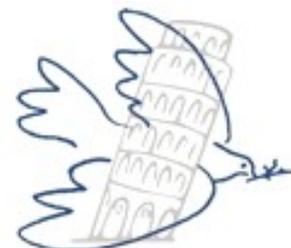
ISSN 2039-1749

VOL. VIII, N. 1 (2017)

Dalla privacy alla dignità delle coppie dello stesso sesso. Una lettura di Gianfrancesco Zanetti, *L'orientamento sessuale. Cinque tesi tra diritto e filosofia*

Angioletta Sperti

Rivista online del Centro Interdisciplinare
"Scienze per la Pace" – Università di Pisa



Ricevuto il 28 marzo 2017
Accettato il 15 maggio 2017

Come citare il paper:

Sperti, A. (2017), “Dalla privacy alla dignità delle coppie dello stesso sesso. Una lettura di Gianfrancesco Zanetti, *L’orientamento sessuale. Cinque tesi tra diritto e filosofia*”, *Scienza e Pace*, VIII, 1, pp. 103-119.

The contents of this website are released under
the Creative Commons BY-NC-SA 4.0 licence.



Dalla privacy alla dignità delle coppie dello stesso sesso

Una lettura di Gianfrancesco Zanetti, *L'orientamento sessuale. Cinque tesi tra diritto e filosofia*

di **Angioletta Sperti***

Abstract

Lo scritto, traendo spunto da un recente libro di Gianfrancesco Zanetti, si propone di illustrare l'evoluzione del dibattito teorico-giuridico sui diritti connessi all'orientamento sessuale dalla prospettiva della giurisprudenza costituzionale. In particolare - nell'esaminare il passaggio dal riconoscimento del diritto alla privacy delle persone gay e lesbiche all'affermazione del valore delle unioni *same-sex* e della loro eguaglianza e dignità in relazione al diritto al matrimonio - evidenzia come le Corti costituzionali abbiano contribuito al superamento dei conflitti sociali e politici sui diritti LGBT.

The article – which takes its cue from a recent book by Gianfrancesco Zanetti – aims at analysing the debate on the recognition of sexual orientation equality in Constitutional cases. In particular it analyses the transition of constitutional courts from the recognition of the right of privacy of gays and lesbians to the affirmation of the value of same-sex couples and their equality and dignity in relation to marriage. The article also emphasises how constitutional courts contribute to the solution of social and political conflicts on LGBT rights.

Parole chiave / Keywords

Diritto costituzionale, uguaglianza, diritti, privacy, dignità, omosessualità, orientamento sessuale, matrimonio, famiglia

Constitutional law, equality, rights, privacy, dignity, homosexuality, sexual orientation, marriage, family

* Professore Associato di Diritto Pubblico Comparato presso il Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Pisa. E-mail: angioletta.sperti@unipi.it

1. Premessa. Il ruolo delle corti costituzionali nel superamento dei conflitti sul riconoscimento dei diritti delle coppie dello stesso sesso

Negli ultimi quindici anni in molti paesi di tradizione giuridica occidentale si è compiuto un progressivo riconoscimento dei diritti delle persone gay e lesbiche e delle coppie dello stesso sesso. Questo passaggio – dall'esclusione all'inclusione a livello sociale e giuridico – si è realizzato perlopiù attraverso riforme legislative ed ha avuto, in molti paesi, il suo momento più simbolico nel riconoscimento del matrimonio egualitario.

In questo processo, essenziale è stato il ruolo svolto dalle corti, in particolare dalle corti costituzionali. Il contributo della giurisprudenza costituzionale alla rimozione delle discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale ha, infatti, largamente favorito il superamento di conflitti sociali e culturali circa la definizione di matrimonio e la definizione dei soggetti titolari del diritto al matrimonio o sul riconoscimento degli status familiari. Le importanti sentenze delle corti che si sono succedute negli ultimi anni non hanno infatti solo rappresentato importanti conquiste dei movimenti LGBTI: anche in quei casi in cui le pronunce sono apparse come timide aperture, esse hanno contribuito, da un lato, a formulare argomenti e principi che in seguito avrebbero costituito la base per il superamento delle discriminazioni e, dall'altro, al definitivo abbandono di altri argomenti – quali, ad esempio, quello del carattere "innaturale" delle relazioni tra persone dello stesso sesso, della finalità procreativa del matrimonio – che invece avevano in passato dominato il dibattito su questi temi.

Negli Stati Uniti, ad esempio, M. Nussbaum ha efficacemente analizzato il passaggio dalla "politica del disgusto", profondamente in contraddizione con l'idea astratta di una società fondata sull'eguaglianza dei cittadini, ad una "politica dell'umanità", ossia alla politica dell'eguale rispetto¹. Questo cambiamento nella percezione sociale dell'omosessualità è corrisposto, sul piano legislativo, al passaggio dalle "leggi di sodomia" – che punivano penalmente gli atti sessuali tra adulti dello stesso sesso consenzienti – al riconoscimento delle unioni per le coppie dello stesso sesso. Tuttavia anche le corti federali e statali hanno svolto un ruolo essenziale nel superamento della politica del disgusto: la Corte Suprema degli Stati Uniti, in particolare, nel 2003

¹ M.C. Nussbaum, *From Disgust to Humanity*, Oxford, Oxford University Press, 2010 (trad. it. *Disgusto e umanità. L'orientamento sessuale di fronte alla legge*, Il Saggiatore, Milano, 2011).

– in *Lawrence v Texas*² – dichiarò incostituzionale la legge dello stato del Texas che puniva gli atti sessuali tra persone dello stesso sesso. “La grande conquista del caso *Lawrence* – scrive Nussbaum – non fu la chiarezza concettuale o l’elaborazione di una raffinata guida pratica, ma una *forma mentis*, un approccio giurisdizionale agli strumenti di libertà. Tale conquista in sostanza consiste nel rifiuto della politica del disgusto ... e della concezione devliniana di una società dominata dalla tradizione e dalla solidarietà a favore di una politica dell’umanità che è erede di J. Stuart Mill”³.

