SEMINARIO GIURIDICO
DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA
CCXXXVII

MORRIS MONTALTI

ORIENTAMENTO SESSUALE E COSTITUZIONE DECOSTRUITA. STORIA COMPARATA DI UN DIRITTO FONDAMENTALE

Bononia University Press

Opera realizzata con il contributo di

FONDAZIONE
CASSA DI RISPARMIO
IN BOLOGNA

1473
Fondazione
del Monte
DI BOLOGNA E RAVENNA

Bononia University Press
Via Zamboni 25, 40126 Bologna
tel. (+39) 051 232 882
fax (+39) 051 221 019

www.buponline.com
e-mail: info@buponline.com

© 2007 Bononia University Press
Tutti i diritti riservati

ISBN 978-88-7395-268-6

Impaginazione: Gianluca Bollina

Stampa: Editografica (Rastignano, Bologna)

Prima edizione: 2007

Dedico questo libro ai miei genitori,
alla nonna Ida, allo zio defunto Giuseppe e ad
alcune persone speciali che considero
parti fondamentali della mia famiglia affettiva.

Ad Andrea Nubi, da anni ineguagliabile
e insostituibile guida spirituale della mia vita.
Andrea è assieme a me
autore morale do questo libro.

Ad Alex Manghi, Giacomo Asioli,
Marinella Vitali e Francesca Bronchi,
amici sensibili e straordinari.

Ad Andrea Carlini,
per la persona delicata e autentica
che si è rivelata.

RINGRAZIAMENTI

Desidero da subito esprimere immensa gratitudine, affetto e stima al professor Guido Gambetta (Prorettore delle sedi decentrate dell'Università di Bologna) e alla dottoressa Ines Laura Fabbro (Direttore Amministrativo dell'Università di Bologna). Ringrazio il professor Guido Gambetta per avermi incentivato alla conclusione di questo libro e per l'interesse mostrato alla sua pubblicazione. A Ines devo invece riconoscenza per il coraggio e supporto che mi ha donato nei momenti difficili della mia vita, per avermi introdotto allo studio dell'etica normativa e suggerito letture fondamentali per la mia formazione personale e scientifica.

Di certo, questo libro non avrebbe mai visto la sua esistenza senza la guida illuminata, paziente e sensibile della professoressa Susanna Mancini, una donna straordinaria nei cui confronti nutro affetto e stima autentici. A lei sono profondamente grato per i preziosi insegnamenti, per le critiche e per le avvincenti discussioni intellettuali intercorse lungo un periodo di quasi dieci anni.

Ringrazio sentitamente il professor Giuseppe de Vergottini per essere stato un Maestro ineguagliabile, ad un tempo rigoroso, autorevole ed estremamente delicato. A lui devo inoltre gratitudine per i costanti suggerimenti datimi e per avermi offerto inestimabili opportunità di studio e crescita in Sudafrica e negli Stati Uniti.

Un ringraziamento particolare va poi ai professori Luca Mezzetti, Augusto Barbera e Andrea Morrone, per i molti spunti e suggerimenti datimi durante il completamento del dottorato e negli anni a seguire.

Ringraziamenti vanno poi ai professori Michael Rosenfeld (Cardozo Law School, NYC), Christina Murray (University of Cape Town, SA), Sandra Liebenberg e Steph Van den Merwe (University of Stellenbosch, SA), Pierre de Vos (University of Western Cape, SA) per avermi ospitato nelle rispettive Università d'appartenenza e per avermi fornito preziosi consigli e strumenti di ricerca.

Esprimo infine la mia sincera riconoscenza alla dottoressa Giulia Pili, per il suo generoso e incondizionato apporto soprattutto durante il periodo finale di stesura di questo lavoro.

Parte Prima

ORIENTAMENTO SESSUALE E COSTITUZIONE: UNA PANORAMICA INTRODUTTIVA

La conoscenza, sotto forma di parole, di idee, di teorie, è il frutto di una traduzione/ricostruzione attraverso i mezzi del linguaggio e del pensiero, e perciò sperimenta il rischio dell'errore. Questa conoscenza, a livello sia di traduzione sia di ricostruzione, comporta l'interpretazione, che introduce il rischio dell'errore all'interno della soggettività di chi conosce, della sua visione del mondo, dei suoi principi di conoscenza. Di qui derivano gli innumerevoli errori concettuali e intellettuali, che sopravvengono malgrado i nostri controlli razionali. La proiezione dei nostri desideri o delle nostre paure, le perturbazioni mentali provocate dalle nostre emozioni moltiplicano i rischi di errori.

Edgar Morin, 1999

Se il disgusto è già problematico in linea di principio, abbiamo a maggior ragione motivo di guardarlo con sospetto se osserviamo come nel corso della storia sia stato usato come un'arma potente nei tentativi sociali di emarginare certi gruppi e certe persone. Il desiderio di isolarci dalla nostra animalità è talmente potente che spesso il nostro disgusto non si limita a feci, scarafaggi e animali repellenti. Abbiamo bisogno di un gruppo umano contro il quale schierarci che giunga ad incarnare la linea di confine tra la vera umanità e la vile animalità. Se questi esseri semianimali si frappongono tra noi e la nostra animalità, allora noi ci sentiamo un po' più lontani dalla condizione animale e dalla mortalità. Così nel corso della storia, alcune proprietà del disgusto – la viscidità, il cattivo odore, la sporcizia, la decomposizione, l'indecenza – sono state ripetutamente quanto monotonamente associate a certi gruppi e, in realtà, proiettate su gruppi umani rispetto ai quali i gruppi privilegiati hanno tentato di definire una propria condizione di superiorità. Gli ebrei, le donne, gli omosessuali, gli intoccabili, i ceti poveri, tutti questi gruppi di persone vengono immaginati come esseri corrotti dalla sporcizia del corpo".

Martha C. Nussbaum, 2005

1. *Il paradigma eterosessuale*

Correva l'anno 1995 quando il Presidente dello Zimbabwe, Robert Mugabe, impedì all'associazione gay e lesbica nazionale (GALZ) di partecipare in qualità di espositori alla Fiera Internazionale del Libro (ZIBF 95), che di lì a breve si sarebbe tenuta ad Harare sul tema "Human rights and justice". Nel discorso ufficiale d'apertura Mugabe affermò di trovare "estremamente scandaloso e ripugnante per la coscienza umana che delle organizzazioni immorali e disgustose, come quelle di omosessuali che offendono tanto le leggi della natura quanto i valori morali e le credenze religiose della società, [dovessero] avere un posto fra i presenti o anche altrove nel mondo. Se si accetta l'omosessualità come un diritto, com'è sostenuto dall'associazione dei sodomiti e dei pervertiti sessuali, quale tipo di argomento morale dovrebbe avere la società di oggi per negare a gruppi organizzati di drogati, o anche di coloro che si danno alla bestialità, i diritti rivendicati e sussunti in nome della libertà individuale e dei diritti umani, inclusa la libertà di scrivere, pubblicare e pubblicizzare la loro letteratura di settore?". In conferenza stampa, poi, Mugabe specificò di non credere che gli omosessuali debbano avere alcun diritto ("I don't believe they should have any rights at all") e di sperare che mai e poi mai l'uomo voglia opporsi alla natura delle cose e consentire agli uomini di fare bambini ("I hope the time never will come when we all want to riverse nature and men bear children").

Sulla vicenda ZIBF 95 il partito di maggioranza ZANU-PF dichiarò ufficialmente di condividere la linea politica presidenziale di aperta avversione al fenomeno omosessuale, poiché necessaria per mantenere vitali "i valori culturali dello Zimbabwe" e per evitare che "i diritti umani deumanizzino l'intera collettività" statale: "le persone sessualmente immorali, gli idolatri, gli adulteri, gli uomini che si prostituiscono, gli omosessuali, i lussuriosi, gli ubriaconi, nessuno di questi dovrà ereditare il Regno di Dio". Per l'*Heroes Day* (11 agosto 1995), Mugabe tornò sull'argomento invitando le Chiese ad intervenire per proteggere i valori tradizionali, e definì l'omosessualità come qualcosa che "degrada la dignità umana. È innaturale e non può nemmeno discutersi sull'eventualità di consentire agli omosessuali di comportarsi peggio di cani e maiali".

Pochi giorni dopo la questione omosessuale approdò in Parlamento. I dibattiti parlarono dell'omosessualità come di una minaccia alla società e ai valori culturali, uno stile di vita malsano importato dall'occidente europeo, un fenomeno innaturale contrario alla volontà di Dio e al bisogno di riproduzione della specie umana. In mezzo ad un clima politico omogeneo e contrario all'omosessualità, il discorso tenuto da Mr. Chigwedere ben riassume alcune convinzioni e paure dominanti nel tessuto sociale. "Ho guardato su diversi testi" – afferma il parlamentare – "e tutte le definizioni concordano su un punto. Gli omosessuali sono persone che si danno al piacere sociale. Questa è una definizione. La seconda dice che questi sono persone che indugiano nel piacere smisurato. La terza definizione li descrive come licenziosi, ossia come moralmente disgustosi e promiscui. La quarta li vede come lascivi, dissoluti, libidinosi, persone spregevoli e debosciate. In lingua locale ciò significa *imbwa*". Mr. Chigwedere considera l'omosessualità come una minaccia alla società, intesa come organismo: "Ciò di cui si discute in termini culturali è il conflitto d'interessi tra l'intero corpo, dato dalla comunità dello Zimbabwe e parte di quel corpo rappresentata dagli individui o gruppi di individui. L'intero corpo è molto più importante di ogni singola parte non essenziale. Quando il dito incomincia ad infestarsi e a diventare un pericolo per il corpo è necessario tagliarlo. Gli omosessuali sono il dito infestato"[1].

Il dibattito politico dello Zimbabwe partecipa a quella sorta di panico morale assai diffuso anche in altri contesti sociali, ben oltre il continente africano. L'idea che la tolleranza pubblica nei confronti dell'omosessualità corroda in modo talvolta vago e imprecisato la struttura sociale non è certamente una convinzione relegata ai tempi passati. Queste affermazioni sono offensive, prive di plausibilità e irrazionali, anche perché si fondano su stereotipi e premesse fattuali false circa la condotta omosessuale e i suoi effetti sugli individui e la comunità. La realtà è che sin dalla nascita l'individuo si trova sottoposto al giogo di credenze morali e sociali che si fondono reciprocamente, le quali determinano il paradigma che irriga e controlla il

---

[1] Tutti i discorsi qui riportati sono tratti da C. Dunton, M. Palmberg, *Zimbabwe. The Book Fair Drama*, in 19 *Current African Issue,* 8-17 (1996).

pensiero e le emozioni umane, e che segna il limite fra ciò che è ritenuto ragionevole e/o vero e ciò che non lo è.

I pericoli che preoccupano la società civile e politica dello Zimbabwe sono sia la disgregazione della capacità di una società di agire e pianificare che potrebbe essere causata dal propagarsi della depravazione, sia che i valori umani fondamentali possano essere lentamente distrutti dalla crescente accettazione di pratiche umane ritenute indegne. Ma la nozione di dignità sottesa nei discorsi non risponde all'idea razionale e universale della stessa, indicando unicamente visioni morali e/o religiose dell'umanità, o visioni tradizionaliste che si rifanno al sentimento di disgusto della maggioranza per individuarne in modo affidabile le violazioni. Gli individui conoscono, pensano e agiscono secondo paradigmi inscritti culturalmente ed emotivamente in loro, sicché l'atteggiamento umano dell'avversione omosessuale ha inevitabilmente controllato l'intero sistema di organizzazione sociale senza quasi mai vacillare, divenendo ad un tempo sia il criterio di promozione/selezione/inclusione delle teorie e modelli conformi sia di rifiuto/emarginazione/esclusione di quelli diversi.

Nelle parole di Mugabe e degli altri attori politici è assai difficile scindere i pensieri, le teorie, le enunciazioni dagli stati emotivi che ne rivelano la valenza e li sostanziano. John Stuart Mill, d'altronde, riconosce per primo che "le opinioni degli uomini su ciò che è degno di lode oppure di biasimo sono soggette a tutte le varie cause che influenzano i loro sentimenti nei confronti della condotta degli altri; cause che sono tanto numerose quanto quelle che determinano i loro desideri su ogni altra cosa. Ad influenzare gli uomini a volte è la loro ragione, altre volte sono i loro pregiudizi o le loro superstizioni, spesso i loro sentimenti sociali, non di rado quelli antisociali, la loro invidia o gelosia, la loro arroganza o il loro disprezzo"[2]. Ne discende che le emozioni sono molto legate al pensiero e ai paradigmi mentali e culturali, ivi compresi quelli che concettualizzano i valori della persona e della società. Le emozioni implicano sempre il pensiero di un oggetto, associato a quello della rilevanza o importanza dell'oggetto stesso. Esse quindi implicano sempre stima o valutazione.

---

[2] J.S. Mill, *Sulla libertà*, a cura di G. Mollica, Bompiani, Milano, 2000, 45.

A ben notare, poi, l'oggetto delle emozioni è intenzionale, nel senso che – scrive Nussbaum ne *L'intelligenza delle emozioni* – "esso appare nell'emozione nel modo in cui lo vede o lo interpreta la persona che prova l'emozione stessa. Le emozioni non sono in relazione ai loro oggetti solo nel senso di essere rivolti verso di essi e liberate, come una freccia scagliata contro un bersaglio. Il loro 'essere in relazione' è più interno, e racchiude un modo di vedere"[3]. Inoltre le emozioni non implicano semplici modi di vedere l'oggetto, ma credenze essenziali per l'identità dell'emozione: "la sensazione di agitazione in sé non mi rivela se quello che sto provando è paura o dolore o pietà. Solo un'analisi dei pensieri opera la distinzione"[4]. Quindi è necessario introdurre il pensiero nella definizione dell'emozione stessa. Il disgusto di cui parla Mugabe, ad esempio, non è semplicemente la forza che s'impone giungendo per così dire dal contatto esterno con cani e maiali puteabondi, ma è il pensiero valutativo di una realtà sociale messa in pericolo da modelli di vita sessuale diversi e da nuclei affettivi non procreativi. Similmente, il disgusto di Chigwedere è sia la cancrena del dito che progressivamente contamina e infesta l'intero corpo (società), sia il pensiero di una società (corpo/organismo) immaginata più promiscua e svincolata da responsabilità morali.

Se, dunque, risulta assai difficile comprendere le dinamiche delle prassi quotidiane degli uomini senza prendere in considerazione le emozioni, allo stesso modo queste non possono essere ignorate nell'analisi delle prassi giuridiche, perché spesso ne rivelano il paradigma di fondo. È difficile comprendere perché il diritto dedichi attenzioni a danni o fenomeni di un certo tipo senza richiamarsi ad una concezione comune che stabilisca, ad esempio, che cosa gli esseri umani vulnerabili abbiano davvero ragione di temere, o quali perdite diano luogo ad un dolore profondo, o quali relazioni rendano felici e realizzate le persone. L'emozione prevalente del disgusto espressa da Mugabe e Chigwedere di fronte all'ipotesi di riconoscere dei diritti ai gay ed alle lesbiche sono reazioni a zone di vulnerabili-

---

[3] Per una mirabile dimostrazione si v. M.C. Nussbaum, *L'intelligenza delle emozioni*, Bologna, Il Mulino, 2004, 47, ma v. anche *passim*.

[4] *Ibidem*, 49.

tà, reazioni che registrano i danni che si potrebbero subire o che, per fortuna, si sono riusciti ad evitare. Si tratta tuttavia di un disgusto irrazionale perché trae origine da informazioni sbagliate, o perché si basa su giudizi valutativi infondati. In tali casi la legge deve stabilire che cosa debba intendersi per danno importante, o quali valori siano realmente importanti per il progresso e le buone relazioni sociali, e nel far ciò dovrebbe esprimersi sulla base di un giudizio condiviso di ragionevolezza. È tuttavia assai più agevole giungere a giudizi condivisi sulla ragionevolezza e auspicabilità della legge, e dei valori in essa riflessi, se si considera che l'ostilità paradigmatica nei confronti delle minoranze sessuali è, nella maggioranza dei casi – e dunque non solo in Zimbabwe – collegabile in vari modi al disgusto, alla vergogna o ad altri sentimenti antisociali.

Si pensi ad esempio al fatto che il disgusto della maggioranza è richiamato per sostenere la penalizzazione dei rapporti omosessuali tra adulti consenzienti: questi rapporti dovrebbero essere puniti perché la maggioranza prova disgusto quando pensa a qualcosa del genere. Il pensiero corre necessariamente alle degradanti normative penali che tuttora certi stati – specialmente le ex colonie inglesi, gli ordinamenti tradizionalisti e/o confessionali – continuano ad applicare nei confronti di chi, prevalentemente maschi, esprime una tendenza sessuale diversa da quella maggioritaria[5]. Né può dimenticarsi che nel 1960 le cd. *sodomy laws* proibivano ogni rapporto sessuale orale o anale tra uomini, donne, o uomo e donna, in tutti i cinquanta stati e nel Distretto di Columbia[6] – similmente a quanto avveniva in

---

[5] L'attività sessuale tra adulti consenzienti dello stesso sesso continua ad essere oggetto di normativa penale in numerosi paesi delle aree caraibica, africana, del medio oriente e del sud-est asiatico: per una lista aggiornata e in continuo mutamento dei paesi che sono muniti di *sodomy laws* si consiglia di visitare il sito http://www.sodomlaws.org. In dottrina si v.: B.R. Burg, *Sodomy and the perception of evil: English sea rovers in the seventeenth-century carribean*, New York, New York University Press, 1983; R. Tielman, H. Hammelburg, *Country-by-Country Survey*, in A. Hendriks, R. Tielman, E. van der Veen (eds.), *The Third ILGA Pink Book*, Prometheus, Buffalo, 1993, 249-344; J.D. Wilets, *International Human Rights Law and Sexual Orientation*, in 18 *Hastings International and Comparative Law Review,* 1-119 (1994).

[6] R. Rivera, *Our Straight-Laced Judges: The Legal Position of Homosexual Persons in the United States*, in 30 *Hastings Law Journal,* 949-951 (1979). L'adozione, da parte di 8 Stati, di divieti limitati al *same-sex oral or anal intercourse* è

Canada, Australia, Nuova Zelanda, Regno Unito e Irlanda (dove generalmente era proibita ogni *same-sex sexual activity* tra uomini e il rapporto sessuale anale tra persone di sesso opposto) e diversamente dalla situazione presente nella maggior parte dei paesi dell'Europa occidentale (in quanto già a partire dal 1944 i divieti dell'attività sessuale omosessuale, se mai esitenti, erano scomparsi in almeno 12 dei 23 Paesi membri del Consiglio d'Europa prima del 1989)[7]. Sebbene le *sodomy laws* fossero raramente applicate, la loro esistenza veniva invocata dai giudici per giustificare molti altri tipi di discriminazione dell'orientamento sessuale in materia di impiego, servizi, e custodia dei bambini, e dai legislatori per rifiutare l'emanazione di una legislazione antidiscriminatoria specifica[8]. Proprio per que-

---

avvenuta solo tra il 1973 e il 1989 (a tale proposito, v.: N. Hunter, *Life After* Hardwick, in 27 *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review,* 538 n. 30 (1992)).

[7] Si trattava di Belgio, Danimarca, Francia, Islanda, Italia, Lussemburgo, Olanda, Portogallo, Spagna, Svezia, Svizzera, Turchia: P. Tatchell, *Europe in the Pink: Lesbian and Gay Equality in the New Europe*, GMP Publishers, London, 1992, 139. Si tenga a mente, tuttavia, che malgrado l'Istanza d'Arengo presentata nell'aprile del 1997 – a cui si sarebbe dovuto dar seguito entro 6 mesi dalla sua approvazione – il Governo della Repubblica di San Marino continua a mantenere una disposizione, quale quella prevista dall'art. 274 del codice penale, *Atti di libidine con persone del medesimo sesso*, ai sensi del quale: "Chiunque abitualmente commette atti di libidine con persone del medesimo sesso, è punito, se dal fatto deriva pubblico scandalo, con la prigionia di primo grado e con l'interdizione di secondo grado dai diritti politici e dai pubblici uffici".

[8] Per un esame della *sexual orientation discrimination* negli USA, si vedano, per tutti: R. Rivera, *Our Straight-Laced Judges*, cit.; Id., *Recent Developments in Sexual Preference Law*, in 30 *Drake Law Review* 311 (1980-81); Id., *Queer Law: Sexual Orientation Law in the Mid-Eighties*, in 10 *University of Dayton Law Review,* 459 (1985), 11 *University of Dayton Law Review,* 275 (1986); J. D'Emilio, *Sexual Politics, Sexual Communities: The Making of a Homosexual Minority in the United States 1940-1970*, University of Chicago Press, Chicago, 1983; Harvard Survey, *Developments in the Law: Sexual Orientation and the Law*, in 102 *Harward Law Review* 1508 (1989); N.D. Hunter, S. Michaelson, T. Stoddard, *The Rights of Lesbians and Gay Men: The Basic ACLU Guide to a Gay Person's Rights*, Southern Illinois University Press, Carbondale, 1992; K. Jay, A. Young, *Out of the Closets: Voices of Gay Liberation*, New York University Press, New York, 1992; W.B. Rubenstein, *Cases and Materials on Sexual Orientation and the Law: Lesbians, Gay Men, and the Law (American Casebook Series)*, 2nd edition, West Publishing Company, Saint Paul, Minnesota, 1996; M.B. Kaplan, *Sexual justice: democratic citizens and the politics of desire*, Routledge, New York, 1997; A.S. Leonard, *Homosexuality and the Constitution*, Garland, New York, 1997; W.N. Eskridge Jr., *Gaylaw: challenging the apartheid of the closet*, Harvard University Press, Cam-

sto, la loro eliminazione era vista come essenziale per poter fare un passo in avanti verso la tutela di gay, lesbiche e bisessuali al di fuori dell'ambito della *criminal law*. Il processo di riforma legislativa iniziò nel 1955 con la promulgazione, da parte dell'*American Law Institute*, del *Model Penal Code* che raccomandava di provvedere alla decriminalizzazione di ogni attività sessuale privata tra adulti consenzienti[9]. Il primo Stato a depenalizzare i rapporti orali e anali fu l'Illinois (1961), seguito dal Connecticut (1969), e da altri venti stati[10], negli anni Settanta. Dopo il Wisconsin (1983), il difficile processo di riforma legislativa si arrestò e nessuna legislatura abrogò le *sodomy laws* finché non lo fecero il Nevada e il Distretto di Columbia (1993)[11]. Per accelerare tale processo avvenuto per via legislativa[12], le minoranze sessuali si rivolsero alla Corte Suprema convinte

---

bridge-London, 1999; W. Van der Meide, *Legislating Equality. A review of laws affecting gay, lesbian, bisexual, and transgendered people in the United States*, National Gay and Lesbian Task Force, National Center for Lesbian Rights, Washington DC/ S.Francisco, 2000; J. D'Emilio, W.B. Turner, U. Vaid (eds.), *Creating Change: Sexuality, Public Policy and Civil Rights*, Saint Martin's Press, New York, 2000; J. Murdoch, D. Price, *Courting Justice: Gay Men and Lesbians v. the Supreme Court*, Basic Books, New York, 2002; A. Koppelman, *The Gay Rights Question in Contemporary American Law*, University of Chicago Press, Chicago, 2002; D.R. Pinello, *Gay Rights and American Law*, Cambridge University Press, Cambridge, UK, New York, 2003; W.L. Williams, Y. Retter (eds.), *Gay and Lesbian Rights in the United States: A Documentary History*, Greenwood Press, Westport, Connecticut, 2003; N.D. Hunter, C.G. Joslin, S.M. McGowan, *The Rights Of Lesbians, Gay Men, Bisexuals, And Transgender People: The Authoritative Aclu Guide To The Rights Of Lesbians, Gay Men, Bisexuals, And Transgender People*, New York University Press, New York, 2004; J. Pierceson, *Courts Liberalism And Rights: Gay Law And Politics In The United States and Canada*, Temple University Press, Philadelphia, 2005; G.P. Carrasco, *Sexuality and Discrimination. A Rights and Liberties Perspective*, Carolina Academic Press, Durham, North Carolina, 2005, 5-515; H.N. Hirsch, *The Future of Gay Rights in America*, Routledge, New York, 2005.