Le corti costituzionali europee hanno analogamente favorito il cambiamento della percezione sociale dell’omosessualità ed il superamento dei conflitti sul riconoscimento dei diritti delle coppie dello stesso sesso. In Francia, ad esempio, un clima di grande tensione sociale ha accompagnato il dibattito sul “*mariage pour tous*” e l’approvazione, nel 2013, della legge sul matrimonio egualitario. Tuttavia tale conquista non sarebbe stata conseguita se nel 2011 il *Conseil constitutionnel* non avesse fornito un sostanziale via libera al legislatore, chiarendo che – sebbene il matrimonio sia stato tradizionalmente inteso come unione tra un uomo e una donna – al legislatore era consentito modificare le disposizioni civilistiche aprendo al matrimonio tra persone di sesso diverso. Dopo l’approvazione della legge sul matrimonio egualitario, il *Conseil constitutionnel* è stato sollecitato a pronunciarsi sulla legittimità delle nuove disposizioni ed ha escluso che la possibilità per le coppie dello stesso sesso di unirsi in matrimonio costituisse una violazione della libertà matrimoniale delle coppie di sesso diverso. Il *Conseil constitutionnel* ha dunque non solo ribadito la competenza del legislatore a regolare le *questions de société*, ma ha al tempo stesso risolto in via definitiva il conflitto sociale e politico sul matrimonio, rigettando argomenti quali quello della ‘natura bilineare della filiazione basata sulla diversità sessuale’ o il diritto dei minori “ad una normale vita familiare”.

In questo processo, tuttavia, il ruolo delle corti costituzionali non può essere assimilato a quello della magistratura ordinaria. Come dimostra l’esperienza italiana, le corti di merito e legittimità si mostrano spesso più inclini a soddisfare le istanze delle coppie dello stesso sesso ed a rispondere ai cambiamenti sociali su temi quali, ad esempio, il riconoscimento dell’omogenitorialità e la tutela dei figli delle coppie dello stesso sesso. Al contrario, le corti costituzionali sono più riluttanti ad intervenire laddove la questione oggetto del giudizio di

2 *Lawrence v Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

3 Nussbaum, *Disgusto e umanità*, cit., p. 138.

legittimità costituzionale investe la ridefinizione di istituti profondamente legati alla tradizione ed alla cultura nazionali quali il matrimonio e la famiglia. Ciò non solo perché è alle corti costituzionali imposto di rispettare la discrezionalità del legislatore, ma anche per la stessa natura delle pronunce di accoglimento delle questioni di legittimità costituzionale che ad esempio, in Italia hanno un effetto *erga omnes*, non dissimile da quello degli atti normativi. Mentre, dunque, le corti costituzionali si curano di preservare il proprio ruolo costituzionale da accuse di *judicial lawmaking*, i giudici ordinari avvertono in misura minore questa preoccupazione e, servendosi di varie tecniche interpretative, adottano soluzioni per adeguare la legislazione in vigore ai principi costituzionali ed alle disposizioni delle carte internazionali dei diritti ed offrire una lettura evolutiva delle nozioni di “matrimonio” o “famiglia”.

Ciò consente di osservare come il ruolo delle corti costituzionali nella risoluzione dei conflitti sociali connessi alla rimozione delle disparità di trattamento verso le persone gay e lesbiche sia stato reso possibile dal preventivo e preparatorio adeguamento di tradizionali nozioni del diritto di famiglia svolto dalla magistratura ordinaria. Ciò ha consentito alle corti di prevenire l’acutizzarsi del conflitto sociale (*judicial backlash*) ma al tempo stesso di porre le premesse – come si è sopra evidenziato – per la successiva rimozione di altre forme di discriminazione verso le coppie dello stesso sesso⁴.

2. L’evoluzione del dibattito giuridico dalla prospettiva costituzionalistica: la prima fase relativa al riconoscimento del diritto alla *privacy*.

Il bel libro di Giancarlo Zanetti⁵ – da cui le considerazioni espresse nel presente scritto traggono spunto – illustra come la riflessione teorico-giuridica sull’orientamento sessuale si sia articolata in tre fasi (seconda tesi⁶) poste fra loro in un rapporto di “successione genetica, non assolutamente cronologica”, in cui “ogni fase costituisce una condizione necessaria ma non sufficiente per l’attivazione della fase successiva” (quarta tesi⁷).

4 Sul tema, sia consentito rinviare, a A. Sperti, *Constitutional Courts, Gay Rights and Sexual Orientation Equality*, Oxford, Hart Publishing, 2017.

5 G. Zanetti, *L’orientamento sessuale. Cinque tesi tra diritto e filosofia*, Bologna, Il Mulino, 2015.

6 Zanetti, *L’orientamento sessuale*, cit., pp. 8-9.

7 Ivi, p. 9.

Zanetti sostiene che la prima fase del dibattito giuridico e giurisprudenziale ha in particolare riguardato la penalizzazione degli atti sessuali tra adulti consenzienti dello stesso sesso, richiedendo di prendere posizione sulla dicotomia *legale vs illegale*. La seconda fase, invece, attiene al “riconoscimento o meno dell’orientamento sessuale minoritario nell’ambito di ciò che, avendo valore, è meritevole di tutela e non dovrebbe essere dunque essere soggetto a discriminazione”⁸. Essa richiede dunque di prendere posizione sull’opposizione *valuable v unvaluable* e sulle conseguenti ricadute nella sfera del diritto *civile*. La terza fase, infine, “è quella che ha a che fare con il principio di eguaglianza”⁹, con particolare riguardo alla questione del riconoscimento del matrimonio egualitario. Essa implica di prendere posizione sulla contrapposizione tra *eguale/diseguale* al fine di “determinare se le relazioni poste in essere dalle persone gay e lesbiche siano egualmente dotate di valore rispetto a quelle poste in essere dalle persone eterosessuali ed abbiano diritto ad un eguale riconoscimento di natura *pubblicistica*”¹⁰.

La successione delle tre fasi non è cronologica poiché – chiarisce Zanetti – “non è necessario che una fase sia conclusa affinché la successiva possa partire, [...] ma che idealmente una fase non può essere attiva se prima non sia partita la fase precedente”¹¹. Ne consegue, quindi, che “non è stato possibile dal punto di vista logico-genetico delle argomentazioni porre il problema del valore meritevole di tutela delle relazioni gay e lesbiche senza che si fosse prima sviluppata l’idea della problematicità della condanna penale di tali relazioni, e che non è possibile, sempre dal punto di vista logico-genetico delle argomentazioni, porre il problema dell’eguaglianza fra relazioni eterosessuali e relazioni omosessuali se non si è prima attirato l’orientamento sessuale entro la sfera di ciò che è dotato di valore”¹².

Zanetti dimostra, con argomenti giuridico-filosofici, la tesi della progressiva evoluzione della tutela delle persone gay e lesbiche e delle loro relazioni affettive dalla loro dimensione penalistica a quella pubblicistica (passando per quella civilistica), sottolineando come l’orientamento sessuale emerga come problema tipico della relazione tra morale e diritto, in rapporto alle discriminazioni delle minoranze e come “sia proprio sui problemi posti

8 Ivi, pp. 8-9.

9 Ivi, p. 9.

10 Ibidem.

11 Ivi, p. 10.

12 Ibidem.

dall'orientamento sessuale che il principio di eguaglianza viene [...] messo in gioco all'intersezione tra filosofia del diritto e filosofia morale"¹³.

È possibile dimostrare la tesi della successione genetica tra le varie fasi del riconoscimento dei diritti connessi all'orientamento sessuale anche dalla prospettiva del diritto costituzionale, avendo in particolare riguardo ai diritti fondamentali che in ciascuna fase sono stati riconosciuti alle persone gay e lesbiche ed alle coppie dello stesso sesso nella giurisprudenza costituzionale ed dalle corti internazionali dei diritti¹⁴. Tuttavia, a parere di chi scrive, l'argomento della progressione genetica non deve essere considerato come normativo bensì come meramente descrittivo di come, negli ultimi quindici anni, si sia venuto articolando e sviluppando il dibattito a livello costituzionale sui temi dell'orientamento sessuale.

Nella prospettiva costituzionalistica, la prima fase – che nei paesi anglosassoni oggetto dell'analisi di Zanetti – si è realizzata tra gli anni Ottanta e i primi anni Duemila – è quella che ruota intorno al riconoscimento del diritto alla *privacy* della persone gay e lesbiche. Questo diritto viene in particolare riconosciuto a livello giurisprudenziale al fine di sostenere l'illegittimità costituzionale delle leggi che nell'area giuridica di *common law* erano state adottate per sanzionare penalmente gli atti sessuali tra adulti consenzienti dello stesso sesso (cd. *sodomy laws*)¹⁵.

Se si volesse individuare un momento di avvio della prima fase, esso potrebbe essere ravvisato in *Dudgeon v United Kingdom*¹⁶, la sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo rende una sentenza che rappresenta un vero e proprio punto di svolta nel dibattito sui diritti inerenti la tutela dell'orientamento sessuale. In *Dudgeon* la Corte EDU conclude che la legge in vigore in Irlanda del Nord che - a differenza di quanto avvenuto del resto del Regno Unito dove l'omosessualità non costituiva più reato dal 1967¹⁷ - sanzionava ancora

¹³ Zanetti, *L'orientamento sessuale*, cit., p. 8.

¹⁴ Per una simile impostazione sia consentito rinviare nuovamente a Sperti, *Constitutional Courts, Gay Rights and Sexual Orientation Equality*, cit.

¹⁵ Talvolta – come nel caso della legge in vigore nello stato della Georgia di cui la Corte Suprema degli Stati Uniti confermò la costituzionalità in *Bowers v Hardwick*, 478 US 186 (1986) - queste leggi si presentavano come apparentemente neutrali, in quanto dirette a punire penalmente gli atti di sodomia, sia che essi fossero posti in essere da coppie di sesso diverso che dello stesso sesso. Nella realtà esse erano però enforced solo nei confronti delle coppie dello stesso sesso.

¹⁶ *Dudgeon v UK*, App. n. 7525/76, 22 Ottobre 1981, Series A no 45, [1981] EHRR 5.

¹⁷ Sexual Offences Act 1967.

penalmente gli atti sessuali tra maschi adulti consenzienti, rappresentava un'illegittima interferenza nella sfera privata del ricorrente, tutelata dall'Art. 8 delle Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU).

La sentenza ha un rilevante impatto a livello internazionale: non solo essa sarà richiamata dalla stessa Corte EDU nelle sue successive pronunce relative ad altre *sodomy laws* ancora in vigore in alcuni paesi del *Commonwealth*¹⁸, ma soprattutto fornirà lo stimolo ai movimenti LGBT di tutto il mondo per avviare analoghi ricorsi a livello nazionale¹⁹ e di fronte ad altre corti internazionali²⁰, facendo del riconoscimento dei diritti connessi all'orientamento sessuale una questione giuridica di rilievo sovranazionale.

Occorre sottolineare che in *Dudgeon* il ricorrente non era stato punito per alcuna condotta sessuale. Nel suo ricorso egli lamentava piuttosto che la mera permanenza in vigore, nell'ordinamento nordirlandese, di disposizioni dirette a punire "*acts of gross indecency*" tra maschi adulti consenzienti rappresentasse un'illegittima interferenza nella propria sfera privata, tutelata dall'Art. 8 CEDU.

L'affermazione centrale della sentenza *Dudgeon* sta nella definizione dell'omosessualità come una manifestazione "essenzialmente privata della personalità umana"²¹. Questa conclusione evidenzia un radicale cambiamento di prospettiva: essa rappresenta il definitivo abbandono della qualificazione dell'omosessualità come disordine psichico – quale essa era stata ritenuta dalla scienza medica sino al 1973²² – e dell'idea – accolta nella precedente giurisprudenza della Commissione Europea e nelle stesse argomentazioni dei

18 Norris v Ireland App no 10581/83, 26 October 1988, Series A no 142, (1991) 13 EHRR 186; Modinos v Cyprus App no 15070/89, 22 April 1993, Series A no. 259, (1993) 16 EHRR 485.