[9] ALI, Model Penal Code §213.2, Comment 2, p. 372 (1980). V.: N. Hunter, S. Michaelson and T. Stoddard, *The Rights of Lesbians and Gay Men*, cit., 128.

[10] Colorado (1972), Oregon (1972), Delaware (1973), Hawaii (1973), Ohio (1974), North Dakota (1975), New Hampshire (1975), New Mexico (1975), California (1976), Maine (1976), Washington (1976), West Virginia (1976), Indiana (1977), South Dakota (1977), Vermont (1977), Wyoming (1977), Nebraska (1978), Iowa (1978), New Jersey (1979), Alaska (1980).

[11] Lesbian and Gay Law Association of Greater New York, *Lesbian/Gay Law Notes*, New York, 1993, 18, 48, 75.

[12] Meno di frequente il cambiamento è avvenuto attraverso una dichiarazione di incostituzionalità pronunciata dalle Corti. Ciò è quanto è accaduto in 9

che, se essa fosse giunta alla conclusione che la costituzione avesse proibito la criminalizzazione dei rapporti orali e anali, tutte le restanti leggi sulla sodomia sarebbero state annullate per effetto di quell'intervento costituzionale[13]. Sino al 2003 – momento in cui la Suprema Corte americana dispose definitivamente l'incompatibilità delle *sodomy laws* con la cornice costituzionale[14] – 13 Stati membri dell'unione conservavano le *sodomy laws*, e Texas, Oklahoma, Kansas, Missouri prevedevano l'applicabilità degli stessi solo ai partner dello stesso sesso[15].

Ciò che ispira disgusto – spiega abilmente Marta Nussbaum – è tipicamente la visione sessista dell'omosessuale uomo, siccome analmente penetrabile. "L'idea del seme e delle feci che si mischiano all'interno del corpo di un uomo è una delle idee più disgustose che si possano immaginare agli occhi di quei maschi per cui l'idea della non penetrabilità costituisce un confine sacro che protegge dalla sporcizia, dal fango e dalla morte. La presenza di un omosessuale di sesso maschile nel vicinato ispira il pensiero che si possa perdere la propria pulizia, diventando il ricettacolo di quei prodotti animali. Sicché il disgusto è in definitiva il senso del disgusto al pensiero della propria penetrabilità e sozzura, ed è per questo che l'omosessuale viene considerato con disgusto e, al contempo, visto con paura come un predatore che potrebbe rendere disgustoso chiunque altro. La sola vista di un uomo simile è contaminante – come si può constatare nei rari dibattiti relativi all'esperienza della doccia durante la vita militare. La vista di

---

Stati: Pennsylvania (*Commonwealth v. Bonadio*, 415 A.2d 47 (Pa. 1980)), New York (*People v. Onofre*, 415 N. E.2d 936 (N. Y. 1980), *cert. denied*, 451 U.S. 987 (1981)), Kentucky (*Commonwealth v. Wasson*, 842 S. W. 2d 487 (Ky. 1992)), Tennessee (*Campbell v. Sundquist*, 926 S. W. 2d 250 (Tenn. Ct. App. 1996)), Montana (*Gryczan v. State*, 283 Mont. 433, 942 P.2d 112 (Mont. 1997)), Georgia (*Powell v. State*, 270 Ga. 327, 510 S. E. 2d 18, 24 (Ga. 1998)), Maryland (*Williams v. Glendening*, 1998 Extra LEXIS 260 (Balt. City Cir. Ct. Oct. 15, 1998)), Minnesota (*Doe et al. v. Ventura et al.*, 2001 WL 543734, No. 01-489 (Dist. Ct. Hennepin County May 15, 2001)) e Massachusetts (*Gay and Lesbian Advocates & Defenders v. Attorney General*, 436 Mass. 132, 763 N. E.2d 38 (2002)).

[13] R. Wintemute, *Sexual Orientation and Human Rights, The United States constitution, the European convention, and the Canadian charter*, Clarendon Press, Oxford, 1995, 21.

[14] *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

[15] Si v. www.lambdalegal.org/cgi-bin/iowa/states/sodomy-map (22/01/2005).

un omosessuale di sesso maschile è ritenuta contaminante perché dice: 'tu puoi essere penetrato'. E questo significa che anche tu puoi essere fatto di feci e di sperma e di sangue, non di pura carne plasmabile a tuo piacimento. (E questo significa: presto sarai morto.)"[16].

Altrettanto abilmente Martha Nussbaum sostiene che il contenuto cognitivo specifico del disgusto lo rende di dubbia affidabilità non solo nella vita sociale, ma specialmente nel diritto. Giacché il disgusto incorpora una tendenza a rifuggire la contaminazione che si associa al desiderio umano di non animalità, questo è sovente collegato a forme varie e infide della pratica sociale, nelle quali il disagio che le persone avvertono per il fatto di possedere un corpo animale viene proiettato all'esterno su persone e gruppi vulnerabili. Siffatte reazioni sono irrazionali, in senso giurico-normativo, sia perché contengono l'aspirazione di essere una creatura che non si è, sia perché, nel perseguire tale ideale, si prendono a bersaglio terze persone infliggendo loro danni evidenti. Le persone impopolari diventano i veicoli di una contaminazione che tutti condividiamo[17]. L'interesse all'esistenza di un gruppo sottomesso, la cui condizione di semianimalità distanzia il gruppo dominante dalla sua stessa animalità, porta alla creazione di un'immagine repellente della donna o del gay volta ad assegnare loro proprietà ritenute disgustose, e tutte queste caratteristiche vengono proiettate sul gruppo preso di mira in modi funzionali a fini politici sessisti e discriminatori. E "[p]oiché la misoginia ha tipicamente visto la donna come il luogo del disgustoso, la decontaminazione del corpo, specialmente nei suoi aspetti sessuali costituisce una parte essenziale dell'eliminazione dell'ineguaglianza basata sul sesso (e l'ineguaglianza strettamente correlata dell'omosessuale)"[18].

Come il disgusto, anche la vergogna contrassegna l'ostilità generalizzata avverso le minoranze sessuali. Mediante il senso di vergogna e il disgusto le società selezionano determinati gruppi di individui costringendoli a vergognarsi, bollandoli come anormali ed esigendo che que-

---

[16] M.C. Nussbaum, *Nascondere l'umanità. Il disgusto, la vergogna, la legge*, Roma, Carocci, 2005, 142. Dalla medesima opera (p.135) è stata tratta anche la citazione contenuta in epigrafe ascritta all'Autrice.

[17] *Ibidem*, 158.

[18] *Ibidem*, 146.

sti sentano disagio a causa delle loro caratteristiche, identità o condizioni personali. Ogni membro della società guarda al mondo attraverso il paradigma della norma socialmente stabilita per la normalità, ed il fatto che le minoranze sessuali incarnino forme di vita non conformi alla norma le rende destinatarie di un qualche tipo di stigma.

Mentre molte cause di vergogna e disgusto hanno un'origine fisica – l'handicap, la bruttezza, la mancanza di caratteri sessuali secondari, eccetera –, nel caso delle minoranze sessuali le origini del disprezzo non sono legate a un marchio impresso nel corpo o in viso. Per questo in molti casi le società hanno ritenuto opportuno infliggere a costoro un marchio che, in vario modo, li rendesse visibili. Correva l'anno 1938 – precisamente il 26 ottobre – quando, assai emblematicamente, il regime nazista tedesco fondò il *Reichszentrale zur Bekämpfung der Homosexualität und der Abtreibung* – un organo di polizia appositamente preposto alla lotta contro l'omosessualità e l'aborto, presieduto Heinrich Himmler – e creò, nei campi di concentramento, la categoria degli *Homosexuell*, facilmente riconoscibile dal triangolo rosa stampato sul corpo o uniforme dei prigionieri[19]. Non meno risonanti, poi, sono anche le passate pratiche disumane di pubblico ludibrio perpetrate in Romania contro gli omosessuali[20], o quelle narrate a tutt'oggi in molti paesi di religione islamica.

Al centro dello stigma si pone il paradigma di normalità. Normalità intesa talvolta come concetto statistico – il normale è l'usuale, ciò che la maggioranza delle persone è o fa –, talaltra come idea del buono e del normativo – il normale è la cosa giusta e desiderabile. Chiunque non faccia ciò che fa la maggior parte della gente o chiunque non sia come la maggioranza delle persone è visto con vergogna e disgusto, e percepito come un danno, in aperta contraddizione con l'idea, tutta milliana, per cui "non è indebolendo nell'uniformità tutte le peculiarità individuali, ma piuttosto facendole emergere e coltivandole entro i limiti imposti dai diritti e dagli interessi degli altri, che gli uomini diventano nobili e mirabili modelli di riferimento; e così come le

---

[19] R. Plant, *The pink triangle. The nazi war against homosexuals*, Henry Holt and Company, New York, 1986, 75-104.

[20] IGLHRC, *Public Scandals: Sexual Orientation and Criminal Law in Romania*, Human Rights Watch, New York-Washington-London-Brussels, 1998.

opere partecipano del carattere del loro autore, per lo stesso processo anche la vita umana diviene ricca, diversificata, e, così animata, essa fornisce alimento più abbondante ai pensieri e ai sentimenti più elevati e rafforza il legame che unisce ciascun individuo alla specie, rendendo la specie infinitamente più degna di esserne partecipi"[21].

Il punto è capire perché in quasi tutte le società la nozione di normale in quanto usuale ha assunto anche una funzione normativa e/o paradigmatica, aprendo la strada alla stigmatizzazione delle persone diverse. Nussbaum crede "che l'uso della categoria di 'normalità' allo scopo di stigmatizzare il comportamento deviante dovrebbe essere considerato come una conseguenza della vergogna primitiva che, in qualche misura, ci riguarda tutti. Infatti, siccome tutti noi siamo coscienti dei molti modi in cui non riusciamo a soddisfare quell'eccessiva richiesta di controllo assoluto sulle fonti della felicità avanzata nella nostra primissima infanzia, poiché conserviamo un'intensa nostalgia della beatitudine derivante da quell'unità primordiale con il ventre o con il seno della madre, abbiamo bisogno di una sorta di sostituto di quel senso di sicurezza e completezza. E coloro che si definiscono 'normali' trovano questa sicurezza nell'idea di un gruppo molto esteso, che li circonda da ogni lato ed è al tempo stesso buono, un'entità a cui non manca nulla. Definendo completo e buono un certo tipo di persona, e circondandosi di queste persone, gli individui normali ricavano il confronto e l'illusione della sicurezza. L'idea di 'normalità' è simile ad un surrogato del ventre materno, un utero accogliente che cancella gli stimoli intrusivi derivanti dal mondo della differenza"[22].

Discorsi simili ben possono trasporsi nell'ambito delle relazioni sessuali. Il sesso costituisce indubbiamente una sfera di particolare vulnerabilità, ma nel tacciare un certo gruppo minoritario di essere sessualmente deviante aiuta i presunti normali ad evitare la vergogna che costoro sono inclini a provare. Proiettando all'esterno il disgusto e la vergogna la maggioranza normale (eterosessuale) realizza una sorta di pienezza surrogata e soddisfa il desiderio infantile di dominio e invulnerabilità. Tuttavia, si è dell'idea che costringere chi è diverso a vergognarsi costituisce un aspetto irrazionale degli usi sociali, un aspetto che

---

[21] J.S. Mill, *op. cit.*, 201.
[22] M.C. Nussbaum, *Nascondere l'umanità*, cit., 257-258.

non dovrebbe affatto legittimarsi incorporandolo acriticamente nelle pratiche giuridiche. Il fine ultimo della legge è proteggere la pari dignità dei cittadini, sia escogitando modi in cui le persone storicamente stigmatizzate e discriminate per la loro diversità sessuale possano condurre una vita più dignitosa, sia evitando che la legge e suoi interpreti collaborino ad infliggere socialmente il marchio della vergogna.

Il disgusto e la vergogna che contrassegnano le minoranze sessuali danno ben conto del perché tra la congerie di gusti e propensioni che ciascun essere umano sviluppa, avverte, esprime ed anela ad inverare nelle scelte di vita, solo pochi segnino così profondamente l'esistenza e l'identità come l'orientamento sessuale, al punto da essere considerato in molti contesti socio-culturali odierni alla stregua di un vero e proprio tratto distintivo del genere umano[23]. In Occidente

---

[23] Per un *excursus* storico di ampio raggio si segnalano: V. Baird, *Le diversità sessuali*, Guide No-Nonsense, Carocci Editore, Roma, 2003, 41-52, 53-70, e, più approfonditamente: V.L. Bullough, *Sexual Variance in Society and History*, John Wiley & Sons Inc, New York, 1976; M.B. Duberman, M. Vicinus, G. Chauncey Jr (eds.), *Hidden from History: Reclaiming the Gay and Lesbian Past*, Penguin, London, 1991; J. Boswell, *Christianity, Social Tolerance and Homosexuality. Gay People in Western Europe from the Beginning of the Christian Era to Fourteenth Century*, University of Chicago Press, Chicago-London, 1996; D.M. Halperin, *How to Do the History of Homosexuality*, University of Chicago Press, Chicago, 2002; M. Foucault, *Storia della sessualità 2. L'uso dei piaceri*, Universale Economica Feltrinelli, Milano, 2002; Id., *Storia della sessualità 3. La cura di sé*, Universale Economica Feltrinelli, Milano, 2004. Un'analisi attenta del mondo greco può leggersi in: K.J. Dover, *L'omosessualità nella Grecia antica*, Einaudi, Torino, 1985; B. Sergent, *L'omosessualità nella mitologia greca*, Laterza, Roma, 1986; J.J. Winkler, *Constraints of Desire: The Anthropology of Sex and Gender in Ancient Greece (New Ancient World Series)*, Routledge, New York-London, 1990; D.M. Halperin, J.J. Winkler, F.I. Zeitlin (eds.), *Before Sexuality: The Construction of Erotic Experience in the Ancient Greek World,* Princeton University Press, Princeton, 1991; D. Coen, *Law, Sexuality and Society: The enforcement of morals in classical Athens,* Cambridge University Press, Cambridge, 1994; C. Calame, *L'amore in Grecia,* Laterza, Bari, 1997. Per una bella disamina dell'espressione e della disciplina delle tendenze sessuali nel mondo romano si segnala in particolare D. Dalla, *Ubi Venus mutatur: Omosessualità e diritto nel mondo romano*, Giuffré, Milano, 1987; ma anche: F. Gonfroy, *Un fait de civilisation méconnu: l'homosexualité masculine à Rome*, thèse troisième cicle, Poitiers, 1972; C. Edwards, *The Politics of Immorality in Ancient Rome*, Cambridge University Press, Cambridge-New York, 1993; J.P. Hallet, M.B. Skinner (eds.), *Roman Sexualities*, Princeton University Press, Princeton, 1997; C.A. Williams, *Roman Homosexuality: Ideologies of Masculinity in Classical Antiquity (Ideologies of Desire)*, Oxford University Press, New York, 1999. Nel pregevole intento di compiuta raccolta delle esperienze antiche, greche

specialmente, ma oggi anche in altre culture più esotiche, si sente la necessità di conoscere l'orientamento sessuale delle persone con cui ci si relaziona nella vita quotidiana, e quindi di classificare le persone in generi di orientamento sessuale. A volte l'orientamento si domanda, ma più spesso si dà per scontato e si presume eterosessuale, oppure si desume sin troppo velocemente in virtù di una peculiare associazione mentale che collega i differenti gusti sessuali ad atteggiamenti o comportamenti stereotipati sintomatici di mascolinità o femminilità. Dunque l'orientamento eterosessuale è considerato normale, mentre quelli omosessuale e bisessuale non sono ritenuti tali.

Implicitamente – se non espressamente –, le prassi sociali odierne catalogano gli individui in ragione della loro prevalente od esclusiva attrazione verso i maschi, le femmine, o entrambi, ossia in ragione del sesso con cui si è avuto uno o più approcci emotivo-sessuali. Cultura invalsa attribuisce molta più pregnanza all'orientamento sessuale delle persone – e alla diversità sessuale e/o di genere – che alle preferenze che ciascuno ha per un certo colore d'occhi, la statura, o alcune tipologie caratteriali del partner ideale, sì che mentre appare importante definire gli individui come eterosessuali od omosessuali, specialmente in virtù del complesso significato (emotivo, morale, religioso, sessista, ecc.) che un dato contesto sociale collega ai differenti orientamenti sessuali, di scarsa importanza è distinguere rispettivamente fra coloro che preferiscono le persone con gli occhi cerulei o nocciola, gli alti o i bassi, o i soggetti emotivi o cognitivi. È in questa necessità impellente di categorizzare gli individui e di segnarne la loro vergognosa inferiorità che si annida la discriminazione, e quindi si giustifica il bisogno di protezione di segmenti umani che, seppur minoritari, sono pur sempre parte integrante e attiva dell'umanità meritevole di rispetto e considerazione.

Le categorie di orientamento sessuale costituiscono il prodotto culturale di un diffuso sentimento omofobico, del pregiudizio, della storica discriminazione, della repressione e delle violenze nei con-

---

e romane, si richiamano infine E. Cantarella, *Secondo natura: la bisessualità nel mondo antico*, Rizzoli, Superbur Saggi, Milano, 2001; T.K. Hubbard, *Homosexuality in Greece and Rome: A Sourcebook of Basic Documents*, University of California Press, Berkeley-Los Angeles, 2003.

fronti di omosessuali/bisessuali[24]. La costruzione di una rigida divisione fra modello eterosessuale – considerato normale – e modello omosessuale/bisessuale – ritenuto anormale, innaturale, pervertito o deviante – costituisce l'esito del processo culturale, in gran parte istintivo e presuntivo, di ascrizione del genere umano a categorie di orientamento sessuale, le quali sovente funzionano come indicatori sociali di vergogna e disgusto nei confronti di propensioni sessuali minoritarie e/o ruoli di genere anticonformisti. Gli omosessuali sono tuttora visti come qualcosa da disprezzare, rifiutare e di cui bloccare la proliferazione e la manifestazione sessuale, in risposta ad un moto d'animo omofobico che esprime "la paura di un sentimento d'amore per persone del proprio stesso sesso e quindi odio per questo sentimento negli altri"[25].

Tuttavia, la giustificazione del paradigma eterosessuale – che da secoli pervade le teorie, le dottrine, le ideologie, e più in generale la conoscenza – può ben essere il frutto di operazioni intellettuali viziate dall'errore e dall'illusione, giacché – rileva Edgar Morin nella

---

[24] Il caso *Commonwealth* v. *Carr*, 580 A 2d, pp. 1362, 1363-5 (Pa. Super. Ct. 1990) è emblematico. Stephen Carr, un vagabondo che si nascondeva appostato nei monti Appalachi, vide due lesbiche che amoreggiavano in un campeggio. Con un fucile esplose diversi colpi, uccidendone una e ferendo in modo grave l'altra. Durante il processo, nel quale si trovò a fronteggiare l'accusa di omicidio di primo grado, chiese di essere giudicato per omicidio non premeditato, adducendo come motivo che la ripugnanza, provocata in lui alla vista del sesso lesbico, gli aveva causato un disgusto e una ripulsione talmente travolgenti da indurlo al reato.

[25] V. Baird, *Le diversità sessuali*, cit., 69-70; l'A. sottolinea (p. 53) che "[s]i tratta di un termine relativamente recente, nato negli anni Sessanta del Novecento. Nel 1972, il libro di George Weinberg *Society and the Healthy Homosexual,* la definiva come "il terrore di trovarsi in contatto diretto con omosessuali". Mark Freedman aggiunse alla definizione una descrizione dell'omofobia in quanto "reazione di rabbia estrema e di paura nei confronti degli omosessuali". L'A. continua (p. 71) riportando la teoria di E. Young-Bruehl, *Anatomy of Prejudices*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 1996, secondo cui l'omofobia riunirebbe le caratteristiche del "pregiudizio ossessivo" (che "considera il proprio oggetto come un cospiratore onnipresente o un nemico votato alla distruzione, il che significa che esso va eliminato"), del "pregiudizio isterico" (che "vede nell'individuo odiato l'«altro, inferiore e sessualmente minaccioso»"; tipico esempio ne è il razzismo) e del "pregiudizio narcisistico" ("coloro che sono affetti da pregiudizio narcisistico «non possono tollerare l'idea che esistano persone diverse da loro»") e per questo sarebbe particolarmente persistente e diffusa.

citazione in epigrafe[26] – l'egocentrismo, il bisogno di auto-giustificazione, l'inclinazione a proiettare sugli altri le cause del male fanno sì che ognuno menta a sé senza individuare la bugia della quale è purtuttavia l'autore. Dunque il paradigma eterosessuale appare più come la logica organizzatrice di sistemi d'idee che resiste ad un modello di vita che non può essere integrato in virtù di un sentimento umano irrazionale, che un sistema coerente e aperto a ciò che vi si può contestare e criticare.

La distinzione degli esseri umani in ragione della categoria di orientamento sessuale di appartenenza ha pervaso e influenzato il sistema educativo, la scienza medica[27], le politiche di assistenza, sino a fondare gli assiomi delle dottrine religiose[28] e a giustificare tratta-

---

[26] E. Morin, *I sette saperi necessari all'educazione del futuro*, Raffaello Cortina, Milano, 2001, 18 (traduzione della versione originale: *Les sept savoirs nécessaires à l'éducation du futur*, Paris, 1999).

[27] Il nesso tra omosessualità e malattia ha origini molto remote. Sorano di Efeso, medico greco operante a Roma durante l'impero di Traiano e di Adriano (II sec. d.C.), fu il più noto tra i Metodici ad impegnarsi nel tentativo di classificare tutte le malattie e le cure allora conosciute. Egli ritenne l'omosessualità una malattia della mente (*malignae ac foedissimae mentis passio*) causata da passività e mancanza di virilità; in tal senso essa affliggeva gli uomini in età avanzata e i ragazzi perché non avevano ancora acquistato quella potenza che, invece, i vecchi avevano perduto. Per Sorano esistevano quindi uomini effeminati (*molles sive subacti*) che, avendo desideri senza limiti, adottavano andatura, vesti ed altre caratteristiche femminili (*Caelius Aurelianus*, *De morbis chronicis*, IV, 9, 131-137 – trad. lat. dell'opera di Sorano). Per un esame critico e vasto si v. G. Mercati, *Notizie varie di antica letteratura medica e di bibliografia*, Tipografia poliglotta vaticana, Roma, 1917, cap. 2.

[28] La posizione delle diverse religioni nei confronti dell'omosessualità può essere studiata in A. Swindler, *Homosexuality and World Religions*, Trinity Press, Valley Forge, 1993. La Chiesa cattolica ha sempre considerato il comportamento omosessuale – e non l'"esistenza di una condizione omosessuale non scelta" (v. J. Gafo, *Cristianesimo e omosessualità*, in J. Gafo (a cura di), *Omosessualità Un Dibattito Aperto*, Cittadella Editrice, Assisi, 2000, 269) – come un peccato da emendare nel foro sacramentale e come un delitto da reprimere in quello giuridico. Nella Bibbia è ritenuto un crimine abominevole da punire con la morte (*Levitico* 18, 22 e 20, 13). Accanto agli esempi classici della distruzione di Sodoma e Gomorra (*Genesi* 19, 4-29) e dell'annientamento delle tribù dei Gabaiti e dei Beniamiti da parte delle altre tribù di Israele (*Giudici* 19, 11-30 e 20), vi sono le tonanti parole dell'apostolo Paolo per il quale l'omosessualità, escludendo qualsiasi possibilità di trasmettere la vita, non è altro che un uso pervertito della sessualità umana, contrario a una finalità primaria della natura, e per questo riprovevole e condannabile (Paolo, *Romani* 1, 26-27; *1 Corinzi* 6, 10; *1 Timoteo* 1, 10). Tuttavia non manca chi sostiene che a contribuire inizialmente ad una visione negativa e riduzionista

menti normativi discriminatori, col risultato dell'emarginazione sociale o della condanna morale dei soggetti non conformi alle norme di genere e culturali maggioritarie. I sentimenti omofobici, il disgusto e la vergogna prendono forma in uno strisciante paradigma normativo e valutativo di promozione/selezione/inclusione eterosessuale, finanche a giustificare criteri positivi o valutazioni normative di rifiuto/emarginazione/esclusione degli orientamenti diversi, ritenuti anormali.

È difficile comprendere il fondamento delle pratiche giuridiche negando *tout court* il ruolo delle emozioni, giacché sono molto legate al pensiero umano sulle condizioni istituzionali e di sviluppo volte al sostegno del rispetto per l'eguaglianza, la dignità umana e la libertà. Individui e istituzioni si sostengono a vicenda. Le istituzioni sono sostenute dalla volontà, dai pensieri, e dalle menti della popolazione reale, sino ad incarnare e decifrare un paradigma politico e normativo che sullo sfondo esprime teorie, pensieri, concezioni sulla ragionevolezza e desiderabilità della legge e dei valori normativi. Il punto, allora, risiede nell'individuare una cultura pubblica e giuridico-costituzionale che sia in grado di incarnare un paradigma adeguato per un sistema democratico e progressista, o, detto diversamente, nel promuovere un paradigma che rifletta nel diritto le sole emozioni ragionevoli e auspicabili per la crescita sociale, lo sviluppo civile e il rispetto delle differenti condizioni umane.

---

della sessualità siano stati fattori al margine della Bibbia e del Cristianesimo, come lo Stoicismo, il Neoplatonismo e la reazione cristiana contro il fatto gnostico (cfr. J.T. Noonan, *Contraconcepción*, Troquel, Buenos Aires, 1967). Le recenti prese di posizione della Chiesa sull'omosessualità, per quanto risolute e rigorose, insistono sulla necessità di attitudini comprensive e non discriminatorie verso le persone omosessuali, evidenziando, al tempo stesso, l'impossibilità di assegnare all'unione tra persone dello stesso sesso una condizione equiparabile a quella della coppie eterosessuali (si v., a tale proposito: Congregazione per la Dottrina della Fede, *Considerazioni circa i progetti di riconoscimento legale delle unioni tra persone omosessuali*, Paoline Editoriale Libri, Milano, 2003). Per l'esame della problematica omosessuale, secondo la prospettiva cristiana, si vedano, principalmente: A. Overing, J. Vermeulen, T.H. Kempe, H. Ruygers, *L'omosessualità. Aspetti medici, sociali e pastorali*, Queriniana, Brescia, 1967; J. Gafo (a cura di), *Omosessualità. Un Dibattito Aperto*, cit.; Aa.Vv., *Antropologia cristiana e omosessualità*, Quaderni de "L'Osservatore Romano", Città del Vaticano, 2003.

Se, tuttavia, si assume la prospettiva cognitivo-valutativa delle emozioni proposta da Nussbaum non è difficile comprendere come anche le strutture sociali e giuridiche possano a loro volta influenzare il repertorio emotivo della società civile. Se si riconosce che le credenze a proposito di quel che è desiderabile e di valore giochino un ruolo centrale nelle emozioni, e si osserva come queste credenze possano essere pesantemente plasmate anche dalle norme giuridico-sociali (oltre che dalla storia individuale), possiamo comprendere come anche il cambiamento delle norme giuridico-sociali possa modificare la vita emotiva. Il disgusto, la vergogna, e più in generale l'omofobia sono associate ad una specifica famiglia di credenze sugli orientamenti sessuali minoritari, in modo tale che se una persona non possiede o abbandona queste credenze, essa non avrà o cesserà di provare l'emozione relativa e, di riflesso, di proiettarle nelle scelte istituzionali o nelle valutazioni normative.

Il fine di questo libro è quindi duplice e circolare. Da un lato vuole offrire un fondamento logico, razionale e convincente capace di giustificare le politiche pubbliche e costituzionali che salvaguardano le minoranze sessuali stigmatizzate e storicamente discriminate. Dall'altro vuol fare sì che le valutazioni interpretative e il diritto delle società aperte al nuovo e al diverso – qui prese in esame – influenzino le credenze di persone appartenenti a culture chiuse e tradizionaliste in merito agli orientamenti sessuali considerati come anormali, o immorali, o comunque devianti, affinché i loro rispettivi sistemi possano sostenere, anche emotivamente, la ragionevolezza e desiderabilità del cambiamento politico e costituzionale. Un processo duplice e circolare, dunque, che gradatamente anela all'affermazione di un paradigma normativo "sessualmente" decostruito e garantista per tutti.

2. *Le minoranze sessuali*

Il sorgere di minoranze sessuali è il riflesso della ricezione normativa – sia questa implicita od esplicita – del paradigma eterosessuale. Con la locuzione di minoranza sessuale – menzionata per la prima volta a livello internazionale all'interno della *Sub-Commis-*

sion Working Group on Slavery and Slavery-like Practices[29] – si vuole qui unicamente sottolineare che in passato un gruppo numericamente minoritario ha subito discriminazioni odiose in molteplici settori materiali a motivo del presunto o reale orientamento sessuale. Al contrario, non s'intende esprimere alcuna posizione – né affermativa, né negativa – circa la possibile configurabilità di tale gruppo come minoranza nel significato tecnico cui tale termine è di norma utilizzato dallo *human rights law*.

Fra gli scienziati che hanno tentato di rispondere a quest'ultima questione, tuttavia, Eric Heinze è sicuramente persuasivo nel sostenere la tesi affermativa. Egli sottolinea in prima battuta che l'esistenza di categorie distinte di esseri umani e di molteplici gruppi etnici e razziali fu per lungo tempo considerata un fatto naturale e ovvio, rilevabile nella diversità del colore della pelle o di altri tratti somatici, oppure in differenti caratteristiche culturali o psicologiche. Ciononostante il ragionamento che sta alla base di una demarcazione rigida tra classi di persone appare arbitrario: quali differenze culturali o psicologiche sono giuridicamente rilevanti per distinguere due distinte razze o etnie? E perché proprio quelle caratteristiche anziché altre? E come considerare le fattispecie intermedie, ad esempio le razze miste? Ritenere che alcune differenze visibili possano giustificare la distinzione categorica di un gruppo di persone da un altro non ha certamente un fondamento empirico, e la differenziazione non appare come logicamente imposta da dati obiettivi. L'elaborazione di classificazioni fondate sulla razza o l'etnia, così come la creazione di categorie sessuali, pur essendo un portato tipico dei paesi occidentali, appare dunque fondata più su dati meta-scientifici che su fondamenti razionali, su valori storici e culturali di una certa area piuttosto che su una verità ontologica inscritta da sempre nel libro della natura[30].

I fatti dimostrano l'implausibilità di una giustificazione *stricto sensu* biologica della differenziazione normativa razziale, e anzi il fat-

---

[29] UN doc. E/CN. 4/Sub.2/1987/24; UN doc. E/CN. 4/Sub.2/1988/31.

[30] E. Heinze, *Sexual Orientation: a Human Right. An Essay on International Human Rights Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht-Boston-London, 1995, 50-57.

to che un gruppo si qualifichi come minoranza è in genere funzionale alla rivendicazione di determinati diritti e libertà. Una volta affermatasi l'idea, seppur irrazionale, dell'esistenza di separate categorie di persone, e dunque appuratosi che nei fatti – e questo non significa certamente in natura – esistono differenze giuridiche, sociali e culturali, alla minoranza non resta che sottolineare le proprie specificità, ormai realmente radicate, di natura politica, storica e culturale, per pretendere un trattamento particolare. Gli appartenenti al gruppo svantaggiato nascono in un tessuto sociale complesso già formato, su cui è necessario agire facendo valere lo *status* di minoranza in riferimento al passato, al presente o alle potenziali ingiustizie future. L'idea di minoranza è strumentale alla lotta contro la discriminazione, asserendosi il trattamento ineguale di un gruppo di persone per tradizione accomunate dall'adesione ad una razza, ad una comune etnia o ad altri fattori di coesione sociale. Dunque il concetto di minoranza nasce per alludere ad uno stato d'oppressione e viene mantenuto per la trasformazione in stato di liberazione, ad un tempo conservando e sorpassando le sue stesse origini storiche[31].

È tuttavia innegabile che la complessità del fenomeno sessuale e della sessualità si riflette nella difficoltà di definire un gruppo sessuale come una minoranza distinta, unita, coesa e con caratteri certi e costanti[32]. Secondo i molteplici contesti, i membri della minoran-

---

[31] *Ibidem*, 243-259.

[32] Ciò nonostante E. Heinze non esclude che i gruppi sessuali costituiscano una minoranza sessuale in senso tecnico, e a tal fine afferma che "[p]roblems surrounding the concept of sexual minorities are not unique to sexual orientation, but rather arise with respect to every minority classification currently recognized within human right law. Legitimate attempts to narrow definitions of "minority groups" arise not so much from a fear of weakening the whole concept; for, again, ample historical, sociological and political (i.e. functionalist) criteria can keep the list meaningful and limited. Rather, narrower definition are sought for minorities likely to seek broad, group rights to territory, resources, or self-government. It is these group rights which States prefer to limit to those minorities most clearly distinguishable by their distinct group structure, lineage, homogeneity, autonomy, heritage, or patrimony. States are concerned that the recognition of group rights for too large a variety of minorities will so fragment and overwhelm the State with autonomous groups as to dissolve the State entirely, or to render it ungovernable. However, if a particular group seeks no special group rights (or if such rights are inapplicable to it) no such threat arises. Accordingly, States can accept broader understanding of minority groups for groups seeking assimilation, and requiring only individ-

za sessuale possono essere dichiarati o vivere nascondendo le loro inclinazioni. Il loro comportamento sessuale può essere considerato come espressivo di una deviazione inaccettabile, o come atto da consentire sebbene frutto di una deviazione, oppure – assai più raramente – può essere accolto senza l'emersione di considerazioni di valore negativo. Gli appartenenti possono intendersi come un gruppo compatto o diviso in molteplici sottoculture, mutando l'auto-considerazione in ragione del contesto culturale e storico d'appartenenza. Gli stessi ordinamenti giuridici possono dimostrare una diversa valutazione dei membri di una minoranza sessuale apparentemente unitaria. Vi sono, ad esempio, realtà in cui si punisce l'omosessualità maschile e non quella femminile, sulla base della convinzione culturale che la prima sia più vergognosa della seconda. Gli ordinamenti di norma puniscono più alacremente l'omosessualità maschile perché per convenzione è inaccettabile l'idea di un maschio che mostri e adotti ruoli tipicamente femminili, e dunque le leggi esprimono il sentimento di paura – omofobico e sessista insieme – nei confronti del diverso e di tutto ciò che può rivelare contraddizioni e mettere in discussione lo stereotipo sociale di dominio e forza maschili. In altri contesti è accettato il travestitismo, o l'attività sessuale solo in determinate circostanze o tra gli appartenenti a determinate classi sociali. Le ipotesi sono innumerevoli, e secondo i casi mutano i caratteri d'espressione/oppressione dell'orientamento sessuale nella vita quotidiana e i termini della creazione di un determinato gruppo minoritario all'interno di una certa cultura.

Nei paesi occidentali è ormai pacifica e proclamata la presenza di minoranze sessuali, ma i singoli gruppi non sono fra loro omoge-

---

ual rights of non-discrimination" (*ibidem*, 253). Inoltre, "[l]ike American Blacks and other "assimilation-oriented" groups, sexual minorities can, in some cases, be identified with a distinct sub-culture, to which not all, but a certain number of its member may, in varying degrees, belong. Membership may entail a sense of participation in a history, tradition, and even value system distinct from that of the established heterosexual majority. In several countries, lesbian and gays form distinct, often robust communities of substantial numbers. Some such communities are now recognized to have even a certain geographical circumscription. These characterizations suggest that the concept of minority status is a dynamic one. In a number of respects, it is as applicable to sexual minorities as it is to other, already recognized groups" (*ibidem*, 257).

nei ed uniti[33]. I gay e le lesbiche, ad esempio, hanno sovente dimostrato notevoli discordanze nel modo di affrontare i problemi e nel raggiungere certi obiettivi politici e sociali. Molte lesbiche lottano per ottenere non il trattamento indifferenziato rispetto agli eterosessuali, ma, piuttosto, la differenziazione (cd. movimento separatista). La comunità maschile gay, all'opposto, rivendica la sostanziale integrazione sociale col resto della collettività, mentre molti bisessuali trovano meno faticoso conformarsi al modello sociale eterosessuale e non avvertono un peculiare senso d'identità col gruppo gay e lesbico. Il dato comune a tutte le minoranze sessuali risiede nel fatto che queste desiderano eguale rispetto e considerazione, presupposto essenziale affinché, seppur in misura variabile, queste possano mescolarsi e confrontarsi con la maggioranza eterosessuale. Come per la razza, l'etnia, nonché il genere, l'orientamento sessuale non corrisponde affatto ad un obiettivo fenomeno esistente in natura, ma è piuttosto il portato concettuale scaturente da un graduale processo di costruzione sociale descrittivo dei desideri sessuali dell'uomo. I fenomeni riguardanti la sessualità possono essere classificati non in ragione del fatto che in natura esistono distinte categorie di erotismo, ma in virtù di norme sociali di comportamento che hanno influenzato e prevalso rispetto ad altre, sino a divenire il paradigma strisciante di promozione/selezione dei concetti dominanti dell'intelligibilità. Gli omosessuali non sono "inerentemente" diversi dagli eterosessuali. Costoro esprimono semplicemente i loro desideri sessuali in modo atipico rispetto alla maggioranza, senza recare pregiudizio a terzi, e per questo rivendicano eguale rispetto e considerazione di una condizione di vita minoritaria e delle scelte conseguenti.

È, dunque, soprattutto la natura dei diritti rivendicati a persuadere della non essenzialità – anche in questa sede – di stabilire se i gruppi sessuali possano qualificarsi o no come minoranze in senso tecnico. Il concetto di minoranza, infatti, può essere utilizzato per indicare un gruppo di persone appartenenti a tradizioni storiche diverse, e con problemi e rivendicazioni eterogenee. Può essere applicato a persone che rivendicano solo diritti individuali o interventi positivi di soste-

---

[33] E. Cameron, *Sexual Orientation and the Constitution: a Test Case for Human Rights*, 110 *SALJ*, 451 (1993).

gno, oppure, più spesso, diritti di natura collettiva. Diversamente la rivendicazione di un diritto fondamentale al libero orientamento sessuale non scaturisce dall'esistenza di una collettività minoritaria, poiché le opzioni in cui questo si articola sono interamente riconoscibili in termini di diritti individuali – od eventualmente di sostegno positivo –, e a tal stregua il concetto tecnico di minoranza risulta del tutto superfluo. Se, tuttavia, non è una priorità qualificare i gruppi sessuali in termini di minoranza, perché continuare a definire gay, lesbiche e bisessuali nei termini di minoranze sessuali?

La storia conosce eventi laceranti in cui intere collettività di gay, lesbiche e bisessuali (LGB) subirono l'umiliazione di essere segnati nella loro dignità di uomini, separati dalla restante società e stigmatizzati. Tale fatto storico di portata collettiva è innegabile, a prescindere dal fatto che i membri della comunità LGB abbiano un dato genetico o psicologico comune, o che la loro somiglianza sia determinata da un modello comportamentale anticonformista, o che siano tra loro omogenei o disuniti – facilmente o difficilmente identificabili – o, infine, che la natura delle situazioni soggettive da essi rivendicate abbia natura individuale o collettiva. Alcuni eventi storici drammatici non hanno assunto dimensioni puramente individuali, ma anzi hanno investito intere collettività marchiate e stigmatizzate per avere assunto comportamenti o per avvertire pulsioni ritenute ingiustamente inappropriate. Indubbiamente il concetto di minoranza è d'ausilio nei casi in cui il gruppo rivendichi diritti *per sé* di natura collettiva, ed è per questo che tale concetto risulta più facilmente utilizzabile con riferimento alla razza, all'etnia o alla lingua di certi gruppi, anziché all'orientamento sessuale. Tuttavia, l'uso della locuzione minoranza sessuale appare giustificabile se si considera che l'odierna rivendicazione di un diritto al libero orientamento sessuale, inclusivo di varie opzioni, trae origine dal passato oppressivo e discriminatorio nei confronti di alcune collettività anticonformiste.

L'uso invalso della locuzione minoranza sessuale esprime dunque il pieno riconoscimento di una realtà storica di discriminazione, tanto che la Corte Suprema canadese ha ritenuto che, al fine di determinare se l'orientamento sessuale possa costituire un fattore di discriminazione analogo a quelli espressamente menzionati nella sez. 15 della Carta dei Diritti e delle Libertà canadese (1982) – questione, questa, cui

è stata data risposta affermativa – "è anzitutto necessario identificare il gruppo colpito" ("it is first necessary to identify the group which is affected")[34]. Ammette la Corte, infatti, "che in alcuni casi può essere utile stabilire se il gruppo colpito costituisca o no una 'minoranza separata e isolata' ["discrete and insular minority"] giacché, essendo il gruppo carente di potere politico, i suoi membri non sono di norma salvaguardati nei loro interessi o subiscono la lesione del diritto all'eguale considerazione e rispetto. Siffatta indagine, tuttavia, non è propriamente un fine ultimo. Sebbene lo svantaggio storico o la posizione di un gruppo come minoranza separata e isolata possano servire come indicatori di un fattore analogo di discriminazione, questi non ne costituiscono dei prerequisiti essenziali. Questi possono semplicemente servire d'ausilio nello stabilire se l'interesse rivendicato dalla parte sia un tipo di interesse che la sezione 15(1) è finalizzata a proteggere. La considerazione fondamentale che contrassegna l'esistenza di un fattore analogo di discriminazione consiste nel determinare se la base di distinzione possa servire per negare la dignità umana fondamentale che la Carta riconosce. Giacché uno degli obiettivi della sezione 15(1) è impedire la discriminazione avverso gruppi che soffrono uno svantaggio sociale, ne consegue che può essere utile vedere se esiste qualche elemento indicante che il gruppo in questione ha subito discriminazioni originate da stereotipi, svantaggio storico o vulnerabilità al pregiudizio sociale e politico"[35].

3. *I modelli di tutela costituzionale del libero orientamento sessuale*

L'integrazione sociale fra gruppi e persone di differenti orientamenti sessuali è un fine che gli Stati devono perseguire se intendono smantellare l'ingiusto paradigma eterosessuale di matrice sessista e se ambiscono ad annoverarsi fra le culture e le società aperte e democratiche di popperiana memoria. È quest'imperativo – etico, ancor prima che giuridico – ad animare e fondare l'impegno pubblico a normare ed applicare il diritto secondo un paradigma pro-

---

[34] *Egan v Canada* [1995] 2 S.C.R. 513, 171.
[35] *Idem.*

muovente il valore di neutralità rispetto agli orientamenti sessuali; valore, quest'ultimo, essenziale per il graduale e difficile processo di decostruzione concettuale d'istituti giuridici (reato di sodomia, famiglia, matrimonio, adozione, procreazione medicalmente assistita, ecc.) che cultura invalsa e tradizioni secolari hanno in gran parte inteso secondo concezioni sessualmente connotate a chiaro svantaggio delle minoranze sessuali.

Due sono i modelli di tutela costituzionale del libero orientamento sessuale che, storicamente, si riscontrano dall'analisi delle singole esperienze statali e che, in varia misura, hanno impattato la struttura tradizionale di molti istituti giuridici[36]. Questi sono, rispettivamente:

il modello di tutela esplicita, laddove il legislatore costituzionale/costituente ha espressamente protetto le minoranze sessuali. Di norma tale protezione è accordata tramite la positivizzazione/inclusione dell'orientamento sessuale tra i fattori vietati di discriminazione, ma gli Stati potrebbero anche scegliere di costituzionalizzare il riconoscimento di un diritto al libero orientamento sessuale. Vi sono ordinamenti, poi, che realizzano e/o rafforzano la tutela esplicita delle minoranze sessuali tramite la prassi riflessiva di riconoscimento del non-sessimo e di rifiuto dell'omofobia tra i valori costituzionali fondanti l'intero sistema normativo.

Il modello di tutela implicita, laddove la protezione delle minoranze sessuali è in origine desumibile unicamente dal sistema dei valori e/o diritti protetti in costituzione. Questo modello può precedere quello di tutela esplicita – come si è verificato al livello del diritto dell'Unione Eu-

---

[36] Diversamente, E. Heinze giunge ad enucleare quattro distinti modelli, perché anziché fare riferimento alla tecnica di salvaguardia preferisce guardare alla "quantità" materiale di protezione. Il primo è quello della protezione ampia o della neutralità sessuale, presente nei paesi del nord Europa (Olanda, Danimarca, Norvegia, Svezia); il secondo è quello di protezione intermedia (Francia); il terzo è quello della protezione minima (o mera decriminalizzazione), tipico della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (sia il secondo che il terzo modello danno preferenza all'eterosessualità, sebbene in misura sensibilmente diversa fra di loro); l'ultimo è quello della protezione mista, o modello federalista, tipico degli USA: E. Heinze, *Sexual Orientation*, cit., 106-115. Qui si è scelto di non utilizzare il medesimo metodo non solo perché obsoleto rispetto alle innovazioni nel frattempo intercorse, ma anche perché la sua ipotetica adozione avrebbe necessariamente implicato lo spostamento della nostra analisi dal piano prettamente costituzionale a quello legislativo e/o attuativo.

ropea –, e di norma si è affermato tramite il riconoscimento giudiziale di un principio certo di diritto vivente che impone di considerare l'orientamento sessuale come fattore implicitamente vietato di discriminazione. Siffatto modello potrebbe impiantarsi anche per via di un'inequivoca affermazione giurisprudenziale di un articolato diritto fondamentale al libero orientamento sessuale. Interpretazioni simili presuppongono l'adesione ai valori tipici delle società aperte e democratiche – di cui il non-sessismo e la non-omofobia ne costituiscono delle specificazioni – sicché, in potenza, appartengono al modello di tutela implicita tutti gli ordinamenti che abbiano a cuore la tutela dei diritti fondamentali e che abbraccino i valori del costituzionalismo democratico. Tuttavia, la prassi di riconoscimento giurisprudenziale di un principio di protezione delle minoranze sessuali costituisce un passo fondamentale in ordine alla certezza e all'effettività della tutela future.