19 Cfr. tra le molte pronunce che presero a modello le conclusioni del caso *Dudgeon*, la sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti in *Lawrence v Texas* 539 US 558 (2003) e della Corte costituzionale del Sud Africa in *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v Minister of Justice*, Case CCT 11/98, (1998) ZACC 15, 9 October 1998. Si v. inoltre, sulla stessa linea, la Corte costituzionale dell'Ecuador nel caso n. 111-97 TC, 22 novembre 1997; la Corte Suprema dello Zimbabwe in *Banana v State* [2000] 4 LRC 621, 29 maggio 2000; la High Court of Fiji at Suva in *McCoskar and Nadan v State* (2005) FJHC 500; la Court of Appeal di Hong Kong in *Leung v Secretary of Justice* (2006) 4 HKLRD 211 (CA); la High Court di Delhi, India, in *Naz Foundation v Government of NCT of Delhi* (2009) 160 Delhi Law Times 277 ed infine, la Sentencia C-481 della Corte costituzionale della Colombia.

20 Cfr. United Nations Human Rights Committee, *Toonen v Australia* Communication No 488/1992, UN Doc CCPR/C/50/ D/488/1992 (1994).

21 *Dudgeon v United Kingdom*, cit., § 60.

22 Nel 1973 l'American Psychiatric Association votò a maggioranza per declassificare l'omosessualità come "disordine psichico" e per rimuoverla dunque dal Diagnostic and Statistic Manual of Mental Disorders (DSM), il che avvenne nell'edizione del manuale del 1987.

giudici dissenzienti in *Dudgeon* – che essa costituisca il prodotto di fattori culturali (“a result of culture”) che creano le condizioni attraverso cui gli individui maturano i propri istinti sessuali²³. Dal punto di vista del diritto penale, la conclusione della Corte implica, quindi, il superamento dell’idea dell’omosessualità come condizione potenzialmente pericolosa da sanzionare penalmente al fine di “aiutare i deboli” e “creare un ambiente morale adatto alla fioritura della virtù morale”²⁴.

Nell’affermazione dell’omosessualità come tratto della personalità umana si pongono, dunque, le premesse una la valutazione dell’orientamento sessuale come un “aspect of humanness” tutelato dalla CEDU. Sebbene, per riprendere le tesi di Zanetti, le considerazioni di *Dudgeon* attengano alla contrapposizione tra penalmente lecito e illecito, nella prima fase si pongono, quindi, le premesse per il riconoscimento della *valuability* delle persone gay e lesbiche nella fase successiva.

Sulla base di queste premesse teorico-giuridiche, in *Dudgeon* la Corte EDU dichiara illegittime le disposizioni penali oggetto del ricorso, sostenendo che l’Irlanda del Nord non aveva fornito ragioni sufficienti per giustificare la permanenza in vigore. La sentenza è influenzata dalle conclusioni formulate nel 1957 nel *Wolfenden Report*, curato da una commissione istituita dal Parlamento britannico con lo scopo di valutare l’opportunità di sanzionare penalmente alcune condotte di tipo sessuale e la perseguibilità sul piano penale del fenomeno della prostituzione²⁵. Il *Report* - su cui Zanetti svolge nel suo libro molte interessanti riflessioni sul piano dei rapporti tra diritto e morale²⁶ – suggerì che dovesse essere compito del legislatore penale “proteggere i cittadini” e fornire sufficienti strumenti per salvaguardare dalla corruzione e dallo sfruttamento” i bambini ed i deboli, ma respinse l’idea che il diritto possa spingersi sino a sanzionare la “sfera morale privata”²⁷. Di conseguenza, il

23 Cfr. *Dudgeon v United Kingdom*, cit., para 15 (Walsh dissenting). Per un’analisi della prospettiva anti-essenzialista dell’omosessualità, si v. P. Johnson, *Homosexuality and the European Court of Human Rights*, Abingdon, Rutledge, 2013, p. 51.

24 Zanetti, *L’orientamento sessuale*, cit., p. 40.

25 Report of the Committee on Sexual Offences and Prostitution (‘Wolfenden Report’) (London, Her Majesty’s Stationery Office, 1957).

26 V. in particolare Zanetti, *L’orientamento sessuale*, cit., p. 20ss.

27 Compito del diritto penale, secondo il *Wolfenden Report*, è quindi “to preserve public order and decency, to protect the citizen from what is offensive or injurious, and to provide sufficient safeguards against exploitation and corruption of others, particularly those who are specially vulnerable because they are young, weak in body or mind, inexperienced, or in a state of special physical, official, or economic dependence” (§ 13).

Report propose la depenalizzazione degli atti sessuali tra adulti dello stesso sesso²⁸, dal momento che the “*realm of private morality and immorality ... is, in brief and crude terms, not the law’s business*”²⁹.

Accogliendo un’analoga concezione dei rapporti tra diritto e morale, dunque, *Dudgeon* respinge la necessaria separazione tra diritto e morale in termini generali, poiché è opportuno che il legislatore tenga conto del “*moral climate in sexual matters*”³⁰, nonché della forte opposizione nei riguardi della liceità degli atti sessuali tra persone dello stesso sesso in Irlanda del Nord. Tuttavia la Corte EDU conclude che tali considerazioni non possano “di per sé ritenersi decisive per giustificare la necessità dell’interferenza nella vita privata del ricorrente”³¹. Questa conclusione è severamente contestata dai giudici dissenzienti, i quali – muovendo dall’idea devliniana che “*morality is properly the concern of the law*”³² - ritengono “*odd and perplexing ... to underestimate the necessity of keeping a law in force for the protection of morals held in high esteem by the majority of the people*”³³.