3.1. *La tutela espressa: Sudafrica*

La tendenza odierna, inaugurata per la prima volta dalla costituzione transitoria del Sudafrica (1993), consiste nell'esprimere *apertis verbis* il rifiuto del sessismo fra i valori costituzionali fondanti le società aperte e democratiche e nell'includere espressamente l'orientamento sessuale – oltre al sesso, genere, status civile e/o coniugale – fra i fattori vietati di discriminazione[37]. Ciò come risposta al fatto che molteplici fenomeni discriminatori, praticati da secoli e a vari livelli a detrimento di minoranze sessuali, non hanno quasi mai destato il dovuto clamore della comunità internazionale. A differenza delle minoranze religiose, etniche o razziali, infatti, le minoranze sessuali coinvolte non sono state riconosciute in passato come un gruppo pienamente legittimato. Queste hanno sofferto di un'invisibilità

---

[37] Prima del Sudafrica l'esperienza della costituzionalizzazione dell'orientamento sessuale rimase confinata al livello sub-statale, senza tuttavia determinare il mutamento della cornice costituzionale nazionale: Mato Grosso (costituzione del 1989, art. 10.III) e Sergipe (costituzione del 1989, art. 3.II) in Brasile; Brandeburgo (costituzione del 1982, art. 12(2)), Turingia (costituzione del 1993, art. 2(3)) in Germania (seguita poi da Berlino, costituzione del 1995, art. 10(2)). Si v. in merito R. Wintemute, *Sexual orientation and human rights*, cit..

ulteriormente rafforzata dal silenzio dei legislatori internazionali e costituzionali, e hanno così subito prassi applicative e/o interpretative, sessiste nello spirito, che in vario modo ne hanno continuato a celare e negare l'umanità inerente.

La scelta del costituente sudafricano di assegnare pari dignità ai differenti gusti sessuali ed eguale libertà nel condurre differenti stili di vita è indubbiamente emblematica ed innovativa, e tuttavia evidenzia, anch'essa, una certa dose di pragmatismo e cautela nel definire ed espandere la portata di siffatti principi. Inizialmente la sez. 8(2) della costituzione transitoria (1993) recitava che "[n]o person shall be unfairly discriminated against, directly or indirectly, and, without derogating from the generality of this provision, on one or more of the following grounds in particular: race, *gender*, *sex*, ethnic or social origin, colour, *sexual orientation*, age, disability, religion, conscience, belief, *culture* or language"[38]. La sez. 9 della costituzione finale, emanata tre anni dopo al documento transitorio (1996), non solo allarga il novero dei fattori in ragione dei quali non è consentito discriminare – aggiungendo, per esempio, lo status civile – ma contribuisce fattivamente al processo di trasformazione sociale vincolando ed educando sia gli organi pubblici che i singoli cittadini al rispetto delle diversità e al principio di non discriminazione. In linea con la chiara adesione costituzionale al valore del non-sessismo (sez. 1(b) cost. finale) – e quindi con l'intrinseca bidirezionalità dei profili assiologici riflessi nei documenti positivi –, la clausola di eguaglianza della costituzione finale dispone che "[t]he State may not unfairly discriminate directly or indirectly against anyone on one or more grounds, including race, gender, sex, pregnancy, marital status, ethnic or social origin, colour, sexual orientation, age, disability, religion, conscience, belief, culture, language and birth" (sez. 9(3) cost. finale) e aggiunge che "[n]o person may unfairly discriminate directly or indirectly against anyone or more grounds in term of subsection (3)" (sez. 9(4) cost. finale).

Il divieto sudafricano di discriminare in ragione dell'orientamento sessuale è innovativo non solo per il fatto di rivestire natura costituzionale espressa – e per vincolare verticalmente ed orizzontalmente tutte

---

[38] Corsivo aggiunto.

le articolazioni interne del potere pubblico e privato – ma anche per essere formulato in termini generali, sicché questo è applicabile in ambito penale, lavorativo, familiare e in ogni altro settore della vita sociale. La vicenda complessiva del Sudafrica mostra una dinamica improntata all'incrementalità della tutela che, se per certuni aspetti riflette i problemi, le tendenze e le cautele già note al dibattito internazionale e statale, per tanti altri evidenzia elementi di novità e interesse per qualunque democrazia che si ponga il problema della protezione effettiva delle minoranze sessuali da ingiusti fenomeni discriminatori.

L'esperienza costituzionale sudafricana inaugura un nuovo approccio giudiziale nel fornire risposte concrete ai casi di discriminazione, dimostrando di assegnare un *leading role* al principio d'eguaglianza senza tuttavia escludere a priori il richiamo di altre disposizioni costituzionali. Queste ultime, in combinato disposto con la prima, sono risultate essenziali sia per determinare l'estensione del divieto, sia per affermare l'idea di un più generale diritto fondamentale al libero orientamento sessuale la cui ingiustificata negazione risulterebbe in aperto contrasto con i valori democratici (sez. 36 cost. finale) e con l'avvenuto riconoscimento di diritti umani fondamentali quali dignità umana (sez. 10 cost. finale), privacy (sez. 14 cost. finale), matrimonio e via dicendo[39]. Il graduale processo di affermazione di un diritto fondamentale al libero orientamento sessuale, inoltre, ha posto i giudici di fronte al dovere, costituzionalmente imposto (sez. 39 cost. finale), di interpretare la costituzione superando le proprie convinzioni personali, sicché la produzione giurisprudenziale in tema di orientamento sessuale, che ha avuto luogo dal 1996 a oggi, costituisce la prova vivente di come la costituzione stessa possa depurare il diritto e le attività ermeneutiche da schemi soggettivi e paradigmi mentali carichi di pregiudizi e *bias* culturali.

---

[39] La costituzione finale del 1996 non prevede espressamente il diritto fondametale al matrimonio, ma questa libertà è stata affermata dalla Corte costituzionale in *Dawood and another v. Minister of Home Affairs and others; Shalabi v. Minister of Home Affairs; Thomas v. Minister of Home Affairs* 2000 (3) SA 936 (CC); 2000 (8) BCLR 837 (CC). Infatti, la sez. 39(3) cost. finale dispone che "[t]he Bill of Rights does not deny the existence of any other rights or freedoms that are recognized or conferred by common law, customary law or legislation, to the extent that they are consistent with the Bill".

3.1.1. *(Segue:) Figi, Ecuador, Svizzera e Portogallo*

A livello costituzionale, sono state le isole Figi il secondo paese al mondo, tramite un emendamento costituzionale del 1997, ad emulare l'esempio sudafricano e ad aggiungere l'orientamento sessuale all'interno della clausola antidiscriminatoria contenuta nella costituzione nazionale (sez. 38(2) cost. Figi Islands)[40], seguite dall'Ecuador nel 1998[41], e dalla Svizzera, tramite l'approvazione della nuova costituzione federale del 18 aprile 1999[42]. La Svizzera ha in parte innovato il modello di tutela costituzionale espressa dell'orientamento sessuale vietando all'art. 8(2) le discriminazioni fondate sullo "stile di vita", ma in realtà tale norma allude chiaramente al fenomeno omosessuale e bisessuale[43]. Nel 2004, poi, il legislatore portoghese ha emendato la costituzione nazionale includendo l'orientamento sessuale (*orientação sexual*) fra i fattori vietati di discriminazione, sicché l'art. 13(2) cost. portoghese dispone che "[n]inguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascêndencia, sexo, raça, lingua, território de origem, religião, convicções politicas ou ideológicas, instrução, situação

---

[40] Constitution Amendment Act 1997, Chapter 4, sez. 38(2) cost.: "A person must not be unfairly discriminated against, directly or indirectly, on the ground of his or her: (a) actual or supposed personal characteristics or circumstances, including race, ethnic origin, colour, place of origin, gender, sexual orientation, birth, primary language, economic status, age or disability; or (b) opinions or beliefs, except to the extent that those opinions or beliefs involve harm to others or the diminution of the rights or freedoms of others; or on any other ground prohibited by this Constitution" (in http://confinder.richmond.edu/FigiIslands.htm, consultato il 25/01/2005).

[41] Constitución Política de Ecuador, 1998, art. 23(3): "[t]odas las personas serán consideradas iguales y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin discriminación en razón de nacimiento, edad, sexo, etnia, color, origen social, idioma; religión, filiación política, posición económica, orientación sexual; estado de salud, discapacidad, o diferencia de cualquier otra índole", in http://www. georgetown. edu/pdba/Constitutions/Ecuador/ ecuador98. html (25/01/2005).

[42] Constitution fédérale de la Confédération suisse, RS 101, 18 avril 1999, art. 8(2) : "[n]ul ne doit subir de discrimination du fait notamment de son origine, de sa race, de son sexe, de son âge, de sa langue, de sa situation sociale, de son mode de vie, de ses convictions religieuses, philosophiques ou politiques ni du fait d'une déficience corporelle, mentale ou psychique".

[43] F.E. Baur, *At the end of the Fairy Tale, Will Heidi Stay Single? Same-sex partnership in Switzerland*, in R. Wintemute, M. Andenæs (eds.), *Legal Recognition of Same-Sex Partnership*, cit., 533-536.

económica, condição social ou orientação sexual"[44]. Se si considera, inoltre, che l'art. 18 della costituzione portoghese stabilisce l'applicazione sia verticale, sia orizzontale, delle "preceitos constitucionais aos direitos, liberdades, e garantias"[45], è evidente la forte somiglianza fra questo modello costituzionale di protezione delle minoranze sessuali e quello inaugurato dal Sudafrica. Tentativi di protezione costituzionale dell'orientamento sessuale sono stati avviati anche in Stati quali Brasile (1994)[46], Irlanda (1996)[47], Giamaica (2000), Timor Est (2001), Italia (2001) e Olanda (2002)[48], ma circostanze politiche locali ne hanno impedito il compimento.

---

[44] *Lei Constitucional* N. 1/2004, *Sexta Revisão Constitucional,* entrata in vigore il 31 luglio 2004: R. Orrù, *La VI Revisão della costituzione portoghese del 1976: dalla scelta "minimalista" al risultato altamente problematico*, in *Diritto pubblico Comparato ed Europeo*, 2004, 3, 1136-1150.

[45] P. Miguel Freitas, *Portugal*, in Aa.Vv., *Combating sexual orientation discrimination in employment: legislation in fifteen EU member states*, K. Waaldijk, M. Bonini-Baraldi (eds.), E.M Meijers Institute of Legal Studies, Leiden, November 2004, 378 (l'opera collettiva, citata anche come *Report of the European Group of Experts on Combating Sexual Orientation Discrimination about the implementation up to April 2004 of Directive 2000/78/EC establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation*, è attualmente disponibile anche nel sito della Commissione Europea: http://europa.eu.int/comm/employment_social/fundamental_rights/index_en. htm).

[46] *Dignidade*, in *News from Brazil*, No. 2, 28 June 1994. Tuttavia, almeno 73 città brasiliane, incluse São Paulo, Rio de Janeiro, Salvador e Brasilia, hanno adottato legislazioni che proibiscono la *sexual orientation discrimination* (v.: *The Washington Blade*, 29 July 1994, 12).

[47] L. Flynn, *From Individual Protection to Recognition of Relationships? Same-sex Couples and Irish Experience of Sexual Orientation Law Reform*, in R. Wintemute, M. Andenæs (eds.), *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships. A Study of National, European, and International Law*, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 2001, 592, nota n. 1; sul regime giuridico dell'orientamento sessuale nell'ordinamento irlandese si v. anche L. Flynn,*"Cherishing all her children equally": the law and politics of Irish lesbian and gay citizenship*, in 6 (IV) *Social & Legal studies*, London, 493-512 (1997); L. Flynn, *The Irish Supreme Court and the Constitution of Male Homosexuality*, in C. Stychin, D. Herman (eds.), *Legal Inversions. Lesbians, Gay Men, and the politics of Law*, Temple University Press, Philadelphia, 1995, 29-45.

[48] Sul progetto governativo olandese si v. *Kamerstrukken II* 2002, 28000, nr. XVI, p. 112; circa le recenti innovazioni legislative in tema di matrimonio e adozione da parte di coppie omosessuali si rinvia a: K. Waaldijk, *Other May Follow: The Introduction of Marriage, and Semi-marriage for Same-sex Couples in European Countries*, in 38(3) *New England Law Review*, 572-580 (2004); K. Waaldijk, *Small Change: How the Road to Same-sex Marriage Got Paved in the Netherlands*, in R. Wintemute, M. Andenæs (eds.), *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships*,

Ad un primo sguardo, tuttavia, alla somiglianza dei modelli di protezione costituzionale esplicita dell'orientamento sessuale non corrisponde un regime analogo o identico di tutela effettiva delle minoranze storicamente discriminate. Il Tribunale Costituzionale dell'Ecuador provvide poco dopo l'intervento del legislatore costituzionale ad espungere l'art. 516, parte I, del codice penale, legalizzando così l'attività sessuale omosessuale[49], nonostante le cronache legali odierne continuino a raccontare di licenziamenti ingiustificati di gay e dell'imposizione forzata ai travestiti del test HIV. In Svizzera e Portogallo le menzionate innovazioni costituzionali hanno prodotto un impatto limitato sulla giurisprudenza nazionale e sull'attività legislativa. Ciò è dipeso in parte dalla loro recente introduzione, ed in parte dal fatto che alcune gravi lesioni di diritti umani risultavano già espunte prima degli avvenuti mutamenti – in Svizzera, per esempio, il legislatore aveva già provveduto nel 1990 a modificare gli artt. 191 ss. del codice penale nazionale, che in vario modo punivano l'attività sessuale omosessuale e bisessuale.

La resistenza registrata rispetto al riconoscimento di un diritto al libero orientamento sessuale, concepibile quale complesso istituto di libertà, non dipende unicamente dal comprensibile decorso di tempi – per così dire – fisiologici ai fini dell'attuazione, applicazione ed implementazione delle clausole antidiscriminatorie di nuova generazione, o da specifiche circostanze locali. L'ineffettività delle clausole di protezione delle minoranze sessuali sembra, piuttosto, in molti casi discendere dalla percezione maggioritaria di un pericolo di deriva morale e/o di scardinamento dell'ordine naturale, talora avanzate attraverso il richiamo di dottrine religiose, di tradizionali

---

cit., 437-465; M. Moerings, *The Netherlands: Front Runners in Anti-discrimnation Laws*, in L.J. Moran, D. Monk, S. Baresford (eds.), *Legal Queeries. Lesbian, Gay and Transgender Legal Studies*, Cassell, London-New York, 1998, 125-138; M. Sanchez-Osorio, *The Road of Recognition and Application of the Fundamental Constitutional Right to Marry of Sexual Minorities in the United States, the Netherlands, and Hungary*, in 8 *ILSA Journal of International and Comparative Law*, 131 (2001); B. Faust, *Child Sexuality and Age of Consent Laws: The Netherland Model*, in 5 *Australasian Gay and Lesbian Law Journal*, The Federation Press, Auckland, 78-85 (1995).

[49] Tribunal Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 111-97-TC in *Registro Oficial*, Supplement, No. 203, Nov. 27, 1997.

costumi normativi o più semplicemente tramite affermazioni, spesso di stampo omofobico e sessista sin anche al limite dell'ingiurioso.

Nelle isole Figi, per esempio, numerose sono state le occasioni durante il triennio 1997-2000 in cui Governi insediati di destra, supportati da movimenti religiosi conservatori, hanno proposto la cancellazione dell'introdotto divieto di discriminazione in base all'orientamento sessuale (sez. 38 cost. Figi Islands), oppure emendamenti costituzionali che ne avrebbero neutralizzato senza equivoci la forza espansiva. Tra gli esempi storici figura il *Bill No. 2 of 1999*, volto a costituzionalizzare la definizione di matrimonio come "l'unione fra un uomo e una donna ad esclusione di ogni altro" e a specificare la conformità della disciplina penale in tema di "unnatural offences, indecent assaults, or indecent practices" con la sez. 38 cost. Figi. Sono occorsi ben otto anni affinché gli organi giudiziari dichiarassero l'incostituzionalità delle leggi penali locali criminalizzanti l'attività sessuale fra due maschi adulti e consenzienti (2005), e nessuna previsione è fatta, ad oggi, per l'avanzamento delle minoranze sessuali nei luoghi lavorativi o per il riconoscimento di formazioni familiari tra persone dello stesso sesso. Sull'avvenuta decriminalizzazione dell'attività sessuale fra adulti consenzienti dello stesso sesso è bene spendere qualche parola di più, perché, come vedremo, ciò ci consentirà di svolgere alcune considerazioni d'ordine sia metodologico che sostanziale.

Nonostante l'introduzione, nel 1997, della sez. 38 cost., le Figi mantennero in vigore le disposizioni penali in materia di "Reati contro natura" (sez. 175 *Penal Code*: "Unnatural Offences") e "Pratiche indecenti tra maschi" (sez. 177 *Penal Code*: "Indecent practices between males"), fattispecie che furono ereditate dalla storica tradizione moralizzatrice coloniale britannica[50]. La prima recitava che "[c]chiunque (a) abbia conoscenza carnale di una qualunque persona contro l'ordine di natura; o […] permetta ad un maschio di avere conoscenza carnale di lui o lei contro l'ordine di natura, è colpevole di reato, ed è soggetto al carcere per quattordici anni, con o senza punizione corporale". Con la seconda, invece, si prevedeva che "[o]gni maschio che, in pubblico o in privato, commetta atti indecenti

---

[50] B.R. Burg, *Sodomy and the perception of evil*, cit.

di sorta assieme ad un altro maschio, o induca un altro maschio a commettere atti indecenti con lui, o tenti d'indurre la commissione di tali atti da parte di un chiunque soggetto maschile con lui o con altri maschi, in pubblico o in privato, è colpevole di reato è soggetto al carcere per cinque anni, con o senza punizione corporale".

Le disposizioni in questione costituiscono in varia misura la trasposizione normativa di dottrine religiose, specialmente cristiane, che consideravano – e considerano – moralmente riprovevole ogni forma di attività sessuale non procreativa e/o al di fuori del vincolo coniugale, in quanto in contrasto con l'ordine naturale così come creato e/o voluto da Dio[51]. Entrambe le fattispecie penali erano qualificate dal *Penal Code* come "Reati contro la moralità" ("Offences against morality"), e continuarono ad essere applicate dai giudici nazionali nonostante l'entrata in vigore della sez. 38 cost. Figi. Risonante fu l'incriminazione di un cittadino figiano e del professore McCoskar, recatosi in loco per ragioni di vacanza, per avere consumato volontariamente rapporti sessuali sussunti dalla *Magistrate Court* sotto le sezz. 175 e 177 del *Penal Code*. Nota è altresì l'opinione del giudice investito della questione secondo cui il sesso gay "è qualcosa di così disgustoso da fare vomitare ogni persona per bene"[52], e che di certo ha controllato l'intero ragionamento giudiziale e rafforzato la considerazione del caso unicamente nei termini di pericolo morale. L'imprinting culturale segna i giudici, come esseri umani, sin dalla nascita – dapprima con il sigillo della cultura familiare, in seguito con quello delle comunità sociali, scolastiche, religiose, culturali d'appartenenza – e pervade i pensieri e le attività giudiziali. Ciò a riprova del fatto che la selezione sociologica e culturale delle idee obbedisce solo raramente a verità; questa, al contrario, è assai più spesso un'operazione rispondente a paradigmi mentali e culturali dati per veri perché mai sottoposti ad analisi e dibattito critici.

---

[51] M. Carden, *Sodomy: a history of Christian biblical myth*, London, Oakville, 2004; P. Pronk, *against nature? Types of moral argumentation regarding homosexuality*, Grand Rapids (Mich.), W.B. Eerdmans, 2004; J. Weeks, *Against nature: essays on history, sexuality, and identity*; London, Rivers Oram Press, 1991.

[52] Affermazioni riportate nelle cronache di settore sul sito http://www.365gay.com (consultato il 4 gennaio 2007).

In siffatto contesto è assai lodevole il *revirement* giudiziale del 26 agosto 2005, che vede il giudice Gerard Winter, a nome dell'Alta Corte di Suva, autore della dichiarazione d'incostituzionalità delle sezz. 175 e 177 del *Penal Code* in *McCoskar v. The State*[53]. Il caso riguarda l'appello del professore McCoskar avverso la sentenza di condanna della *Magistrate Court*, e offre spunti interessanti di riflessione sotto vari profili. La *Human Rights Commission* delle Figi argomenta dinanzi all'Alta Corte, in veste di *amicus curiae*, che la normativa impugnata eccede i limiti ponibili ai diritti costituzionali di privacy, eguaglianza e libertà da trattamenti degradanti, e che pertanto è invalida. D'altro canto, invece, le autorità statali sostengono che i richiamati diritti siano suscettibili di limitazioni per esigenze collegate all'interesse pubblico e alla morale, appellandosi a tal fine a valori cristiani richiamati espressamente nel Preambolo della costituzione nazionale. In secondo luogo, lo Stato sostiene che le sez. 175 e 177 siano neutre rispetto al genere e all'orientamento sessuale e che, anziché discriminare in ragione dell'orientamento sessuale o di una supposta preferenza, queste vietino certe condotte in virtù del contrasto con l'ordine naturale.

Articolate sono le argomentazioni avanzate dal giudice d'appello che supportano la dichiarazione d'incostituzionalità delle sezioni penali impugnate e che consentono al professor McCoskar di avere la meglio. Gerard Winter rigetta in primo luogo la tesi della neutralità della classificazione utilizzata. La lettera della sez. 177, infatti, enuncia espressamente che la condotta si riferisce ad attività sessuali fra persone di sesso maschile, lasciando impregiudicate condotte analoghe se avvenute tra donne o persone di sesso opposto. La lettera della sez. 175, poi, è discriminatoria in ragione del genere e dell'orientamento sessuale perché, pur non presentando alcuna connotazione sessuale diretta, la prassi applicativa non conosce casi di applicazione dei crimini contro natura nei confronti di attività sessuali eterosessuali. Dunque la sez. 177 è discriminatoria e lesiva dell'*equality provision* (sez. 38 cost. Figi Islands) perché di fatto gli interpreti selezionano le attività sessuali contro natura sulla base di

---

[53] *McCoskar v. The State* [2005] FJHC 500; HAA0085 & 86.2005 (26 August 2005).

un paradigma mentale sessista e omofobico, il quale finisce per installarsi nelle maglie della legge e nelle categorie concettuali culturalmente sensibili[54].

Il giudice figiano sostiene in seconda battuta l'incompatibilità della normativa impugnata poiché lesiva dei diritti fondamentali di privacy (sez. 37 cost. Figi Islands) ed eguaglianza, negandone la possibilità di una limitazione per soddisfare esigenze morali e/o religiose maggioritarie[55]. La costituzione statale è sicuramente permeata da valori religiosi cristiani, tanto che il Preambolo richiama fra gli eventi storici che hanno plasmato l'identità del popolo figiano "la conversione degli abitanti indigeni di queste isole dal paganesimo alla Cristianità tramite il potere del nome di Gesù Cristo", e l'art. 5 afferma che "[s]ebbene religione e stato siano separati, il popolo delle isole Figi riconosce che l'adorazione e la reverenza sono la fonte del buon governo e della leadership". Ciò nonostante – sottolinea acutamente il giudice – il Preambolo afferma anche l'aspirazione futura ad avere diritti e libertà fondamentali protetti tramite l'adesione alla *rule of law* e il rispetto della dignità umana, ed "[è] dunque importante notare che sebbene la Cristianità fondi *molti dei valori* nelle Figi, noi siamo uno stato laico influenzato dalla Cristianità, ma non predominato da questa. La Costituzione riconosce l'influenza di molte fedi e credenze. Ciò è semplicemente il riflesso dell'eredità multiculturale di questa nazione. Deve rifiutarsi la tesi statale che vuole la Costituzione delle Figi fondata unicamente su valori Cristiani"[56].