Sul piano dei diritti fondamentali in gioco, il caso *Dudgeon* ruota intorno al riconoscimento del diritto alla riservatezza. La *privacy* è intesa dalla Corte in senso *spaziale* e non nella sua dimensione di autodeterminazione in relazione alle scelte essenziali della propria vita, quali quelle inerenti la sessualità (secondo quella interpretazione che la Corte Suprema degli Stati Uniti ha elaborato nella sua giurisprudenza sul XIV Emendamento³⁴). Ciò implica che la “condotta sessuale” debba essere separata dalla sfera pubblica. In questo modo il caso *Dudgeon* rafforza quella che viene definita “*the logic of the closet*”: il ricorrente è, infatti, tutelato se e fino a quando la sua condotta sessuale resta confinata nella sfera privata. L’atto sessuale quindi, non è dunque tutelato in sé né la Corte sviluppa le implicazioni della sua pronuncia sul piano

28 Wolfenden Report, cit., § 62.

29 Ibidem, § 61.

30 *Dudgeon v United Kingdom*, cit., § 57.

31 Ivi, § 59.

32 P. Devlin, *The Enforcement of Morals*, Oxford University Press, Oxford, 1965.

33 Si v. *Dudgeon v United Kingdom*, cit., para 3 (Zekia J, dissenting). Cfr. inoltre le considerazioni del giudice dissenziente Walsh, il quale sottolinea la distinzione tra “homosexuals who are such because of some kind of innate instinct or pathological constitution judged to be incurable and those whose tendency comes from a lack of normal sexual development or from habit or from experience or from other similar causes but whose tendency is not incurable” (§ 13).

34” *Griswold v. Connecticut*, 381 US 479 (1965).

dell'autodeterminazione individuale e del libero sviluppo della personalità.

Sebbene quindi *Dudgeon* riconosca, da un lato, l'omosessualità come tratto della personalità, d'altro reitiera la dicotomia pubblico- privato ossia la contrapposizione tra la sfera di operatività del diritto penale e della morale e la sfera della liceità penale e della riservatezza individuale. La conseguenza, come ha scritto M Nussbaum, di questa impostazione è dunque quella di alimentare "la politica del disgusto" verso le persone gay e lesbiche³⁵.

Come si è in precedenza ricordato, *Dudgeon* ha un rilevante impatto anche sulla giurisprudenza di altre corti costituzionali e supreme. Nel 2003, ad esempio, in *Lawrence v Texas*³⁶, la Corte Suprema degli Stati Uniti dichiara incostituzionale una "sodomy law" in vigore nello Stato del Texas, la quale con formula apparentemente neutrale, puniva penalmente il compimento di "atti sessuali con un altro individuo dello stesso sesso". In particolare, nel concludere che la legge in vigore viola il XIV emendamento della Costituzione federale, il giudice estensore Kennedy cita – nel testo della *opinion of the Court* - le conclusioni della Corte EDU in *Dudgeon* in quanto espressive di quei valori costituzionali che gli Stati Uniti condividono con le altre nazioni di tradizione giuridica occidentale³⁷. La citazione solleva molte polemiche sia in dottrina che nel mondo politico, poiché ritenuta espressione di un'attività di *judicial law making*, in violazione del principio della separazione dei poteri. Il breve spazio di questo scritto non consente di affrontare i molti aspetti della *judicial cross fertilization* nel dibattito sui diritti LGBT: basti ricordare che il giudice dissenziente Scalia ha parole molto severe contro la citazione che, a suo giudizio, finisce per imporre agli americani "foreign moods, fads, or fashions"³⁸ ed esponenti politici conservatori presentano in Congresso numerosi disegni di legge diretti a proibire alle corti il ricorso a precedenti stranieri.

La vicenda conferma la validità di un'altra delle tesi di Zanetti, ossia quella "della specifica rilevanza della riflessione filosofico-giuridica sui problemi posti dall'orientamento sessuale"³⁹ (I tesi). Come sottolinea l'Autore, infatti, "la

³⁵ MC Nussbaum, *From Disgust to Humanity. Sexual Orientation and Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 85.

³⁶ *Lawrence v Texas*, 539 US 558 (2003).

³⁷ *Lawrence v Texas*, 539 US, 576.

³⁸ *Lawrence v Texas*, 539 US, 598 (Scalia dissenting).

³⁹ Zanetti, *L'orientamento sessuale*, cit., p. 8.

riflessione sui problemi posti dall'orientamento sessuale non è, insomma, il risultato di una moda intellettuale, l'esito di un *trend* che si vuole a tutti i costi trovare «scottante» ciò che il altri e più accigliati tempi sarebbe stato considerato frivolo. È invece specificamente a partire da tale riflessione che aspetti importanti dell'identità del diritto occidentale prendono forma⁴⁰. Il caso *Lawrence* dimostra, al tempo stesso, come tutta la giurisprudenza sui diritti riguardanti l'orientamento sessuale, sollevi importanti questioni in merito ai rapporti tra le corti e i legislatori, al ruolo delle corti nel risolvere i conflitti sociali e, come si è in precedenza ricordato, nel promuovere il cambiamento nella percezione dell'omosessualità.

Sul caso *Lawrence* e sulla categoria milliana delle *self-regarding actions* e dunque, sul divieto liberale di una coercizione giuridica della morale, il volume di Zanetti offre molti interessanti spunti di riflessione⁴¹. Si può aggiungere, dalla prospettiva del diritto costituzionale ed a conferma delle conclusioni dell'Autore, che in *Lawrence* il giudice Kennedy fonda le proprie conclusioni sulla violazione della libertà di *tutti* gli individui, indipendentemente dal loro orientamento sessuale, di autodeterminarsi in relazione alle scelte intime che riguardano la propria sfera sessuale. Per queste ragioni, *Lawrence* è stato definito da Tribe un *liberty case*: nel riconoscimento dell'eguale libertà di tutti i soggetti la Corte Suprema evita di affrontare il tema della qualificazione dell'orientamento sessuale come fattore vietato di discriminazione, ma pone le premesse per il riconoscimento dell'eguale valore di tutti gli individui che caratterizzerà la fase successiva.

3. Dalla privacy alla tutela costituzionale delle relazioni affettive tra persone dello stesso sesso

La fase successiva del dibattito teorico-giuridico sull'orientamento sessuale è quella che Zanetti descrive come la fase della contrapposizione tra *valuable/non-valuable*, ossia quella del riconoscimento della *valuability* delle persone gay e lesbiche in quanto dotate di eguale valore. Zanetti affronta questo passaggio soprattutto in riferimento alla giurisprudenza statunitense sull'ammissione dei gay nelle forze armate e alla politica - avviata durante la

40" *Ibidem*.

41 Si v. in particolare, Zanetti, *L'orientamento sessuale*, cit., p. 35 ss.

presidenza Clinton – del “*Don’t Ask, don’t tell*”⁴². I casi esaminati dall’Autore attengono dunque alla tutela del singolo ed alla sua *ability* come persona e segnano, sul piano giuridico, il passaggio dalla sfera della legalità penale a quella della riconoscimento della tutela nell’ambito del diritto civile.

È possibile leggere anche questo passaggio attraverso la lente del diritto costituzionale, avendo riguardo in particolare all’affermazione della tutela delle coppie dello stesso sesso e delle loro relazioni affettive.

In questi stessi anni, la Corte Suprema dello stato delle Hawaii rende infatti una sentenza del tutto innovativa: in *Baehr v Lewin* (1993)⁴³ conclude che il negare alle coppie dello stesso sesso il diritto al matrimonio rappresenta una violazione della *equal protection clause* sancita dalla Costituzione statale. La sentenza, dirimente, si presenta del tutto isolata nel panorama giurisprudenziale e scatena un’accesa reazione sia a livello politico che sociale. Il Congresso – temendo le conseguenze della pronuncia sul piano del riconoscimento, anche a livello federale, dei matrimoni *same-sex* – si affretta ad approvare una legge, il *Defence of Marriage Act 1996 (DOMA)*⁴⁴, in cui si chiarisce che, ai fini del diritto federale, il matrimonio è solo quello tra due un uomo ed una donna. In molti stati, fra cui ad esempio la California, al fine di contrastare un attivismo giudiziario diretto all’introduzione del matrimonio egualitario, vengono adottati emendamenti delle costituzioni statali (o leggi ordinarie)⁴⁵ con l’obiettivo di definire il matrimonio come l’unione tra persone di sesso diverso. Occorreranno

42 Zanetti, *L’orientamento sessuale*, cit., in particolare p. 67 ss.

43” *Baehr v Lewin* 74 Haw 530, 852 P2d 44 (1993).

44 *Defence of Marriage Act (DOMA). An act to definine and protect the institution of marriage*, 1 U.S.C. § 7 e 28. U.S.C. § 1738C.

45 Il primo Stato ad adottare un emendamento costituzionale per definire “in termini eterosessuali” l’istituto del matrimonio fu, nel 1997, il Minnesota; seguirono quindi, nel 1998, l’Alaska e lo Stato delle Hawaii, in reazione alla pronuncia della Corte Suprema delle Hawaii nel già citato caso *Baehr*. A partire dal 2000, 31 Stati degli Stati Uniti adottarono emendamenti costituzionali che vietano il matrimonio tra persone dello stesso sesso (oltre all’Alaska, il Nevada nel 2000; Mississippi, Oregon, Oklahoma, Utah, Missouri nel 2004; Colorado e Tennessee nel 2006; Arizona e California nel 2008; North Carolina nel 2012) o le stesse unioni civili (Nebraska nel 2000; Georgia, Louisiana, North Dakota, Ohio, Michigan, Arkansas, Kentucky nel 2004; Texas e Kansas nel 2005; Alabama, South Dakota, Virginia, Idaho, Wisconsin, South Carolina nel 2006; Florida nel 2008). Gli Stati di Puerto Rico, Virgin Islands, West Virginia e Wyoming hanno, invece, vietato i matrimoni *same-sex* adottando una legge ordinaria. In molti Stati è vietato al tempo stesso il riconoscimento dei matrimoni *same-sex* celebrati in altri Stati (Alabama, Alaska, Arizona, Arkansas, Colorado, Florida, Georgia, Idaho, Indiana, Kansas, Kentucky, Louisiana, Michigan, Mississippi, Missouri, Montana, Nebraska Nevada North Carolina, North Dakota, Ohio, Oklahoma, Oregon, South Carolina, South Dakota, Tennessee, Texas, Utah, Vermont, Virginia, Washington, West Virginia, Wisconsin, Wyoming).

circa venti anni perché, nella sentenza *United States v Windsor* (2013)⁴⁶, la Corte Suprema degli Stati Uniti dichiarò incostituzionale la definizione di matrimonio introdotta dal DOMA⁴⁷.

Tuttavia *Baehr* rende evidente un mutamento del quadro socio-culturale e nella stessa percezione dell'omosessualità. La politica del disgusto che aveva caratterizzato la fase precedente è stata sostituita da una *identity politics*, ossia da un'ideologia fondata sulla contrapposizione tra differenti identità personali e collettive (ad esempio, la contrapposizione tra la famiglia tradizionale e quella in cui i partner sono dello stesso sesso). Il cambiamento, dunque, matura dal basso, attraverso l'iniziativa giurisprudenziale dei movimenti LGBT avviata di fronte alle corti statali e federali di grado inferiore. In questa constatazione vi è, quindi, un'ulteriore conferma, dalla prospettiva della giurisprudenza costituzionale, della III tesi avanzata da Zanetti nel suo libro, ossia che "la riflessione teorico-giuridica sull'orientamento sessuale non si è svolta attraverso una serie di paradigmi teorici che vengono prima elaborati e poi calati nel mondo concreto del diritto". La riflessione – prosegue Zanetti – "si è invece svolta dal basso, cioè a partire da specifiche, concrete questioni che hanno comportato, quasi secernendole dal suo seno, l'elaborazione di tesi teoriche che sono risultate poi concettualizzate in una loro conquistata autonomia teorica"⁴⁸.