La massima del giudice Winter è significativa non solo perché nella sostanza nega la ragionevolezza e giustificatezza delle operazioni ermeneutiche che universalizzano concezioni maggioritarie – ma in ogni caso parziali – di stampo religioso, e/o morale, e/o tradizionale dei valori in gioco, imponendoli anche alla minoranza anti-

---

[54] Sul punto si v. ampiamente S. Vogen, *Against nature: the concept of nature in critical theory*, Albany, Albany State University of New York Press, 1996.

[55] La sez. 37 cost. Figi Islands dispone in tema di privacy che "(1) [e]very person has the right to personal privacy, including the right to privacy of personal communications. (2) The right set out in subsection (1) may be subjected to such limitations prescribed by law as are reasonable and justifiable in a free and democratic society".

[56] *McCoskar v. The State*, cit.

conformista. Questa è significativa anche perché mostra alcuni possibili strumenti e tecniche che consentono di mettere in discussione radicati paradigmi culturali e mentali e crearne altri che, per quanto certamente perfettibili nel tempo e in presenza di mutate circostanze, rispondono ad un livello di elaborazione critica più complesso, razionale ed inclusivo. Fra questi strumenti e tecniche il giudice ne illustra almeno quattro, fra loro utilizzabili (anche in modo combinato) nell'interpretazione dei diritti fondamentali: (a) l'analisi sistematica dei disposti costituzionali interessati, "ma in un contesto che include la storia e le circostanze passate di adozione della Costituzione"[57]; (b) l'analisi dei diritti fondamentali in modo da "dar loro un'interpretazione estesa e propositiva in guisa da assicurare che sotto il diritto supremo [della costituzione] c'è sempre solo un legittimo esercizio del potere governativo e una pedissequa protezione dei diritti e delle libertà individuali"[58]; (c) l'analisi del diritto internazionale e della relativa giurisprudenza, anche laddove – come nel caso della tradizione giuridica delle Figi e, più in generale, dell'area australiana[59] – la ratifica di convenzioni internazionali in materia di diritti non crea veri e propri obblighi giuridici per lo Stato, ma una "semplice aspettativa legittima all'esercizio della discrezionalità legislativa in accordo col trattato"[60]; (d) l'analisi comparata della giurisprudenza straniera, e soprattutto di quella sudafricana che – come vedremo – già in precedenza si era trovata a valutare la compatibilità costituzionale di *sodomy law* in rapporto ai disposti di eguaglianza (o, meglio, ad un analogo modello di protezione delle minoranze sessuali), privacy e dignità umana inaugurando approcci ermeneutici innovativi[61].

---

[57] *Ibidem*

[58] *Ibidem*

[59] D. Hovell, G. Williams, *A tale of two systems: the use of international law in constitutional interpretations in Australia and South Africa*, in 29 *Melb. U. L. Rev.* 95 (2005).

[60] *McCoskar v. The State*, cit.

[61] *Ibidem*: "I do not rank the rights of privacy and equality in any descending order of value. I adopt the view propounded by Sachs J. in the Coalition Case […] that the rights to equality and privacy cannot be separated here because they are both violated simultaneously by these laws".

L'attivazione combinata delle menzionate vie interpretative persuade il giudice a dichiarare l'incostituzionalità delle fattispecie penali alla luce di una nuova e mutata consapevolezza. "Tutte le parti di questo appello" – afferma Winter – "riconoscono che c'è una forte componente di genuina e sincera convinzione, condivisa da un vasto numero di membri responsabili della comunità figiana, che guarda alla decriminalizzazione della condotta omosessuale come una seria minaccia alla struttura morale della società. L'esistenza di tali convinzioni diffuse tra questi importanti settori della società è certamente rilevante ai fini dell'interpretazione della costituzione. Coloro che concepiscono come amorale l'omosessualità possono essere scioccati, offesi o turbati da condotte omosessuali svolte in privato, ma tutto ciò non può di per sé conferire validità a norme incostituzionali. Il caso in questione concerne l'aspetto più intimo della vita privata. Pertanto devono esserci ragioni particolarmente stringenti prima che lo Stato o la comunità possano interferire nell'esercizio del diritto individuale alla privacy"[62]. Il diritto fondamentale alla privacy è "così importante in una società aperta e democratica da non potersi consentire all'argomento morale di oltrepassare l'invalidità costituzionale"[63].

L'idea di società aperta e democratica implica dunque, ad un tempo, il riconoscimento della differenza e l'assenso ad un paradigma mentale più ampio e plausibile, davvero capace di argomentare l'universalità di valori quali dignità umana, eguaglianza e libertà tramite costruzioni teoriche razionali, inclusive del diverso e recettive dell'inatteso. Un accettabile paradigma interpretativo dei diritti fondamentali deve chiarire e rivelare i differenti modi di esprimere l'umanità insita in tutti gli individui, piuttosto che occultarla ed accecarla. Questo è ciò che sembra trapelare dalle parole conclusive di Winter, laddove ribadisce che "[c]iò che la costituzione richiede è che il diritto riconosca la differenza, affermi a dignità e consenta l'eguale rispetto di tutti i cittadini così come sono. L'accettazione della differenza celebra la diversità. *L'affermazione della dignità individuale offre rispetto all'intera società.* La promozione dell'egua-

---

[62] *Ibidem*
[63] *Ibidem*

glianza può essere una fonte di vitalità interattiva. Lo Stato che accoglie la differenza, la dignità e l'eguaglianza non incoraggia cittadini senza il senso del bene o del male ma piuttosto crea una società forte costruita su relazioni improntate alla tolleranza e il rispetto salutare della *rule of law*"[64].

3.2. *La tutela implicita riconosciuta: Canada*

Il silenzio normativo antecedente all'innovazione sudafricana e tuttora presente in molti *Bill of Rights* o testi costituzionali vigenti, diversi rispetto a quello dei paesi sopra menzionati appare particolarmente grave. Il mancato riconoscimento del diritto fondamentale al libero orientamento sessuale, a sua volta espressione di un più ampio diritto alla libertà di genere, implica, infatti, inevitabilmente il sacrificio di altri diritti come dignità umana, libertà personale, privacy, libertà di espressione del pensiero e di associazione, e altri ancora, del tutto similmente a quanto è avvenuto per altre forme discriminatorie perpetrate in ragione di analoghi fattori stigmatizzanti. L'inclusione dell'orientamento sessuale tra i fattori di non-discriminazione non può pertanto essere intesa come l'assegnazione di uno *status* speciale ad alcune categorie soggettive. Questo *trend* esprime piuttosto la giustificata necessità di assegnare alle minoranze sessuali uno *status* comparabile a quello dei gruppi identificabili per ragione della razza, sesso, lingua, religione, eccetera. Tanto più, appunto, che l'adeguamento costituzionale e internazionale al principio di non discriminazione in ragione dell'orientamento sessuale è in ogni caso imposto sia dall'interpretazione universalista del precetto d'eguaglianza – nel caso in cui la posta in palio sia costituita da diritti fondamentali – sia dal riconoscimento in sé e per sé delle tradizionali sfere di libertà già riconosciute.

In molti ordinamenti si è tentato di supplire alla mancanza di un'espressa adesione ai valori antisessisti e/o alla non esplicitazione dell'orientamento sessuale fra i fattori vietati di discriminazio-

---

[64] *Ibidem.*

ne persuadendo le Corti ad interpretare i documenti costituzionali di riferimento in chiave assiologica progressista ed evolutiva, ma gli esiti mostrano un panorama giuridico dai contorni disomogenei e talvolta contraddittori. Nell'ordinamento federale degli Stati Uniti, ad esempio, il tentativo di qualificazione delle differenziazioni di trattamento fondate sull'orientamento sessuale nei termini di "suspect classification" non ha condotto ad esiti giurisprudenziali certi ed univoci[65], in netto contrasto col *lay of the land* del confinante Canada, per molti aspetti appartenente ad una tradizione giuridica assimilabile. Con *Egan v. Canada*[66], infatti, la Corte Suprema canadese ha definitivamente riconosciuto l'orientamento sessuale come fattore di discriminazione analogo (*analogous ground*) a quelli espressamente vietati nella sez. 15(1) della Carta dei Diritti e delle Libertà canadese (1982). Da ciò è disceso l'assoggettamento di ogni distinzione normativa fondata sull'orientamento sessuale alla sez. 1 della Carta, sicché può ritenersi costituzionalmente compatibile solo quella differenziazione giustificabile nei termini di "limite ragionevole" nel contesto di una società libera e democratica.

Il precedente canadese è importante perché dimostra come sovente i sistemi che non menzionano l'orientamento sessuale in nessuna parte del testo costituzionale, e che tuttavia sono improntati ai tradizionali valori del costituzionalismo democratico, passino dal modello di tutela implicita *tout court* delle minoranze sessuali al modello di tutela implicita riconosciuta, nel senso di salvaguardia non scritta, ma in ogni caso affermata dal diritto vivente, a prescindere da novelle ed emendamenti costituzionali la cui approvazione

---

[65] E. Gerstmann, *The constitutional underclass. Gays, lesbians and the failure of class-based equal protection*, The University of Chicago Press, Chicago-London, 1999. Si rammenta che la giurisprudenza della Corte Suprema americana sul XIV Emendamento assoggetta le distinzioni sospette – ovvero quelle che rivestono maggiore pregnanza sociale, come quelle fondate sulla razza, religione, etnia, origine nazionale, nonché quelle che incidono sul godimento di diritti fondamentali – a un penetrante sindacato (*strict scrutiny*) e a una forte presunzione sfavorevole alla legge, indi a un pesante onere della prova a carico *della parte* che ne afferma la validità. In particolare, si assolve l'onere della prova dimostrando due elementi: (a) lo stringente interesse pubblico (*compelling state interest*), e (b) un nesso di assoluta necessità tra mezzi impiegati e fine perseguito (*narrowly tailored*).

[66] [1995] 2 S.C.R. 513.

si è rivelata spesso politicamente molto difficile. I valori di dignità umana, eguaglianza e libertà, infatti, implicano necessariamente la protezione di un diritto al libero orientamento sessuale che ad un tempo presuppone ed include il diritto a non subire ingiuste discriminazioni in ragione dell'orientamento sessuale, e che le Corti del mondo in tempi recenti tendono ormai ad affermare e riconoscere senza ambiguità in maniera simile al Canada. È il caso, fra gli altri, di Irlanda[67] e Olanda[68].

3.3. *La tutela implicita non riconosciuta: Usa*

Esistono realtà costituzionali in cui le minoranze sessuali non sono mai state riconosciute come un gruppo pienamente legittimato e in cui, tuttavia, l'universalità dei diritti fondamentali e l'adesione ai valori di dignità umana, eguaglianza e libertà non ne impedirebbero l'inclusione. In questi casi le minoranze sessuali non possono fare affidamento su un principio certo e generale di diritto vivente che obbliga gli organi pubblici ad adottare un paradigma normativo neutrale rispetto all'orientamento sessuale, né possono appellarsi ad un incontestabile e articolato diritto fondamentale al libero orientamento sessuale. Questo non implica, tuttavia, che ai gruppi sessuali minoritari sia negata qualunque forma di tutela, né che a questi sia negato l'esercizio dei più basilari diritti fondamentali. Spesso, al contrario, le comunità sessuali minoritarie hanno ottenuto riconoscimenti parziali, dovendo tuttavia ricorrere ad *escamotage* argo-

---

[67] La Corte Suprema dichiarò, nel 1997, che "the forms of discrimination which are, presumptively at least, prescribed by artiche 40.1 are not particularised: manifestly, they would extend to classifications based on sex, race, language, religious or political opinion": M. Bell, *Ireland*, in Aa.Vv., *Combating sexual orientation discrimination in employment*, cit., 251.

[68] La Corte d'Appello di Amsterdam ha ritenuto l'orientamento sessuale un fattore analogo di discriminazione vietato dalla Costituzione olandese (1983): K. Waaldijk, *The Netherlands*, in Aa.Vv., *Combating sexual orientation discrimination in employment*, cit.; cfr. anche M. Moerings, *The Netherlands: Front Runners in Anti-discrimnation Laws*, in *Legal Queeries. Lesbian, Gay and Transgender Legal Studies*, L.J. Moran, D. Monk, S. Baresford (eds..), Cassell, London-New York, 1998, 125-138.

mentativi che solo mediatamente salvaguardano le minoranze discriminate.

Negli Stati Uniti, ad esempio – così come in altri ordinamenti equiparabili – si è cercato di persuadere le Corti che le differenziazioni fondate sull'orientamento sessuale sono in realtà forme di discriminazione fondate sul sesso, e/o sul genere, e/o sullo *status* familiare, e/o sull'età. Ciò al fine di estendere anche alle prime il regime giuridico generale applicabile per le seconde, ovverosia per estendere l'ambito oggettivo di applicazione di un divieto di discriminazione già contemplato in costituzione. Altre volte si è preferito richiamare l'attenzione delle Corti su specifiche previsioni di libertà già riconosciute, da sole o in combinato disposto col principio di eguaglianza. Ci si è avvalsi principalmente del diritto alla privacy, al matrimonio, alla dignità umana, alla libera manifestazione del pensiero, per dichiarare incostituzionali trattamenti che, direttamente o indirettamente, escludevano coloro che sposavano un gusto sessuale minoritario dall'esercizio di un diritto fondamentale.

L'avanzamento dei *gay rights* nel contesto statunitense è dipeso da vari fattori. Il quadro costituzionale di riferimento, gli sviluppi del diritto vivente, il tipo di diritto rivendicato sono tutti elementi che hanno militato a favore o contro l'estensione alle minoranze sessuali di specifici trattamenti normativi. Deve tuttavia riconoscersi come la tavola dei valori utilizzata dai giudici, o meglio la loro concezione, abbia a monte determinato la selezione delle operazioni dominanti nell'interpretazione del *Bill of Rights*, in guisa da divenire paradigmi nascosti sotto la logica e meccanismi che selezionano le operazioni logiche che diventano al contempo preponderanti, pertinenti ed evidenti sotto il suo dominio. La concezione dei valori costituzionali ha dunque segnato profondamente gli esiti delle vicende processuali, perché hanno orientato l'attività ermeneutica dei giudici e giustificato le logiche sottese di inclusione-esclusione, affermazione-negazione, riconoscimento-disconoscimento, congiunzione-disgiunzione.

In proposito Samar riconosce acutamente che "i *gay rights* sono diritti eguali disponibili a tutti. Infatti, ciò che attribuisce ai *gay rights* il loro nome è che molti dei diritti rivendicati dalle persone omosessuali esistono già per gli eterosessuali. Il punto è che le questioni relative ai *gay rights* sono state interpretate in modo tale da

generare l'apparenza che o i gay allo stato attuale hanno già tali diritti ma hanno scelto di non esercitarli, come nello sposare qualcuno dello stesso sesso, o che nessuno gode di tali diritti, come il lamentato diritto a intrattenere rapporti sodomitici privati con persone dello stesso sesso. Ma queste costruzioni sono operazioni di facciata, che creano confusione più che illuminare la realtà. Nascondono il fatto che interessi eterosessuali del medesimo tipo sono già riconosciuti per mezzo di istituti giuridici esistenti. Se si sottopongono queste obiezioni di facciata ad analisi diviene evidente che molte richieste di gay e lesbiche sono diritti eguali che non sono stati loro riconosciuti. In tal senso, questi diritti non sono dei diritti speciali"[69].

Il *Bill of Rights* statunitense, oltre ad essere uno dei più vecchi ed influenti al mondo, ha dato occasione alla Corte Suprema federale di esprimersi su un elevato numero di casi concernenti la discriminazione fondata sull'orientamento sessuale. Gli esiti della *constitutional litigation* – che Samar sottolinea essere molto spesso limitati, se non deludenti – hanno tuttavia inciso sia sulla giurisprudenza costituzionale dei singoli Stati membri della federazione, sia sull'interpretazione e sviluppo di altri sistemi appartenenti a modelli equiparabili, incluso il sistema di protezione internazionale degli *human rights*. Il mancato riconoscimento di un principio generale che vieti a livello federale le discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale ha inoltre segnato, a vari livelli, l'incertezza e la parzialità del regime giuridico di protezione delle minoranze sessuali. L'incerto *status* giuridico delle minoranze sessuali contribuisce a segnarne pesantemente la condizione di vulnerabilità, cui, per lo meno, il legislatore statunitense avrebbe dovuto (e dovrebbe) prestare sensibilità e interesse adottando misure idonee a creare un ambiente facilitante.

Certamente una deliberazione politica che costituzionalizzi l'orientamento sessuale sarebbe il rimedio auspicabile. Tuttavia, l'esperienza statunitense mostra come la realizzazione di tale eventualità sembri ancor più difficile ed improbabile di un ipotetico riconoscimento giurisprudenziale dell'orientamento sessuale tra i fattori sospetti di clas-

---

[69] V.J. Samar, *"Family" and political Landscape for Lesbian, Gay, Bisexual and Transgender People (LGBT): Gay-Rights as a Particular Instantiation of Human Rights*, in 64 *Albany Law Review* 990 (2001).

sificazione – la cui costituzionalità, rispetto all'*Equal Protection clause* del XIV Emendamento, richiederebbe il superamento dello *strict scrutiny*. Mentre la via legale o contenziosa implica il persuadere le sedi giudiziarie, quali organi terzi e formalmente estranei al circuito politico, che specifici trattamenti discriminatori realizzano la violazione di diritti umani fondamentali già riconosciuti, la via politica richiede lo schieramento e la presa di posizione del legislatore in questioni in cui la posta in gioco è quanto meno delicata, siccome intrisa di profili etico-morali, religiosi e culturali. E il legislatore, esonerato dall'obbligo di motivazione delle scelte politiche, preferisce di norma conservare lo *status quo*, evitando di imbattersi in questioni che potrebbero determinare una perdita di consensi maggiore rispetto a quelli che, viceversa, andrebbe ad acquisire[70].

Sotto quest'ultimo versante, anzi, l'esperienza statunitense non solo conferma la tendenza diffusa all'inerzia legislativa in materia di orientamento sessuale; questa rivela altresì una singolare propensione ad attivare il meccanismo della revisione costituzionale a fini apertamente discriminatori, mostrando un'attitudine culturale e politica all'apertura e alla tolleranza della diversità sessuale ben differente da quella sudafricana. Si pensi alla riproposizione, il 24 gennaio 2005, del *Federal Constitutional Marriage Amendment*, per iniziativa del senatore repubblicano Wayne Allard, il quale stabilirebbe che "il matrimonio negli Stati Uniti consiste solo nell'unione di un uomo e una donna. Né questa Costituzione, né la costituzione di ogni altro Stato, possono essere interpretate nel senso di richiedere che il matrimonio o i relativi benefici legali vengano conferiti a unioni diverse dall'unione di un uomo e una donna"[71]. Oppure si pensi

---

[70] P.A. Cain, *Rainbow Rights. The Role of Lawyears and Courts in the Lesbian and Gay Civil Rights Movement*, Westview Press, Boulder, 2000.

[71] S.J. Res. 1, A joint resolution proposing an amendment to the Constitution of the United States relating to marriage (January 24, 2005). Il *Federal Marriage Amendment* (FMA) è stato redatto nel luglio 2001 dall'organizzazione *Alliance for Marriage* sotto l'assistenza del giudice Robert Bork e di altri conservatori, e presentato per la prima volta alla Camera dalla repubblicana Marilyn Musgrave nel 2002, in una formulazione fatta di due enunciati: "1. Marriage in the United States shall consist only of the union of a man and a woman. 2. Neither this constitution or the constitution of any state, nor state or federal law, shall be construed to require that marital status or the legal incidents thereof be conferred upon unmar-

all'Emendamento 2 (1992) inserito nella costituzione del Colorado – dichiarato incostituzionale dalla Corte Suprema federale con *Romer v. Evans* [72] – col quale si disponeva che "[n]é lo Stato del Colorado tramite alcuna delle sue articolazioni o dipartimenti, né alcuna delle sue agenzie, suddivisioni politiche, municipalità o distretti scolastici, possono emanare, adottare o applicare regolamenti, ordinanze o atti amministrativi laddove l'orientamento, la condotta, le pratiche o relazioni omosessuali, lesbiche e bisessuali costituiscano o comunque siano la base per legittimare una persona o una classe di persone a rivendicare qualunque beneficio riconosciuto alle minoranze, quote di preferenza, condizioni protette o il diritto a non subire discriminazioni. Questa Sezione della Costituzione è auto-applicativa in tutti i suoi aspetti".

3.3.1. *(Segue:) Italia*

In Italia manca un intervento positivo dello Stato che si estrinsechi in una legge di rango costituzionale che metta al riparo gli individui omosessuali e bisessuali dalla discriminazione condotta a motivo dell'orientamento sessuale, in ogni ambito sociale[73]. Alcune iniziative sono state intraprese a tal fine, ma a tutt'oggi esse non hanno

---

ried couples or groups". Nel marzo 2004 (H.J. Res. 106 (108th Congress 2004) e S.J. Res. 40 (108th Congress 2004)) Ms. Musgrave ha modificato il secondo periodo dell'Emendamento prevedendo in definitiva che "Marriage in the United States shall consist only of the union of a man and a woman. Neither this Constitution, nor the constitution of any State, shall be construed to require that marriage or the legal incidents thereof be conferred upon any union other than the union of a man and a woman". Si è introdotta così una prima proposizione definitoria, volta a salvaguardare il valore tradizionale della famiglia e dell'istituzione del matrimonio, ed un secondo enunciato applicativo, diretto a restringere il potere delle Corti di interpretare la Costituzione federale e quelle statali in favore dell'*equal protection* delle coppie dello stesso sesso. Tuttavia, venendo meno il riferimento alla legislazione statale e federale, sembra possibile per il legislatore o per il corpo elettorale assumere iniziative dirette a riconoscere le unioni civili omosessuali, sebbene la questione non sia del tutto pacifica (Fonte: *Federal Marriage Amendment*, in http://en. wikipedia.org/wiki/ Federal_Marriage_Amendment).

[72] *Romer v. Evans* 517 U.S. 620 (1996).

[73] La legge 205/1993 (cd. legge Mancino) vieta ogni forma di discriminazione razziale, ma non include alcun riferimento all'orientamento sessuale; diversa conclusione vale per settori particolari quali il lavoro, dove il legislatore italiano è

avuto corso, riducendo l'Italia a fanalino di coda in tema di diritti positivi degli omosessuali[74]. L'inerzia parlamentare non è stata supplita nemmeno da un particolare attivismo della giurisprudenza costituzionale, la quale non hai mai riconosciuto la copertura costituzionale dell'orientamento sessuale.

Il punto di partenza per sostenere il riconoscimento implicito delle minoranze sessuali è dato dall'art. 2 della Costituzione, laddove "riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità,

---

intervenuto per tracciare una precisa disciplina antidiscriminatoria con il D. Lgs. 216/2003.