Il caso *Baehr* e l'acceso conflitto a livello politico e sociale che essa suscita insegna dunque ai movimenti LGBT che la lotta per il riconoscimento della piena eguaglianza per le coppie dello stesso sesso deve essere dapprima preparata a livello sociale e politico attraverso un'azione che parta dalle corti inferiori per poi arrivare ai vertici della giurisdizione costituzionale statale e federale. Al tempo stesso, si comprende che il riconoscimento del matrimonio egualitario deve essere preceduto da un radicamento dell'idea del valore delle persone gay e lesbiche e delle loro relazioni.

Il passaggio dalla legalità alla *valuability* si compie – anche se in momenti differenti – in tutti gli ordinamenti di tradizione giuridica occidentale e può

46" *United States v Windsor* 133 S Ct 2675, 570 US (2013).

47 Sul tema sia consentito rinviare ad A. Sperti, "Il matrimonio same-sex negli Stati Uniti ad un anno dalla sentenza Windsor. Una riflessione sugli sviluppi giurisprudenziali a livello statale e federale", *GENIus, Rivista di studi sull'orientamento sessuale e l'identità di genere*, 2014, II, pp. 143 ss.

48 Zanetti, *L'orientamento sessuale*, cit., p. 9.

essere utile per comprendere le premesse che hanno condotto, in Italia, all'adozione della legge n. 76 del 2016 sulle unioni civili tra persone dello stesso sesso. Nel 2010 la Corte costituzionale, con la sent. n. 138 accogliendo una lettura originalista dell'art. 29 Cost., chiarì che nella nostra Costituzione il matrimonio deve essere inteso come unione tra persone di sesso diverso ed indicò al legislatore la via del cd. doppio binario, ossia dell'introduzione di un istituto parallelo del tutto omogeneo al matrimonio. Pur lasciando da parte in queste pagine le molte obiezioni che una tale impostazione può sollevare – soprattutto in relazione al principio di eguaglianza⁴⁹ – la Corte costituzionale riconobbe in quella sentenza il valore delle relazioni tra persone dello stesso sesso, osservando come spetti alle coppie *same-sex* “il diritto di vivere liberamente la loro condizione di coppia”, tutelato dall'art. 2 Cost.

Nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo questo passaggio matura nel 2010 con la sentenza *Schalk and Kopf c. Austria*⁵⁰, in cui si afferma come la relazione tra due persone dello stesso sesso ricada non più solo nella protezione della sfera privata di cui all'Art. 8 CEDU – come affermato in *Dudgeon* - ma anche nella tutela della *vita familiare* tutelata dalla stessa disposizione della Carta. In Canada e negli Stati Uniti, invece, il passaggio dalla *privacy* al riconoscimento della tutela delle coppie dello stesso sesso sul piano del diritto civile si compie in quella vasta giurisprudenza che qualifica le coppie come *famiglie* estendendo loro la tutela riconosciuta alle coppie di sesso opposto per quanto attiene ad esempio, al diritto di abitazione, ai permessi di lavoro, alle prestazioni socio-assistenziali, ai benefici fiscali e tributari, ecc.

Si comprende quindi come, sul piano del diritto civile (e del diritto costituzionale) l'affermazione della tutela delle coppie dello stesso sesso ed il riconoscimento del loro valore precedano la stessa introduzione delle unioni civili. Quest'ultima implica, infatti, necessariamente, lo stesso riconoscimento del valore di queste unioni, ma questo passaggio si compie – come dimostra anche l'esperienza italiana – in un momento precedente e rappresenta dal punto di vista teorico-giuridico, la stessa premessa su cui si fonderà la legislazione successiva.

⁴⁹ Sulle obiezioni che una tale scelta solleva, in particolare per quanto attiene alla riproposizione del modello *separate but equal* che in passato la giurisprudenza costituzionale ha dichiarato illegittimo verso le minoranze etniche e razziali, si v. Sperti, *Constitutional Courts, Gay Rights and Sexual Orientation Equality*, cit., in part. p. 105 ss.

⁵⁰ *Schalk and Kopf v Austria*, App. n. 30141/04, 24 giugno 2010, ECHR 2010-I, (2010) ECHR 1996.

4. Dal riconoscimento del valore delle persone gay e lesbiche alla tutela della loro dignità ed eguaglianza. Il matrimonio egualitario

Si giunge dunque alla terza fase che Zanetti, nel suo bel libro, riconduce alla dicotomia eguale/diseguale e la quale si incentra essenzialmente sul riconoscimento del diritto al matrimonio⁵¹. Il matrimonio egualitario, infatti, rappresenta – chiarisce Zanetti – la sintesi dei due passaggi giuridico-filosofici precedenti: esso presuppone, infatti, l'idea della tutela delle *self-regarding actions* compiutasi nella prima fase e la dimostrazione del valore delle relazioni e dei comportamenti delle persone gay e lesbiche. La terza fase porta a compimento queste premesse affermando l'idea dell'eguaglianza di valore. “Non sarebbe stato possibile – scrive Zanetti – mettere a tema il matrimonio tra persone dello stesso sesso nel modo vivido e coinvolgente al quale oggi siamo usi fino a che l'orientamento sessuale minoritario non fosse stato prima attratto nell'orbita del *valuable* – ma dopo che la possibilità del riconoscimento del *valore* fu elaborata, il tema conseguente dell'*eguaglianza di valore* entrò subito in rapida incubazione”⁵².

Se si leggono, infatti, le numerose pronunce delle corti costituzionali⁵³ che negli ultimi anni hanno esteso l'istituto matrimoniale alle coppie *same-sex*, si comprende come esse siano scritte nel linguaggio dell'eguaglianza: eguaglianza in relazione al valore simbolico e sociale del matrimonio; eguaglianza nel godimento dei diritti (e nei doveri) che dal matrimonio direttamente conseguono; infine – come molto chiaramente sostiene la Corte Suprema degli Stati Uniti nella sua notissima sentenza sul matrimonio egualitario (*Obergefell v Hodges*⁵⁴) – eguaglianza per i figli delle coppie dello stesso sesso.

Il rilievo che l'eguaglianza assume in questa giurisprudenza sul matrimonio – in particolare in quella statunitense – può tuttavia essere messo in relazione anche con il principio della dignità umana. Si può vedere infatti nel principio della dignità umana un'altra chiave di lettura del dibattito teorico nella terza fase

⁵¹ Zanetti, *L'orientamento sessuale*, cit., p. 81 ss.

⁵² Ivi, p. 130.

⁵³ Si v. in particolare la sentenza n. 198 del 2012 del Tribunale costituzionale spagnolo, la sentenza n. 2013-669 DC, 17 Maggio 2013 del *Conseil constitutionnel* francese, la sentenza n. no 121/2010 (8 Aprile 2010) del Tribunale costituzionale del Portogallo ed infine la sentenza *Obergefell v Hodges* della Corte Suprema degli Stati Uniti (v. *infra*).

⁵⁴ *Obergefell v Hodges*, 576 US, 135 S Ct 2584 (2015).

di riconoscimento dei diritti delle coppie dello stesso sesso.

Il principio della dignità umana non trova espressione, com'è ben noto, nella Costituzione degli Stati Uniti siglata nel 1787, tuttavia esso ricorre in tutte le pronunce sui diritti delle persone gay e lesbiche degli ultimi decenni. Sebbene ciò sia probabilmente dovuto anche alla formazione culturale del giudice estensore di tutte le pronunce, il giudice Kennedy, si può leggere nel ricorso all'argomento della dignità umana un rilevante elemento di novità che – come ha sottolineato Tribe – è destinato a mutare la giurisprudenza della Corte Suprema sui diritti umani per molti anni⁵⁵.

Rispetto al passato in cui gli accenni alla dignità erano alquanto sporadici e tendevano ad identificare essenzialmente questo principio con l'autodeterminazione individuale⁵⁶, la Corte Suprema ha usato l'argomento della dignità nella sua giurisprudenza sui diritti delle coppie dello stesso sesso ponendola in stretta relazione con il principio di eguaglianza. Sin da *Lawrence*, infatti, la Corte Suprema sottolinea come “libertà ed eguaglianza siano profondamente connesse”, ma è proprio in *Obergefell* che questa argomentazione trova la sua più ampia ed approfondita enunciazione.

Il giudice Kennedy sottolinea il rapporto tra dignità ed autodeterminazione quando afferma che “*these liberties extend to certain personal choices central to individual dignity and autonomy, including intimate choices that define personal identity and beliefs*”⁵⁷, ma legge la dignità soprattutto in relazione con il principio di eguaglianza ed il mutuo rispetto tra tutti gli individui. La sentenza si chiude, infatti, con la solenne affermazione secondo cui “*same-sex couples’ hope is not to be condemned to live in loneliness, excluded from one of civilization’s oldest institutions. They ask for equal dignity in the eyes of the law. The Constitution grants them that right*”⁵⁸.

Il nesso fra i due principi – dignità ed eguaglianza – genera, quindi, per usare le parole di Tribe, “un concetto di grande forza analitica e potere politico”⁵⁹. La

⁵⁵ LH Tribe, *Equal Dignity: Speaking Its Name*, 129 *Harvard Law Review Forum* 16 (2015).

⁵⁶ Cfr., ad esempio, la sentenza *Rosenblatt v Baer* 383 US 75, 92 (1966) in cui la Corte Suprema sottolinea come “*dignity is a constitutional value lying ‘at the root of any decent system of ordered liberty’*”.

⁵⁷ *Obergefell v Hodges*, 135 S Ct, 2597.

⁵⁸ *Obergefell v Hodges*, 135 S Ct, 2608.

⁵⁹ Tribe, *Equal Dignity*, cit., p. 16.

dignità segna il passaggio dall'esclusione all'inclusione sociale delle coppie dello stesso sesso e sul piano argomentativo consente alla Corte Suprema di offrire una risposta alle minoranze che richiedono tutela dei loro diritti, senza tuttavia incorrere in quelle strettoie argomentative che invece, incontrerebbe un'argomentazione interamente fondata sul principio di eguaglianza (si pensi, ad esempio alla qualificazione dell'orientamento sessuale come *suspect classification*, al pari della razza o del sesso). In questo senso può quindi dirsi che la conclusione della Corte Suprema in *Obergefell* è più ricca di implicazioni di quanto sarebbe stata una pronuncia fondata su uno *standard equality argument*.

La conclusione della Corte Suprema secondo cui il tema del riconoscimento del matrimonio egualitario non può essere rimesso alla discrezionalità del legislatore poiché "l'idea della Costituzione è quella di sottrarre certi temi alle vicissitudini della vita politica, e di porle al di fuori della portata delle maggioranze parlamentari, dei pubblici ufficiali e di farne dei principi giuridici che siano applicati dalle Corti"⁶⁰ si fonda, dunque, su principi costituzionali non scritti, quali la dignità individuale. In questo modo la pronuncia assume non solo una "visione pedagogica della Costituzione"⁶¹, ma al tempo stesso delinea un ruolo del giudice costituzionale di risoluzione dei conflitti su temi divisivi dell'opinione pubblica e della politica.

Se si esamina la giurisprudenza di altre corti costituzionali sul matrimonio egualitario si può constatare come anche in Europa le corti abbiano sviluppato la relazione tra dignità, eguaglianza e autodeterminazione⁶². È quindi nel riconoscimento della dignità – nella sua relazione con eguaglianza e libertà – che si può constatare un rilevante profilo di novità della giurisprudenza più recente: la dignità, dunque, offre nell'attuale dibattito sui diritti umani uno strumento concettuale per mediare tra istanze opposte, tra particolarità e pluralismo.

60 "Obergefell v Hodges, 135 S Ct, 2605 (citando *West Virginia State Board of Education v Barnette* 319 US 624, 638 (1943)).

61 "Tribe, *Equal Dignity*, cit.

62 "Cfr. ad esempio la sentenza n. 198 del 2012 del Tribunale costituzionale spagnolo e la prima pronuncia in tema di matrimonio egualitario del Tribunale costituzionale portoghese (sentenza n. 359/2009 del 9 Luglio 2009).