[74] Proposta di legge costituzionale n. 605 d'iniziativa dei deputati Grillini e altri – Modifica dell'art. 3 della Costituzione, 7/6/2001 (in http://www.camera.it/_dati/leg14/lavori/stampati/sk1000/frontesp/0605.htm); proposta di legge costituzionale n. 657 d'iniziativa dei deputati De Simone e altri – Modifica dell'art. 3 della Costituzione, 8/6/2001 (in http://www.camera.it/_dati/leg14/lavori/stampati/pdf/14PDL0005560.pdf); disegno di legge costituzionale n. 306 d'iniziativa dei senatori Malabarba e altri – Modifica dell'art. 3 della Costituzione, 25/6/2001 (in http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?leg=14&id=00014304&tipodoc=Ddlpres &modo=PRODUZIONE). Non mancano nemmeno disegni di legge ordinaria in materia di orientamento sessuale: disegno di legge Salvato, normativa antidiscriminatoria, n. 2147 presentato al Senato il 25 febbraio 1997, http://www.gaynews.it/view.php?ID=5704; proposta di legge Soda e altri (DS e FI) su unioni affettive e antidiscriminatoria presentata alla Camera il 10 marzo 1998, http://www.gaynews.it/view.php? ID=5703; proposta di legge n. 635 d'iniziativa dei deputati Vendola e altri – Modifiche al decreto-legge 122/1993 convertito, con modificazioni, dalla L. 205/1993, 7/6/2001 (in http://www.camera.it/_dati/ leg14/lavori/stampati/sk1000/frontesp/0657.htm); proposta di legge n. 715 d'iniziativa dei deputati De Simone, Vendola e altri – Norme contro la discriminazione motivata dall'orientamento sessuale, 12/6/2001 (in http://www.camera.it/ _dati/leg14/lavori/stampati/sk1000/frontesp/0715.htm); disegno di legge n. 303 d'iniziativa dei senatori Malabarba e altri – Norme contro la discriminazione motivata dall'orientamento sessuale, 25/6/2001 (in http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?leg=14&id=000 17732&tipodoc=Ddlpres&modo=PRODUZIONE); proposta di legge regionale n. 417 (Consiglio regionale del Piemonte) – Applicazione del principio del divieto di discriminazione nelle materie di competenza regionale (7a legislatura), 29/04/2002 (in http://arianna.consiglio regionale.piemonte.it/base/progetti/a7417a.html); proposta di legge n. 2755 d'iniziativa dei deputati Grillini, De Simone e altri – Norme contro le discriminazioni motivate dall'orientamento sessuale, 15/5/2002 (in http://www.camera.it/_dati/leg14/lavori/stampati/sk3000/frontesp/2755.htm); proposta di legge n. 4389 d'iniziativa dei deputati Titti De Simone e altri – Modifiche al decreto legislativo 9 luglio 2003, n. 216 recante attuazione della direttiva 2000/78/CEE, 16/10/2003 (in http://www.camera.it/_dati/leg14/lavori/stampati/pdf/14PDL 0051330.pdf).

e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale". L'art. 2 cost. è stato riconosciuto dalla Corte di Cassazione come "precetto nella sua più ampia dimensione di clausola generale, «aperta» all'evoluzione dell'ordinamento e suscettibile, per ciò appunto, di apprestare copertura costituzionale ai nuovi valori emergenti della personalità, in correlazione anche all'obiettivo primario di tutela 'del pieno sviluppo della persona umana', di cui al successivo art. 3 cpv"[75].

---

[75] Cassazione Sezione Terza Civile, n. 5658 del 9 giugno 1998, §2.4. Parlano di norma a fattispecie "aperta" A. Barbera, F. Cocozza, G. Corso, *Le libertà dei singoli e delle formazioni sociali*, in G. Amato, A. Barbera (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Il Mulino, Bologna, 1997, 223. Parzialmente divergente il punto di vista di Paolo Barile (P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1984, 56), secondo cui l'art. 2 avrebbe "la sola – anche se fondamentale – funzione di *conferire il crisma dell'inviolabilità* ai diritti *menzionati* in costituzione: diritti peraltro da identificare […] non solo in quelli dichiaratamente enunciati in costituzione, ma anche in quelli ad essi *conseguenti*". Pietro Perlingieri sostiene che "nel nostro ordinamento esiste una atipicità di contenuto di tutela della persona umana" ricavabile dalla clausola generale di cui all'art. 2 Cost. (P. Perlingieri, *Sulla famiglia come formazione sociale*, in P. Perlingieri (a cura di), *Rapporti personali nella famiglia*, Jovene, Napoli, 1982, 39). Alla voce enciclopedica "diritti della personalità", curata da Davide Messinetti (D. Messinetti, *Personalità (diritti della)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXIII, Giuffrè Editore, Milano, 1983, 373), si legge l'avvicinabilità dell'art. 2 alle libertà fondamentali sancite dalla Costituzione agli artt.13, 14, 15 e 21, poiché in base al primo godono di protezione giuridica "anche aspetti di contenuto elementare, i quali, benché non tradotti in specifici comandi legislativi, pur tuttavia manifestano un grado di rilevanza etica e sociale sufficiente perché vengano assunti in quel valore giuridico generale della persona". Per ogni approfondimento sulla questione, si rinvia al saggio di A. Barbera, *Commento all'art. 2 Cost.*, in G. Branca (a cura di) *Commentario della Costituzione, artt.1-12, Principi fondamentali*, Zanichelli, Bologna, 1975, 65 ss.: l'A. fa riferimento alla "concezione unitaria di persona" e propende non solo per l'inclusione nell'art. 2 Cost. di tutta una serie di diritti soggettivi non enumerati, ma anzi fa da esso derivare l'esigenza di "abbandono dello schema del diritto soggettivo", criticando tuttavia la "tentazione di pervenire alla costruzione di un diritto unico della personalità". Qualche considerazione aggiuntiva è mossa da Antonio Ruggeri (A. Ruggeri, *"Nuovi" diritti fondamentali e tecniche di positivizzazione*, in *Politica del diritto*, 1993, 2, 183 ss.) il quale, considerando l'art. 2 una fattispecie aperta, ritiene che i "nuovi" diritti fondamentali, ricavabili per "estrazione" dal testo costituzionale, in quanto ad esso "agganciati" godrebbero di rango costituzionale e in caso di conflitto con altri diritti costituzionalmente tutelati andrebbero sottoposti all'esame del bilanciamento dei valori per stabilirne la prevalenza. Sul punto, precisa meglio Antonio D'Aloia che "non sono diritti «nuovi», fondati su incerti referenti valoriali 'esterni' al dato costituzionale, ma nuove formulazioni, nuove proiezioni (di interessi, istanze, manifestazioni identitarie) di un materiale che è *sempre* e *pienamente*

L'orientamento sessuale può essere considerato attinente alla *personalità* dell'individuo e quindi rientrante nella garanzia offerta dall'art. 2 Cost. ai diritti della personalità, mettendo in discussione e rimodellando la sua concezione di *normalità* e *naturalità* giuridica. Allo stesso modo, esso può essere inteso come "condizione personale", e quindi come caratteristica intrinseca dell'identità individuale propria della condizione omosessuale, che non può costituire fattore di differenziazione dei cittadini "davanti alla legge" ai sensi dell'art. 3, c. 1, cost. L'interpretazione costantemente accompagnata all'art. 3 cost. ha evidenziato la necessità del rispetto e della tutela della diversità quale espressione anche del principio pluralistico, sia a livello ideologico che a livello istituzionale[76]. Pertanto, il nostro Paese necessita di dotarsi di strumenti di diritto volti a garantire ciò che in Costituzione è già sancito: la promozione della persona umana e la garanzia del suo libero svolgimento, anche quando essa sia omosessuale, e per questo indebitamente sacrificata.

4. *La tutela a più livelli delle minoranze sessuali*

In origine il dibattito sui diritti dell'uomo nacque nell'ambito della cruciale questione del rapporto tra individuo e potere, ritenendosi che la loro tutela presupponesse una limitazione del potere statale da mettersi in atto, sul piano interno, con le costituzioni nazionali. La Dichiarazione d'indipendenza americana del 4 luglio 1776 riveste un valore emblematico, così come la Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino francese del 26 agosto 1789 che, al suo art. 16, dispone che "ogni società nella quale non sia assicurata la

---

riconducibile alla Costituzione nel suo 'volto' positivo ed espresso, nel suo essere *forma* che tuttavia presuppone (e perciò *riconosce*) una *sostanza* fluida e naturalmente espansiva, in quanto ha a che fare con i bisogni umani, e con quello che la Corte Costituzionale, in una recentissima sentenza (la n. 494 del 2002) nella quale ha tematizzato un diritto allo *status filiationis* (dei figli incestuosi) direttamente collegato al combinato disposto degli artt. 2 e 3 (diritti inviolabili e dignità sociale), ha definito «l'incerto mestiere del vivere»" (A. D'Aloia, *Introduzione. I diritti come* immagini in movimento, in A. D'Aloia (a cura di), *Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, Giuffrè Editore, Milano, 2003, XVIII).

[76] E. Rossi, *L'Europa e i gay*, in *Quaderni Costituzionali*, 2000, 2, 405.

garanzia dei diritti, né determinata la separazione dei poteri, non ha costituzione". Questi testi hanno in comune la pretesa universalista ed il richiamo ad un fondamento razionale per i diritti che garantiscono agli individui e che, a sua volta, il potere pubblico sarebbe tenuto a rispettare[77].

È l'incapacità di salvaguardare efficacemente le libertà fondamentali, dimostrata dalle costituzioni liberali europee del periodo tra le due guerre mondiali, a palesare la necessità di un innalzamento della garanzia[78]. Sotto quest'aspetto, il fenomeno dell'internazionalizzazione dei diritti umani risponde eminentemente all'esigenza di creare un'esteriorità del diritto rispetto al potere, al punto di modificare anche le frontiere materiali della sovranità statale. Se si parte da una percezione univoca fondata sulla sostanza classicamente attribuita alla sovranità – intesa, questa, come qualità consustanziale e specifica dello stato che designa un potere supremo, assoluto e illimitato (si guardi *in primis* al potere costituente) – ci si accorge facilmente di un'antinomia tra sovranità e diritti dell'uomo. In tal modo si fa strada l'idea che lo sviluppo della protezione dei diritti umani, in direzione internazionale, sia necessariamente tributaria di una limitazione della sovranità statale. Di qui la *vexata quaestio* che consiste nel domandarsi se la sovranità sia, in circostanze simili, autolimitata o eterolimitata, anche perché i diritti dell'uomo non si limitano a rappresentare delle norme giuridiche supplementari ma traducono valori etici che si vogliono trascendenti. Sotto tale punto di vista, ad esempio, è plausibile ritenere il potere costituente, inteso come attività sovrana statale paradigmatica, realmente assoluto, illimitato, e supremo?

Hélène Ruiz Fabri ha notato che i tipi di limitazione che la sovranità statale può subire in nome dei diritti dell'uomo sono svariati, specie se si compie la distinzione tra le limitazioni volute o accettate, fra limitazioni non volute o alle quali non si può resistere. Anche i livelli di limitazione sono variabili, a seconda che lo Stato sia o meno spogliato della sue competenze o che il loro esercizio sia semplice-

---

[77] G. de Vergottini, *Diritto costituzionale*, Cedam, Padova, V ed., 2006, 2 ss.

[78] C. Zanghì, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, Giappichelli Editore, Torino, 2002, *passim*.

mente condizionato, ma anche in funzione delle tecniche giuridiche impiegate e dall'esistenza o meno di meccanismi internazionali di controllo e/o di verifica del rispetto degli obblighi[79]. Di là dai singoli distinguo che qui non è utile prendere in disamina, prevale l'opinione secondo cui una convenzione internazionale può introdurre "una restrizione all'esercizio dei diritti sovrani dello Stato, nel senso [di imporre] a tale esercizio una direzione determinata"[80]. Un'analisi sistematica mostra che la maggior parte degli Stati ha assunto diversi obblighi in materia di diritti umani, e si trova quindi invischiata in una rete normativa le cui maglie possono essere abbastanza strette, e comportare degli strumenti di applicazione regionale o mondiale, generale o categoriale. E sebbene da ciò scaturisca una sorta di effetto di accumulazione (salvo ridondanze e livelli variabili d'impegno), tuttavia la facoltà di assumere degli obblighi convenzionali è pur sempre sussumibile nel concetto di sovranità statale, sicché, ciò considerato, lo Stato non parrebbe subire forti diluizioni di sovranità.

Conclusioni diverse, invece, possono raggiungersi se si considera che oltre agli obblighi assunti tramite patti, allo Stato si sommano anche quelli taciti, sicché gran parte dei principi convenzionali in tema di diritti umani sono riconosciuti dalle nazioni civilizzate come principi obbligatori a prescindere dalla manifestazione di volontà statale al riguardo, come diritto internazionale consuetudinario. Anche la Corte di Cassazione italiana in una recente sentenza ha precisato che i diritti fondamentali della persona trovano la loro garanzia in "norme inderogabili che si collocano al vertice dell'ordinamento internazionale, prevalendo su ogni altra norma, sia di carattere convenzionale che consuetudinario [*jus cogens*] […] e, quindi, anche su quelle in tema di immunità[81]". Pertanto, la stessa Corte ha desunto, richiamando debitamente l'art. 10 cost. italiana, che l'immunità dello stato straniero dalla giurisdizione civile italiana non opera in presenza di comportamenti di estrema gravità che si configurano, in

---

[79] H. Ruiz Fabri, *Diritti dell'uomo e sovranità dello Stato: le frontiere sono state sostanzialmente ridefinite?*, in *Ragion Pratica*, 2004, 22, 55.

[80] *Ibidem*, 56; l'A. cita i *dicta* della Corte permanente internazionale di giustizia espressi nel caso *Vapeur Wimbledon*, 17 agosto 1923.

[81] Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, sent. N. 5044 dell'11 marzo 2004, § 9.

forza di norme consuetudinarie internazionali, quali crimini internazionali lesivi di valori universali. La Cassazione ha riconosciuto che "[i]l rispetto dei diritti inviolabili della persona umana ha invero assunto, ormai, il *valore* di principio fondamentale dell'ordinamento internazionale", e che "l'emersione di tale principio non può non riflettersi sulla portata degli altri principi ai quali tale ordinamento è tradizionalmente ispirato e, in particolare, di quello sulla 'sovrana eguaglianza' degli Stati, cui si ricollega il riconoscimento della immunità statale dalla giurisdizione civile straniera"[82].

Ciò evidenzia un dato di fondo: che si è passati da una concezione che vedeva nei diritti soggettivi una creazione tipicamente statale, la cui consacrazione (costituente) e operatività dipendevano esclusivamente dalla volizione del potere pubblico, ad una concezione oggettiva che attribuisce ai diritti dell'uomo un obiettivo di protezione aggiuntivo, e che vuole enfatizzare la preminenza di questi, poiché *valori* etici giuridicamente determinati, sullo Stato. Lo Stato non è più percepito come il creatore dei diritti dell'uomo, bensì come il loro servitore. In tal senso, l'art. 30 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (UDHR) – il cui valore giuridico pare riconducibile a quello di una consuetudine internazionale[83], se non di *jus cogens*[84] – dispone che "[n]ulla nella presente Dichiarazione può essere interpretato nel senso di implicare un diritto di un qualsiasi Stato, gruppo o persona di esercitare un'attività o di compiere un atto mirante alla distruzione dei diritti e delle libertà in esse enunciati". Ciò spiega, fra l'altro, perché alla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, e in generale ai diritti umani, si sia attribuita provocatoriamente la responsabilità di avere cagionato "la sovversione dello Stato"[85], ovvero, meno enfaticamente, perché l'argomento del diritto fonda-

---

[82] *Ibidem*, § 9.2; la Corte – si noti – richiama espressamente la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo.

[83] D.A. Catania, *The Homosexual Declaration of Human Rights and Sodomy Laws: a Federal Common Law Right to Privacy for Homosexuals Based on Customary International Law*, in 31 *American Criminal Law Review* 289-325 (1994).

[84] ICJ Reports 1966, *South West Africa Cases (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa) (1960-1966)*, Second Phase – Judgment of 18 July 1966, Tanaka J. *dissenting opinion*, p. 296 ss.

[85] H. Ruiz Fabri, *Diritti dell'uomo e sovranità dello Stato*, cit., 53.

mentale abbia assunto un significato anche simbolico nella rivendicazione di molteplici interessi essenziali per la vita umana.

L'efficacia persuasiva delle carte internazionali sui diritti umani è innegabile, sicché gli Stati e la società civile sentono e intendono i principi contenuti nella Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo e nelle carte internazionali come la regola. Gli Stati si sentono spesso costretti a nascondere o negare le eventuali violazioni, o a giustificare regimi derogatori in termini di sospensione temporanea per ragioni legate all'emergenza o al conseguimento di fondamentali obiettivi statali[86]. In virtù di tale forza il dibattito internazionale sui diritti umani conserva un valore di indiscusso rilievo pratico, assolvendo tanto al ruolo di articolazione e specificazione delle situazioni giuridiche soggettive ritenute fondamentali, quanto a quello di educare la società civile alla cultura e al rispetto dei diritti umani. Tutto questo è essenziale per giungere ad una sempre maggiore legittimazione degli *human rights*, affinché gli Stati abbandonino scelte in contrasto con essi o adottino misure positive di adeguamento.

L'odierno sistema normativo internazionale dei diritti umani è formalmente distinto dai molteplici ordinamenti regionali sovrastatali (Europa, Africa, America, ecc.), ma è noto come ciascuno di questi ultimi si evolva alla luce del primo e degli altri sino alla creazione graduale di principi minimi, comuni a tutte le aree geografiche, in linea con l'idea giustificatrice degli *human rights* che postula un eguale ed incomprimibile valore inerente degli uomini[87]. Questo effetto di contaminazione e adeguamento a nuovi principi può seguire anche un percorso ascendente – dal sistema normativo regionale al piano internazionale generale – sicché il riconoscimento, ad un livello qualsiasi di questi, di un diritto fondamentale in precedenza

---

[86] L. Henkin, *The Age of Rights*, Columbia University Press, New York, 1990, ix-x.

[87] Nella UDHR, Preambolo, comma VIII, si afferma che l'Assemblea Generale proclama la Dichiarazione Universale dei Diritti Umani "come ideale comune da raggiungersi da tutti i popoli e da tutte le Nazioni al fine che ogni individuo ed ogni organo della società avendo costantemente presente questa Dichiarazione, si sforzi di promuovere, con l'insegnamento e l'educazione, il rispetto di questi diritti e di queste libertà e di garantire, mediante misure progressive di carattere nazionale e internazionale, l'Universale ed effettivo riconoscimento e rispetto tanto tra i popoli degli stessi stati membri, quanto fra quelli dei territori sottoposti alla loro giurisdizione".

osteggiato – come, appunto, il diritto al libero orientamento sessuale – costituisce spesso solo una tappa di una lunga trafila di riconoscimenti o adeguamenti successivi.

Se queste sono, in gran sintesi, le dinamiche che in principio tracciano l'espansione geografica dei diritti umani, deve tuttavia notarsi che rispetto all'orientamento sessuale molti elementi innovativi ed aggiuntivi di tutela provengono dalle esperienze statali, senza trovare precedenti né nel diritto internazionale regionale, né in quello generale. Sotto tale aspetto, dunque, l'*equality principle* della costituzione sudafricana, da un lato, e la giurisprudenza *Egan* del Canada, dall'altro, si pongono anch'essi come tasselli emblematici e innovativi di una vicenda che investe la comunità internazionale, come frammenti utili per costruire gradatamente un sistema globale ordinato secondo un principio di giustizia che includa anche l'idea dell'integrazione e riconoscimento delle minoranze sessuali. Divengono, entrambi, fatti utili all'eliminazione di quegli ostacoli d'ordine politico, sociale, mentale e culturale che hanno impedito, ai vari livelli normativi, di convenire sia sulla positiva ed espressa predisposizione di un principio antidiscriminatorio in funzione dell'orientamento sessuale, sia sul riconoscimento e legittimazione implicita delle minoranze sessuali. Questo spiega perché in tema di orientamento sessuale debba attingersi eminentemente dal bacino delle esperienze costituzionali per enucleare dei modelli di riferimento, i quali, a ben notare, trovano conferme applicative sia sul piano sovra-costituzionale che sub-costituzionale, secondo una fluida, articolata e singolare logica circolatoria di prestiti che si dipana inevitabilmente su livelli orizzontali, verticali e trasversali. La formazione del diritto internazionale è dunque un processo dialettico: dipende dal diritto interno dei singoli stati, ma al contempo il diritto statale è influenzato dallo sviluppo di norme internazionali, che riflettono il consenso della comunità internazionale circa la natura fondamentale e la necessità di una protezione universale di alcuni diritti umani[88].

---

[88] J.D. Wilets, *International Human Rights Law*, cit., 6.

4.1. *Il livello sovra-costituzionale: Cedu, Unione Europea, Nazioni Unite*

Spostando per esempio l'attenzione sul piano CEDU, deve rammentarsi che l'art. 14 della Convenzione predispone unicamente una garanzia funzionale al "godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella […] Convenzione" (nucleo forte del principio d'eguaglianza), e a tal fine richiede agli Stati membri di assicurare che non occorra "nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinione politiche o di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita o ogni altra condizione". L'orientamento sessuale non sta dunque scritto nella lista dei fattori vietati di discriminazione. Tuttavia, la Corte di Strasburgo ha sostanzialmente emulato il modello canadese chiarendo che nel sistema CEDU l'orientamento sessuale costituisce un fattore analogo di discriminazione parimenti vietato dall'art. 14 della Convenzione. In *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*[89], datata 21 dicembre 1999, si è precisato che l'elenco dei fattori di non-discriminazione ha valore esemplificativo, e non esaustivo, sicché l'orientamento sessuale "è un concetto che è indubbiamente coperto dall'art 14"[90] nella misura in cui determini il mancato riconoscimento di una libertà garantita dalla Convenzione.

In ambito CEDU, tuttavia, non si è avuto sufficiente coraggio di aggiungere l'orientamento sessuale fra i fattori vietati di discriminazione nemmeno in seguito ad un suo implicito riconoscimento da parte della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. Nel disporre un "generale divieto di discriminazione", infatti, l'art. 1 del Pro-

---

[89] App. No. 33290/96 (21/12/1999); per un commento si rinvia a H.O. Bernard, L.R. Helfer, *International Decision: Human Rights-Discrimination on Grounds of Sexual Orientation-Parental Custody Rights-Privacy-Criminal Restrictions on Private Sexual Activity. Salgueiro da Silva Mouta* v. *Portugal: App. No. 33290/96, European Court of Human Rights, Dec. 21, 1999. A.D.T.* v. *United Kingdom: App. No. 35765/97, European Court of Human Rights, July 31, 2000*, in *American Journal of International* Law, 95 *American Society of International Law* 422-430 (2001).

[90] *Ibidem*, § 28.

tocollo No. 12 del 4 novembre 2000[91] continua a non menzionare l'orientamento sessuale fra i fattori vietati. Stando al suo tenore letterale "[i]l godimento di qualunque diritto riconosciuto dalla legge deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita o ogni altra condizione", e dunque la lista dei fattori di non-discriminazione contenuta nell'art. 1 è identica a quella dell'Articolo 14 della Convenzione. La relazione esplicativa precisa, tuttavia, che "[q]uesta soluzione fu ritenuta preferibile rispetto ad altre, come quella di includere espressamente certi fattori di non-discriminazione aggiuntivi (per esempio, la disabilità fisica e mentale, l'orientamento sessuale o l'età), e ciò non per la mancata consapevolezza della particolare importanza che tali fattori hanno assunto nella società d'oggi […] ma giacché tale inclusione fu ritenuta non necessaria da un punto di vista legale, dato che la lista dei fattori elencati non è esaustiva", e sul punto si cita *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*[92].

La giurisprudenza *Salgueiro* segna dunque un momento importante non solo in rapporto al sistema CEDU, ma anche rispetto al ruolo che la Convenzione riveste nell'ambito dell'Unione Europea e negli ordinamenti interni degli Stati membri del Consiglio d'Europa. Potrebbero, ad esempio, gli Stati aderenti alla CEDU ritenere che gli *equality principles* contenuti nelle costituzioni nazionali non coprano le discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale? Potrebbe, in ipotesi, la Corte costituzionale italiana affermare che l'orientamento sessuale non rientri fra i fattori di discriminazione vietati dall'art. 3 cost., o anche negare che il medesimo fattore in-

---

[91] Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, CETS No.: 177, Rome, 4.XI.2000; il Protocollo No. 12 è entrato in vigore il 01 aprile 2005 in Albania, Armenia, Bosnia e Herzegovina, Croazia, Cipro, Finlandia, Georgia, Olanda, San Marino, Serbia e Montenegro, Repubblica di Macedonia; l'Italia lo ha sottoscritto il 4 novembre 2000, ma non lo ha ancora ratificato.

[92] Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms – Explanatory Report, § 20.

carni una fra le possibili "condizioni personali e sociali", anch'esse coperte dalla clausola nazionale di eguaglianza formale? Segnali importanti di riconoscimento e legittimazione delle minoranze sessuali – ulteriormente rafforzativi a che gli Stati membri del Consiglio d'Europa riconoscano implicitamente o espressamente siffatti gruppi minoritari – provengono sia dal generale sistema di protezione degli *human rights* delle Nazioni Unite, sia dai meccanismi sempre più ramificati e perfezionati di salvaguardia dei diritti fondamentali in seno all'Unione Europea.

Sul primo versante lo sguardo corre immediatamente alla proposta, avanzata il 17 aprile 2003 dal governo brasiliano, di approvare una specifica risoluzione internazionale sull'orientamento sessuale. Il testo della proposta, non approvato a causa di difficoltà procedurali, avrebbe dovuto precisare che "la risoluzione non accorda nuovi diritti ma afferma i principi basilari del diritto internazionale", e dunque avrebbe dovuto unicamente estrinsecare ciò che è già implicito e desumibile dallo *human rights law* vigente[93]. Dichiarazioni volte ad inserire l'orientamento sessuale nell'agenda delle priorità degli organi internazionali si sono avute anche in tempi molto recenti. A parte la proposta neozelandese, del 2005, di approvare una risoluzione *ad hoc* sull'orientamento sessuale e identità di genere, è assai significativa la dichiarazione congiunta di cinquantaquattro paesi – Italia inclusa –, emessa nel corso dello *Human Rights Council* dai plenipotenziari norvegesi (1 dicembre 2006), con la quale si afferma che "i principi di universalità e non-discriminazione" impongono la necessità di "prestare la dovuta attenzione alla violazione dei diritti umani a motivo dell'orientamento sessuale e identità di genere"[94].

Dal canto dell'Unione Europea, poi, non deve sottacersi che l'art. 13 Trattato CE – aggiunto dal Trattato di Amsterdam nel 1997 ed in vigore dal 1999 – è stato il primo disposto normativo di rango sovra-costituzionale ad affrontare espressamente la questio-

---

[93] E/CN. 4/2003/L.092: il testo della proposta di risoluzione è interamento riportato in Appendice II.

[94] Joint Statement – Norway Dec 1 2006 UNHRC Geneva – 3rd Session of the Human Rights Council (cosultabile sul sito dell'ILGA: http.//www.ilga.org).

ne delle discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale. Questo prevede che il Consiglio possa (all'unanimità) prendere le iniziative opportune per combattere le discriminazioni basate sulle "tendenze sessuali" – oltre a quelle fondate sul sesso, razza, origine etnica, religione, convinzioni personali, *handicap* ed età – ma solo se ciò non pregiudica "altre disposizioni di questo Trattato e nei limiti delle competenze da esso conferite alla Comunità". Il Trattato che adotta una costituzione per l'Europa ripete pedissequamente quanto già previsto dall'art. 13 Trattato CE (nuovo art. III-124)[95].

Riguardo alla reale portata dell'art. 13 sembra prevalere l'opinione secondo cui la nuova disposizione potrebbe fondare l'adozione di misure contro le discriminazioni solo in materie già rientranti nelle competenze del diritto comunitario (ad es. mercato del lavoro), non essendo suscettibile di fondare un potere autonomo delle Comunità a legiferare in tema di lotta alle discriminazioni in generale[96]. L'art. 13 del Trattato CE ha permesso l'adozione di varie misure antidiscriminatorie, tra cui la direttiva 78/2000 per la parità di trattamento nell'impiego e nell'occupazione[97]. In ogni caso la

---

[95] "Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa", in *G.U.C.E C/310* (16/12/2004), nuovo art. III-124: "Fatte salve le altre disposizioni della Costituzione e nell'ambito delle competenze da esse attribuite all'unione, una legge o legge quadro europea del Consiglio può stabilire le misure necessarie per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale. Il Consiglio delibera all'unanimità previa approvazione del Parlamento europeo".

[96] M. Bell, *The New art. 13 EC Treaty: A Sound Basis for European Anti-Discrimination Law?*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 15 (1999); M. Bell, *Sexual Orientation Discrimination in Employment: An Evolving Role for the European Union*, in R. Wintemute, M. Andenæs (eds.), *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships*, cit., 653-677; E. Guild, *Free Movement and Same-sex Relationships: Existing EC Law and Article 13 EC*, in R. Wintemute, M. Andenæs (eds.), *Legal Recognition of Same-Sex Partnership*, cit., 677-693; M. Bonini Baraldi, *Parità di trattamento e nozione di "familiare" tra prerogative nazionali e prospettive comunitarie*, in *Familia*, III, 2003, 821 ss.; più genericamente sull'orientamento sessuale in ambito comunitario si v. Aa.Vv., *Homosexuality: an European Community issue. Essay on lesbian and gay rights in European law and policy*, K. Waaldijk, A. Clapham (eds.), Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht-Boston-London, 1993.

[97] Direttiva del Consiglio 2000/78/CE del 27 novembre 2000, *Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee*, 2000, L 303/16. L'art. 1 della direttiva dispone: "[l]a presente direttiva mira a stabilire un quadro generale per la lotta alle di-

portata dell'art. II-81 della futura costituzione europea, rubricato "[N]on discriminazione", appare decisamente più ampio disponendo che "[è] vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, gli *handicap*, l'età o le tendenze sessuali"[98].

---

scriminazioni fondate sulla religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali", però aggiunge "per quanto concerne l'occupazione e le condizioni di lavoro". L'art. 2 individua la nozione di discriminazione rilevante, e in particolare ritiene rilevanti sia le ipotesi di discriminazione diretta che quelle di discriminazione indiretta. L'articolo specifica "[s]ussiste discriminazione diretta quando, sulla base di uno qualsiasi dei motivi di cui all'art. 1, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga". Inoltre aggiunge "[s]ussiste discriminazione indiretta quando una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere in una posizione di particolare svantaggio le persone che professano una determinata religione o ideologia di altra natura, le persone portatrici di un particolare handicap, le persone di una particolare età o di una particolare tendenza sessuale, rispetto ad altre persone". Lo stesso articolo considera rilevante ai fini discriminatori anche la molestia sessuale: "[l]e molestie sono da considerarsi […] una discriminazione in caso di comportamento indesiderato adottato per uno dei motivi di cui all'art. 1 avente lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una persona e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante, offensivo". L'art. 18 fissa il 2 dicembre 2003 come data di scadenza per conformarsi alla direttiva da parte degli Stati membri.

[98] Sulla portata del nuovo art. II-81 si v. M. Bonini-Baraldi, *European law*, in Aa.Vv., *Combating sexual orientation discrimination in employment*, cit., 9. A livello di legislazione statale ordinaria, sono diversi i paesi che, di recente, hanno adottato misure antidiscriminatorie – in settori pubblici o privati, quali impiego e mercato del lavoro, istruzione, servizi sociali e sanitari, alloggi, ecc. – e alla fine del 2001 ben quindici stati membri del Consiglio d'Europa – Ceca, Danimarca, Finlandia, Francia, Ungheria, Islanda, Irlanda, Lituania, Lussemburgo, Olanda, Norvegia, Romania, Slovenia, Spagna e Svezia – hanno approvato misure di vario tipo a tutela del libero orientamento sessuale: R. Wintemute – M. Andenæs (eds.), *Legal Recognition of Same-Sex Partnership*, cit., 784-787. Oggi il numero di paesi europei munito di misure antidiscriminatorie in ragione dell'orientamento sessuale è aumentato, anche in ragione della direttiva comunitaria 78/2000.

4.2. *Il livello sub-costituzionale: l'esperienza regionale italiana*

La graduale affermazione di un diritto al libero orientamento sessuale è sovente testimoniata dalla dinamicità e intraprendenza dei livelli sub-statali (*länder*, stati membri, regioni, comuni, province, città autonome, ecc.) che spesso, riconoscendo opzioni e facoltà non accordate ai livelli superiori, divengono laboratori di prova ed impulso. Fra i tanti esempi può menzionarsi l'esperienza regionale italiana, mostratasi sensibile al riconoscimento di formazioni familiari composte da persone dello stesso sesso laddove, invece, il dibattito nazionale stenta ad andare oltre all'approvazione del d. lgv. 216/2003 – il quale, in attuazione alla Direttiva 2000/78/CE, detta unicamente regole volte ad impedire il compimento di ingiustificate disparità di trattamento motivate dall'orientamento sessuale in materia di occupazione e di condizioni di lavoro[99].

Il matrimonio tra persone dello stesso sesso non è consentito in Italia né, stando ad una sentenza emessa dal Tribunale di Latina nel giugno 2005, sembra potersi riconoscere validità giuridica all'unione legittimamente contratta all'estero da un cittadino italiano col proprio compagno omosessuale[100]. Si fa inoltre evidente il bisogno di regola-

---

[99] D. Lgs. 9 luglio 2003 n. 216, Attuazione della direttiva 2000/78/CE per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, pubblicato sulla G.U. n. 187 del 13 agosto 2003, ed entrato in vigore il 28 agosto 2003. Tale intervento legislativo è commentato, nei suoi effetti, da: R. Nunin, *Recepite le direttive comunitarie in materia di lotta contro le discriminazioni*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2003, 10, 905-911; L. Di Paola, *Discriminazioni sul posto di lavoro: si amplia l'area dei divieti*, in *Nuove Leggi Civili Commentate*, 2003, 4-5, 855-890; S. Fabeni, *Italy*, in Aa.Vv., *Combating sexual orientation discrimination in employment*, cit., 277-310; Aa.Vv., *La discriminazione fondata sull'orientamento sessuale: l'attuazione della Direttiva 2000/78/CE e la nuova disciplina per la protezione dei diritti delle personeomosessuali sul posto di lavoro*, a cura di S. Fabeni, M.G. Toniollo, Roma, Ediesse, 2005.

[100] Poiché diversi Paesi dell'Unione europea hanno ammesso il matrimonio civile o l'unione fra persone dello stesso sesso, sorge il problema della validità, dinanzi alla legge italiana, dell'unione legittimamente contratta all'estero da un cittadino italiano col proprio partner omosessuale. Dal momento che la nostra legge prevede che siano riconosciuti solo i matrimoni contratti all'estero non contrari all'ordine pubblico (*i.e.* conformi alla legge italiana) (Decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000 n. 396, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 303 del 30 dicembre 2000, S.O. n. 223/L, *Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordina-*

mentare i rapporti interpersonali di stampo familiare anche in maniera differente dal matrimonio[101], come emerge anche dal resoconto

---

mento dello stato civile, art. 18 *Casi di intrascrivibilità*: "[g]li atti formati all'estero non possono essere trascritti se sono contrari all'ordine pubblico"), l'unione celebrata all'estero sembrerebbe non avere alcuna efficacia in Italia. È quanto, del resto, ha stabilito il Tribunale di Latina con il decreto del 31 maggio 2005, decidendo sulla controversia proposta da una coppia omosessuale che si è vista negare la trascrizione del proprio atto di matrimonio, regolarmente celebrato in Olanda.: Tribunale di Latina Decreto 31 maggio – 10 giugno 2005 (Oggetto. Matrimonio tra individui dello stesso sesso contratto all'estero – Trascrizione nei registri dello stato civile – Rifiuto – Legittimità del decreto), in *Famiglia e diritto*, 2005, 4, 411. Per un commento al decreto, si v.: R. Gottardi, *Italian authorities refuse to recognise Dutch marriage*, in ILGA-Europe (ed.), *Same-sex marriage: ultimate sign of equality or end of gay liberation?*, *ILGA-Europe Newsletter*, vol. 5 issue 2, summer 2005, 15; P. Schlesinger, *Matrimonio tra individui dello stesso sesso contratto all'estero*, in *Famiglia e diritto*, 2005, 4, 415; M. Bonini Baraldi, *Le nuove convivenze tra discipline straniere e diritto interno*, cit., 233-240; Id., *Il matrimonio fra cittadini italiani dello stesso sesso contratto all'estero non è trascrivibile: inesistente, invalido o contrario all'ordine pubblico?*, in *Famiglia e diritto*, 2005, 4, 418.

[101] Cfr.: L.L. Sabbadini, *Le convivenze «more uxorio»*, in M. Barbagli, C. Saraceno (a cura di), *Lo Stato delle famiglie in Italia*, Il Mulino, Bologna, 1997, 86 ss.; A.M. Benedetti, *Le proposte di legge italiane in materia di convivenza*, in F.B. d'Usseaux, A. D'Angelo (a cura di), *Matrimonio, matrimonii*, Giuffrè, Milano, 2000, 209-218; F. Grillini, M.R. Marella (a cura di), *Stare insieme. I regimi giuridici della convivenza tra status e contratto*, Jovene Editore, Napoli, 2001; E. Moscati, A. Zoppini (a cura di), *I contratti di convivenza*, Giappichelli Editore, Torino, 2002; E. Del Prato, *Patti di convivenza*, in *Familia*, 2002, 4, 959-990; V. Filippi, *Dove va la famiglia italiana? Alla ricerca di un senso di marcia*, in *Aggiornamenti Sociali*, 2003, 54, 187-198; M. Sesta, *Verso nuove trasformazioni del diritto di famiglia italiano?*, in *Familia*, 2003, 1, 123-166; C. Petitti, *I diritti nelle famiglie di fatto: attualità e futuro*, in *Familia*, 2003, 4, 1021-1037; G.F. Zanetti, M. Sesta, *La coppia di fatto tra morale e diritto. Opinioni a confronto*, in *Familia*, 2004, 4-5, 659-703. La giurisprudenza ha proceduto più volte, nell'indagine sulle convivenze *more uxorio*, a specificare i parametri di valutazione di una analogia tra "rapporto parafamiliare" e "rapporto familiare": cfr. Cass. 28 marzo 1994, n. 2988 (che ha ammesso la risarcibilità del danno anche morale subìto dal convivente *more uxorio* a seguito della morte dell'altro convivente); Cass. 4 aprile 1998, n. 3503 (che ha chiarito la necessarietà dei caratteri di "inequivocità", "serenità" e "stabilità" per fondare l'esistenza di una famiglia di fatto distinta dal semplice rapporto occasionale); Cass. 4 ottobre 2002, n. 33305 (che ha deciso la risarcibilità del danno causato ai genitori conviventi della persona offesa); C. Cost. 24 marzo 1988 n. 404 (che ha introdotto la successibilità del convivente *more uxorio* nel contratto di locazione di immobili, in caso di morte del conduttore); C. Cost. 12 dicembre 1989 n. 559 (che ha previsto il diritto del convivente, affidatario della prole, a succedere nell'assegnazione di un alloggio in edilizia economica e popolare); C. Cost. 24 ottobre 1994 n. 372 (che dà per scontato che il convivente meriti tutela aquiliana). In taluni set-

dell'indagine conoscitiva sulle tematiche riguardanti le unioni di fatto e il patto civile di solidarietà, condotta nell'ambito della Commissione Giustizia della Camera nella seduta del 18 gennaio 2005. L'esistenza di una giurisprudenza sempre più cospicua in tema di famiglia di fatto e la presenza, sotto vari profili, di pressioni da parte di diversi gruppi di cittadini sarebbero un chiaro segnale del bisogno di radicamento di forme istituzionalizzate alternative al matrimonio[102].

Per le coppie omosessuali la possibilità di disporre di uno schema legale costituirebbe un importante miglioramento della propria condizione, sia sotto il profilo della tutela giuridica, poiché si supererebbero alcune delle carenze e difficoltà date dalla mera supplenza giurisprudenziale, sia sotto il profilo dell'accettazione sociale. Questo in ragione del valore anche simbolico che nei paesi occidentali si attribuisce al diritto, che certamente riflette e influenza i costumi. Dal 1994 si sono succedute numerose iniziative legislative statali volte ad ottenere il riconoscimento giuridico delle coppie formate da persone dello stesso sesso, ma la discussione di tali proposte non è ancora avvenuta (o completata), o l'*iter* parlamentare si è concluso per effetto del ritiro delle stesse, a causa delle numerose incertezze circa l'opportunità di una tale regolamentazione[103].

---

tori, la legislazione speciale ha dotato la famiglia di fatto di uno spazio di diritto; si v., ad es.,: art. 199 comma 3, lett.(a) c.p.p. (che ha dato rilievo alle ragioni affettive che possono giustificare l'astensione dalla testimonianza), L. 354/1975 art. 30 (che ha introdotto la richiesta di congedo per assistere persone care in difficoltà), L. 91/1999 art. 3 (che tiene conto anche del convivente tra le persone a cui vanno date le informazioni sulla presumibile morte cerebrale del paziente).

[102] A. Rotelli, *Camera dei Deputati – XIV legislatura. Audizione di Raffaele Torino, docente di diritto comparato presso l'Università degli studi Roma Tre, seduta del 18 gennaio 2005*, 4 gennaio 2006, in http://www.arcigay.it/show.php?1734.

[103] Disegno di legge n. 123 d'iniziativa delle senatrici Salvato e Fagni – Nuove norme in materia di diritto di famiglia, 21/04/1994 (in http://www.senato.it/leg/12/BGT/Schede/Ddliter/ S0123.htm); disegno di legge n. 185 d'iniziativa dei senatori Cioni e Manconi – Disposizioni in materia di unioni civili, 28/04/1994 (in http://www.senato.it/leg/12/BGT/Schede/Ddliter/ S0123.htm); disegno di legge n. 845 d'iniziativa dei deputati Vendola e altri – Disposizioni in materia di unioni civili, 06/07/1994 (in http://www.senato.it/leg/12/BGT/Schede/Ddliter/C 0845.htm); disegno di legge n. 1020 d'iniziativa dei deputati Vendola e altri – Disciplina delle unioni civili, 17/5/1996 (in http://www.camera.it/_dati/leg13/lavori/schedela/1020.htm); disegno di legge n. 935 d'iniziativa dei senatori Manconi e altri – Normativa sulle unioni civili, 11/7/1996 (in http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/showText?tipodoc=Ddlpres&leg=13 &id=-

Il movimento omosessuale, per sollecitare l'approvazione di una legge nazionale sulle unioni civili, sin dagli anni Novanta ha chiesto l'istituzione, a livello comunale, di simbolici registri anagrafici delle unioni civili[104]. Per una coppia omosessuale o eterosessuale che fos-

---

00000868&parse=no&toc=no); disegno di legge n. 1518 d'iniziativa della senatrice Salvato e altri – Disciplina delle unioni civili, 22/10/1996 (in http://www.senato.it/japp/bgt/ showdoc/showText?tipodoc=Ddlpres&leg=13&id=00001454&parse=no&toc=no); disegno di legge n. 2870 d'iniziativa dei deputati Buffo e altri – Norme sulle unioni civili, 11/12/1996 (in http://www.camera.it/_dati/leg13/lavori/schedela/2870.htm); disegno di legge n. 2725 d'iniziativa dei senatori Cioni e altri – Disposizioni in materia di unioni civili, 30/7/1997 (in http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/showText?tipodoc=Ddlpres&leg=13&id=00002857&parse=no&toc=no); disegno di legge n. 7297 d'iniziativa dei deputati Paissan e altri – Norme sulle unioni civili, 15/9/2000 (in http://www.senato.it/leg/13/BGT/Schede/Ddliter/12552.htm); disegno di legge n. 47 d'iniziativa dei senatori Cortiana e altri – Normativa sulle unioni civili, 31/5/2001 (in http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=Ddlpres&leg=14&id=8512); disegno di legge n. 716 d'iniziativa della deputata De Simone e altri – Disciplina delle unioni civili, 12/6/2001 (in http://www.senato.it/leg/14/BGT/Schede/Ddliter/14304.htm); disegno di legge n. 305 d'iniziativa dei senatori Malabarba e altri – Disciplina delle unioni civili, 25/6/2001 (in http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=Ddlpres&leg= 14&id=17658); disegno di legge n. 1232 d'iniziativa del deputato Pecoraro Scanio e altri – Norme sulle unioni civili, 5/7/2001 (in http://www.camera.it/_dati/leg14/lavori/schedela/trova schedacamera.asp?PDL=1232); disegno di legge n. 2982 d'iniziativa del deputato Grillini e altri – Disposizioni in materia di istituzione del Registro delle unioni civili di coppie dello stesso sesso o di sesso diverso e possibilità per le persone dello stesso sesso di accedere all'istituto del matrimonio, 8/7/2002 (in http://www.camera.it/_dati/leg14/lavori/schedela/ trovaschedacamera.asp?PDL=2982); disegno di legge n. 3296 d'iniziativa del deputato Grillini e altri – Disciplina del patto civile di solidarietà e delle unioni di fatto, 21/10/2002 (in http://www.camera.it/_dati/leg14/lavori/schedela/trovaschedacamera.asp?PDL=3296); disegno di legge n. 4334 d'iniziativa del deputato Rivolta e altri – Disciplina del patto civile di solidarietà, 2/10/2003 (in http://www.camera.it/_dati/leg14/lavori/schedela/trovascheda camera.asp?PDL=4334); disegno di legge n. 4585 d'iniziativa della deputata Moroni e altri – Istituzione del patto civile di solidarietà e disciplina della famiglia di fatto, 22/12/2003 (in http://www.camera.it/_dati/leg14/lavori/schedela/trovaschedacamera.asp?PDL=4585); disegno di legge n. 5153 d'iniziativa del deputato Strano e altri – Modifiche al codice civile concernenti l'introduzione del patto civile di solidarietà, 15/7/2004 (in http://www.camera.it/_dati/leg14/ lavori/schedela/trovaschedacamera.asp?PDL=5153); disegno di legge n. 5321 d'iniziativa della deputata De Simone e altri – Disciplina delle unioni civili, 1/10/2004 (in http://www.camera.it/ _dati/leg14/lavori/schedela/trovaschedacamera.asp?PDL=5321); disegno di legge n. 3534 d'iniziativa del senatore Angius e altri – Disciplina del patto civile di solidarietà e delle unioni di fatto, 7/7/2005 (in http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=Ddlpres&leg= 14&id=145214).

[104] Per un commento dottrinario condotto con un occhio rivolto alla storia, si indica: M. Castello, *Sulle proposte di istituzione dei registri delle unioni civili e*

se, la registrazione anagrafica della convivenza avrebbe assunto solo un significato simbolico, a meno che il singolo comune non decidesse di aggiungere a tale valore anche dei diritti concreti (ad esempio, l'accesso agli alloggi popolari).

Il primo comune a dotarsi di un registro fu Empoli (21 ottobre 1993) ma, nemmeno un mese dopo, la delibera comunale venne bocciata dal Comitato regionale di controllo. Solo nel 2001 il T.A.R. della Toscana ha accolto il ricorso del Comune di Empoli contro il provvedimento del Co.Re.Co, dando ufficialmente il via libera al registro delle unioni civili[105]. Pisa seguì immediatamente l'esempio di Empoli (7 giugno 1996) ma, a causa della bocciatura della delibera da parte del Co.Re.Co della Toscana (28 giugno 1996), soltanto il7 luglio la città toscana riuscì a dotarsi di un registro delle unioni civili e la prima coppia ad iscriversi civilmente, il 20 febbraio 1998, è stata eterosessuale. Ad aprile 2003 erano ventidue i comuni illuminati che hanno istituito i registri delle unioni civili anche per le coppie omosessuali, disciplinanti tra l'altro i doveri di assistenza e le questioni successorie tra le parti conviventi[106].

Numerosi comuni hanno approvato mozioni di indirizzo politico di sostegno alle famiglie di fatto. A Bologna, il 18 gennaio 1999, è stato istituito l'"Attestato di costituzione di famiglia affettiva" in applicazione (e interpretazione estensiva) della legge anagrafica. Tale attestato permette anche a coppie dello stesso sesso di avere accesso alle sovvenzioni comunali e alle liste di assegnazione, per esempio, di alloggi di edilizia popolare. Questa soluzione ha consentito all'allora Giunta Vitali di dare una risposta alle richieste dell'Arcigay con una iniziativa che non ha richiesto né un intervento o voto né del Consiglio Comunale né della Giunta. I comuni di Pisa, Siena, Bolo-

---

di introduzione del matrimonio tra persone dello stesso sesso, in *Giurisprudenza di merito*, 1994, 6, 990-992.

[105] Nel 1996 il T.A.R. della Toscana si era espresso negativamente in *Comune di Empoli v. Regione Toscana*, TAR TO sez. I sent. 9 febbraio 1996 n. 49 (in *Foro Italiano*, 1996, 10, 524, commentato da R. Romboli, E. Rossi, *I registri comunali delle unioni civili ed i loro censori*, in *Foro italiano*, 1996, 10, 525-535).

[106] Si tratta dei Comuni di: Empoli, Cogoleto (GE), Pisa, Firenze, Voghera, Arezzo, Scandicci (FI), Fano (PS), Ferrara, Gallarate (VA), San Canzian d'Isonzo (GO), Desio (MI), Inzago (MI), Rosignano (LI), Trezzo sull'Adda, Gubbio (PG), Cento (FE), Bagheria (PA), Perugia, Bolzano, Bari, Montebruno (GE).

gna e Padova hanno poi approvato, in tempi diversi, una mozione che invitava il Parlamento e i comuni a legiferare sull'istituzione dei registri delle famiglie di fatto. In realtà, i comuni e le province che si sono espressi in vario modo sul riconoscimento delle famiglie di fatto sono in numero decisamente superiore, e un censimento effettivo rimane tutt'ora da fare con precisione[107].

All'attivismo portato avanti dai comuni, ben presto si è aggiunto quello delle regioni, alcune delle quali hanno approvato statuti contenenti segnali di apertura verso una legge sulle unioni civili, anche per gli omosessuali, rifacendosi in gran parte alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che all'art. 9 sancisce, tra i diritti fondamentali della persona, il "diritto di sposarsi e di costituire una famiglia"[108]. La prima regione a dotarsi di uno statuto è stata la Calabria, il 6 luglio 2004. Il suo art. 2 ("princìpi e finalità") sostiene l'obiettivo regionale di "riconoscimento delle formazioni sociali, culturali, economiche e politiche nelle quali si esprime la personalità umana, promuovendo il libero svolgimento delle loro funzioni ed attività"[109]. Il riferimento alle nuove famiglie, per quanto velato, è evidente.

Maggiore è la chiarezza contenuta nello statuto della Toscana (19 luglio 2004), che persegue "la tutela e la valorizzazione della famiglia fondata sul matrimonio" e che, tra le finalità prioritarie della

---

[107] I dati in nostro possesso (fonte: http://www.arcigay.it/show.php?152) indicano le città di: Bologna, Livorno, Prato, Cascina (PI), Calcinaia (PI), San Miniato (PI), Vaiano Cremasco (CR), Modena, Reggio-Emilia, La Spezia, Siena, Monfalcone (GO), Padova (PD).

[108] Si discute ancora a riguardo del potere riconoscibile in capo alle Regioni, nell'ambito della funzione di determinazione e disciplina della forma di Governo, di inserire nei propri Statuti disposizioni rafforzative del contenuto e delle garanzie dei diritti. Per Alberto Lucarelli (A. Lucarelli, *Statuti regionali e nuovi diritti*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 26 gennaio 2004, su http://web.unife.it/progetti/ forumcostituzionale/), a seguito della riforma del titolo V della Cost. sarebbe possibile riconoscere alle Regioni una funzione creativa di nuovi diritti non presenti nell'ordinamento giuridico, purché non si esuli dalle competenze regionali e si rispettino "le disposizioni della Costituzione ed il suo spirito, in nome del principio dell'armonia (Corte cost. sentt. nn. 304 del 2002; 196 del 2003; 2 del 2004)".

[109] Legge regionale 19 Ottobre 2004, n. 25 – Statuto della Regione Calabria (Pubbl. in Suppl. Straord. n. 6 del 23.10.2004 al BUR n. 19 del 16.10.2004), titolo I, art. 2, comma 2, lett.f.

regione, individua "il riconoscimento delle altre forme di convivenza" rifiutando "ogni forma di xenofobia e di discriminazione legata all'etnia, all'orientamento sessuale e a ogni altro aspetto della condizione umana e sociale"[110]. Anche lo Statuto dell'Umbria (2 settembre 2004) è favorevole alle unioni civili. La regione riconosce "i diritti della famiglia e adotta ogni misura idonea a favorire l'adempimento dei compiti che la Costituzione le affida" e "tutela altresì forme di convivenza"[111]. Sulla stessa linea si è posta l'Emilia-Romagna (14 settembre 2004), che ha riconosciuto l'importanza "delle formazioni sociali attraverso le quali si esprime e si sviluppa la dignità della persona e, in questo quadro, lo specifico ruolo sociale proprio della famiglia" nell'ambito dell'obiettivo statutario di riconoscere la "pari dignità sociale della persona, senza alcuna discriminazione per ragioni di genere, di condizioni economiche, sociali e personali, di età, di etnia, di cultura, di religione, di opinioni politiche, di orientamento sessuale"[112]. Infine, la Regione Campania (19 settembre 2004) si è dotata di un nuovo Statuto che, nella parte dedicata ai principi generali, ha consacrato "il riconoscimento ed il sostegno alla famiglia fondata sul matrimonio ed alle unioni familiari, orientando a tal fine le politiche sociali, economiche e finanziarie e di organizzazione dei servizi"[113].

L'apertura alle nuove famiglie negli Statuti regionali è stata oggetto di un conflitto tra istituzioni. Il Governo ha impugnato lo Statuto della Calabria, della Toscana, dell'Umbria e dell'Emilia-Romagna, facendo ricorso alla Corte Costituzionale e contestando profili di illegittimità costituzionale per talune disposizioni, tra cui quelle

---

[110] Statuto della Regione Toscana, approvato dal Consiglio regionale con prima deliberazione in data 6 maggio 2004 e con seconda deliberazione in data 19 luglio 2004, pubblicato sul *BURT* n. 12 dell'11 febbraio 2005, titolo I, art. 4, lett.g, h e s.

[111] Legge regionale 16 aprile 2005 n. 21, Nuovo Statuto della Regione Umbria, pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* del 22 ottobre 2005, titolo II, art. 9, commi 1 e 2.

[112] Legge regionale 144/2004, Statuto della Regione Emilia-Romagna, approvato dal Consiglio regionale con prima deliberazione in data 1 luglio 2004 e con seconda deliberazione in data 14 settembre 2004, pubblicato sul *BUR* n. 130 del 16 settembre 2004, Preambolo e titolo I, art. 9, comma 1, lett. b.

[113] Statuto della Regione Campania, approvato dal Consiglio regionale in prima lettura con deliberazione n. 8/L del 18 settembre 2004, pubblicato sul *BURC* n. 50 del 25 ottobre 2004, titolo I, art. 9, lett. h.

qui riportate. La Corte Costituzionale ha respinto il ricorso contro la Toscana, mentre ha dichiarato parzialmente incostituzionali gli Statuti di Calabria, Umbria ed Emilia-Romagna[114]. Vedremo nel prosieguo sulla base di quali argomentazioni e con quale impatto sulla tutela delle minoranze sessuali.

5. *Comparazione giuridica e "decostruzione sessuale" del paradigma eterosessuale*

L'analisi – sin qui introduttiva – dei modelli di tutela espressa ed implicita dell'orientamento sessuale, e dei rispettivi casi più emblematici che li sostanziano, mette in risalto un dato: la salvaguardia effettiva delle minoranze discriminate e l'affermazione di un diritto al libero orientamento sessuale sono solo minimamente condizionate dalla presenza di una o più clausole protettive *ad hoc*. Vi siano o no clausole di livello costituzionale protettive delle minoranze sessuali, l'affidamento su un regime di salvaguardia non meramente cartaceo dipen-

---

[114] Sent. C. Cost. 372/2004 nel giudizio di legittimità legittimità costituzionale degli articoli 3, comma 6; 4, comma 1, lettere h), l), m), n), o), p); 32, comma 2; 54, commi 1 e 3; 63, comma 2; 64, comma 2; 70, comma 1; 75, comma 4, dello Statuto della Regione Toscana; sent. C. Cost. 2/2004 nel giudizio di legittimità costituzionale degli articoli 33; 34, comma 1, lettera i); 38 comma 1, lettere a) ed e); 43, comma 2; 50 comma 5 e 51 dello Statuto della Regione Calabria. Sono stati dichiarati incostituzionali gli artt.33 (c.1-2-3-4-5-7), 15, 16, comma 2. lett.a) e b), 38, comma 1, lett.a), e), c); sent. C. Cost. 378/2004 nei giudizi di legittimità costituzionale degli articoli 9, comma 2; 39, comma 2; 40; 66, comma 1 e 2 e 82 della deliberazione statutaria della Regione Umbria. È stato dichiarato illegittimo l'art. 66; sent. C. Cost. 379/2004 nel giudizio di legittimità costituzionale degli articoli 2, comma 1, lettera f); 13, comma 1, lettera a); 15, comma 1; 17; 19; 24, comma 4; 26, comma 3; 28, comma 2; 45 comma 2; 49, comma 2; 62, comma 3, dello Statuto della Regione Emilia-Romagna. È stato dichiarato illegittimo l'art. 45 comma 2, terzo periodo. Cfr.: E. Colombo, *Il riconoscimento degli Statuti regionali di Toscana, Emilia e Umbria in materia di coppie di fatto: significati e prospettive*, in *Iustitia*, 2005, 2, 193-198 (per l'A. parlare di tutela di "altre forme di convivenza" è solo apparentemente un omaggio alla libertà individuale, poiché la posta in gioco è ben più alta e può giungere fino all'apertura alle coppie omosessuali, comportando una "incongrua e inammissibile dilatazione dell'area delimitata dai valori fondanti dell'art. 2 Cost". Secondo l'A., la sfida per il legislatore e per il giurista – specie per quello cattolico – è di perseguire il bene comune, non barattando mai la libertà dell'individuo con la verità della persona, anche se "di moda").

de soprattutto dai valori che fondano e giustificano l'intero sistema normativo di riferimento, o, meglio, dai paradigmi mentali e culturali cui gli uomini e giuristi attingono, anche in modo sovracosciente, per interpretare simultaneamente i valori costituzionali in gioco e i diritti che ne sono espressione. Sul punto la citata giurisprudenza *McCoskar* dell'Alta Corte figiana è assai illuminante, sia perché riesce ad invertire un *trend* negativo perpetuatosi sino al 2005 nonostante le innovazioni costituzionali introdotte quasi nove anni prima, sia perché nel far ciò chiarifica quali fattori rendano possibile quest'evoluzione.

McCoskar punta direttamente il dito su uno dei nodi cruciali cui si fa dipendere l'affermazione del diritto al libero orientamento sessuale: l'interpretazione dei diritti e dei valori costituzionali. *McCoskar* prova come l'effettività delle garanzie costituzionali in tema di orientamento sessuale, quand'anche espresse sul punto, sia rimessa in buona sostanza all'interpretazione, perché i paradigmi culturali insediati nelle menti degli uomini possono servire da totalizzante giustificazione dietrologica a letture restrittive della carta costituzionale, le quali finiscono per contraddirne apertamente non solo lo spirito, ma anche la lettera scritta. L'esperienza figiana conferma dunque come il potere dei paradigmi, delle credenze ufficiali, delle dottrine dominanti, delle verità stabilite, determini gli stereotipi cognitivi, idee accolte acriticamente, teorie inesplorate al suo interno, e come tutto ciò possa paradossalmente tradursi nel rifiuto dell'evidenza in nome dell'evidenza e nel dominio incontrastato dei conformismi cognitivi e intellettuali. Sino a *McCoskar* le determinazioni propriamente sociali e giuridiche erano state nei fatti definite sulla base del paradigma eterosessuale, le quali in sinergia tra loro avevano così imprigionato le scienze sociali e giuridiche in un multideterminismo di imperativi, chiusure, rigidità, blocchi nei confronti della differenza sessuale. Sotto il conformismo cognitivo delle scienze sociali vi era un *imprinting* culturale, che inscriveva il modello eterosessuale in profondità, e una normalizzazione che rigettava acriticamente tutto ciò che avrebbe potuto contestarlo.

Ma un'idea o una teoria per essere valida – insegna autorevolmente Edgar Morin – "non dovrebbe né essere puramente e semplicemente strumentalizzata, né imporre i suoi verdetti in maniera autoritaria; essa dovrebbe essere relativizzata e *addomesticata.* Una teoria deve aiutare e orientare le strategie cognitive condotte

dai soggetti umani"[115]. Il punto è che per relativizzare un paradigma inscritto nelle menti e, ad un tempo, crearne uno più universale ed inclusivo è necessario individuare il momento di separazione e opposizione tra ciò che è frutto della stessa fonte. Occorre riconoscere le emozioni, gli stereotipi cognitivi, le culture dominanti nascoste e ufficializzate sotto il marchio della scienze sociali, per depurarle dalla sovrastruttura maggioritaria e renderle idonee ad includere e giustificare più concezioni di dignità e vita buona. Dunque si devono decostruire istituti e valori giuridici per cultura sessuati, secondo un processo che è ad un tempo relativizzante ed universalizzante: si relativizza il paradigma maggioritario per crearne uno più universale ed inclusivo, e quindi in tal senso "sessualmente" più neutro. Per far questo bisogna attivare l'immaginazione e, assai paradossalmente, sono proprio le idee che permettono al genere umano di concepire i limiti e i pericoli del paradigma radicato, per individuarne uno alternativo che ad un tempo sia meno autoritario, più universale, esplicativo e razionale. E la giurisprudenza *McCoskar* è la prova di come la ricerca di paradigmi normativi alternativi che ambiscano a soddisfare questi requisiti debba necessariamente compiersi tramite il soccorso di altre idee, per le quali – afferma il giudice Winter – occorre attingere dalla storia costituzionale, dall'etica riflessa nei valori costituzionali, dal diritto internazionale, dalle tradizioni giuridiche straniere e dalla giurisprudenza mondiale.

Un metodo comparato e pluridisciplinare, questo, la cui validità riceve conferme nella giurisprudenza in tema di orientamento sessuale di molti paesi, anche a prescindere dall'esistenza di vincoli giuridici sul punto. Ciò è valso non solo per le Figi – ove, si è visto, la ratifica di convenzioni internazionali in materia di diritti non crea veri e propri obblighi giuridici per lo Stato – ma anche per sistemi tradizionalmente restii alla comparazione e/o alla considerazione della giurisprudenza internazionale. È significativo notare, ad esempio, come in *Lawrence* v. *Texas*[116] la Corte Suprema degli Stati Uniti ricorra per la prima

---

[115] E. Morin, *op. cit.*, 29.

[116] 539 U.S. 558, 123 S. Ct. 2472 (2003); 156 L. Ed. 2d 508; 2003 U.S. LEXIS 5013. A criticare aspramente tale approccio in *Lawrence* è stato il giudice conservatore Antonin Scalia, il quale nella sua opinione dissenziente ha negato

ai precedenti di altri Stati per annullare *Bowers* v. *Hardwick*[117] e affermare l'illegittimità, per lo Stato, di considerare un crimine l'attività sessuale sodomitica svolta in privato fra due adulti consenzienti.

Lawrence guarda alla giurisprudenza di molti paesi, e in particolare a quella della Corte europea dei diritti dell'uomo, senza tuttavia chiarirne lo specifico ruolo normativo nell'annullamento di *Bowers*[118]. Già prima di *Lawrence* i giudici avevano annunciato la rilevanza dei precedenti costituzionali stranieri a fondamento delle loro decisioni[119]. L'attenzione americana per l'esperienza costituzionale transna-

---

apertamente il valore della comparazione giuridica come strumento di interpretazione costituzionale, sostenendo che la qualificazione di un diritto come costituzionalmente protetto non poteva basarsi sul fatto che alcuni Stati americani – o, peggio ancora, talune corti straniere – avevano deciso di alleviare o eliminare le sanzioni penali a carico di un dato comportamento. *Lawrence v. Texas*, cit., 598 (Scalia J. *dissenting*, part III): "[c]onstitutional entitlements do not spring into existence because some States choose to lessen or eliminate criminal sanctions on certain behavior. Much less do they spring into existence, as the Court seems to believe, because *foreign nations* decriminalize conduct. […] *Bowers*' rational-basis holding is likewise devoid of any reliance on the views of a 'wider civilization', […]. The Court's discussion of these foreign views (ignoring, of course, the many countries that have retained criminal prohibitions on sodomy) is therefore meaningless dicta. Dangerous dicta, however, since 'this Court… should not impose foreign moods, fads, or fashions on Americans'".

[117] 478 U.S. 186 (1986), che considera le previsioni statali di sodomia conformi al diritto alla privacy sussumibile nella *Due Process clause.*

[118] A.S. Leonard, *The impact of international human rights developments and sexual minority rights*, in 49 *N. Y.L. Sch. L. Rev.,* 525 (2004-2005); D. Smith, *Continental drift: the European Court of Human Rights and the abolition of anti-sodomy laws in* Lawrence v. Texas, in 72 *U. Cin. L. Rev.,* 1799 (2004); E. Gerstmann, *We are the world? What United States courts can and should learn from the law and politics of other nations*, in 1 *J. Int'l L. & Int'l Rel.,* 279 (2004-2005); M.D. Ramsey, *International materials and domestic rights: reflections on* Atkins *and* Lawrence, in 98 *Am. J. Int'l L.* 69 (2004); R.D. Glensy, *Which countries count? "Lawrence v. Texas" and the selection of foreign persuasive authority*, in 45 *Va. J. Int'l L.* 357 (2005); R.P. Alford, *Federal courts, international tribunals, and the continuum of deference: a postscript on* Lawrence v. Texas, in 44 *Va. J. Int'l L.,* 913 (2004); S.G. Calabresi, Lawrence, *the fourteenth amendment, and the Supreme Court's reliance on foreign constitutional law: an originalist reappraisal*, in 65 *Ohio St. L.J.,* 1057 (2004); W.D. Araiza, *Foreign and international law in constitutional gay rights litigation: what claims, what use, and what law?*, in 32 *Wm. Mitchell L. Rev.* 455 (2006); W.N. Eskridge Jr., *United States:* Lawrence v. Texas *and the imperative of comparative constitutionalism*, in 2(3) *Int'l J. Const. L.* 556 (2004).

[119] Si v.: *Thompson v. Oklahoma*, 487 U.S. 815 (1988) (il riferimento a leggi e pratiche di altri Paesi fonda la decisione di escludere l'esecuzione capitale di un

zionale era stata fortemente caldeggiata dal giudice capo William Rehnquist, il quale aveva ammonito le corti americane "di guardare alle decisioni di altre Corti costituzionali come ausilio al processo deliberativo giudiziale"[120]. Sulla stessa scia, Sandra Day O'Connor riconobbe che "sebbene il diritto internazionale e il diritto delle altre nazioni siano sporadicamente vincolanti per le pronunce delle corti americane, le conclusioni raggiunte in altri paesi e dagli organi internazionali dovrebbero in alcuni casi costituire precedenti persuasivi nelle corti americane […]. Pur essendo compito finale dei giudici quello di interpretare il sistema giuridico di appartenenza, c'è tanto da imparare da altre tradizioni giuridiche che hanno apportato idee alla soluzione di questioni complesse e analoghe a quelle interne"[121].

---

giovane quindicenne; tuttavia si noti il dissenso espresso dal giudice Scalia a p.868 nota 4: "[w]e must never forget that it is a Constitution for the United States of America that we are expounding. The practices of other nations, particularly other democracies, can be relevant to determining whether a practice uniform among our people is not merely a historical accident, but rather so "implicit in the concept of ordered liberty" that it occupies a place not merely in our mores but, text permitting, in our Constitution as well. But where there is not first a settled consensus among our own people, the views of other nations, however enlightened the Justices of this Court may think them to be, cannot be imposed upon Americans through the Constitution") e *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304 (2002) (l'annullamento dell'ordine di esecuzione capitale di un criminale ritardato di mente è sostenuto sulla base delle leggi vigenti in altri Stati; da notare ugualmente il dissenso di Rehnquist C.J. unito a Scalia e Thomas JJ. a p.324: "I fail to see, however, how the views of other countries regarding the punishment of their citizens provide any support for the Court's ultimate determination"). Sull'uso della comparazione da parte delle Corti americane può leggersi in generale: D.E. Childress III, *Using Comparative Constitutional Law to Resolve Domestic Federal Questions*, in 53 *Duke Law Journal* 193 (2003) (in http://www.law.duke.edu/journals/dlj/articles/ dlj53p193.htm#H2N6).

[120] W.H. Rehnquist, *Constitutional Courts-Comparative Remarks*, Address in Commemoration of the Fortieth Anniversary of the German Basic Law (1989), ristampato in *Germany and Its Basic Law: Past, Present and Future-A German-American Symposium*, Paul Kirchoff & Donald P. Kommers eds., Nomos, 1993, 411-412.

[121] S.D. O'Connor, *Keynote Addresse before the Ninethy-Sixth Annual Meeting of the American Society of International Law (Mar. 16, 2002)*, 96 *Am. Soc'y Int'l L. Proc* 348 (2002), 350. Sul valore positivo della comparazione, v. anche: R. Bader Ginsburg, *Looking beyond Our Borders: The Value of a Comparative Perspective in Constitutional Adjudication*, in 40 *Idaho Law Review* 1 (2003); A.V. Kralingen, *The dialogic saga of same-sex marriage: EGALE, Halpern, and the relationship between suspended declarations and productive political discourse and rights*, in 62 *U. Toronto Fac. L. Rev.* 149 (2004); R. Wintemute, *The Massachusetts*

Molti concetti chiave della costituzione americana – come "liberty", "equal protection", o anche "speech" – sono suscettibili delle interpretazioni più diverse, sicché per stabilire, ad esempio, quali libertà siano protette dalla *Due Process clause*, le corti devono preliminarmente domandarsi se i diritti considerati siano impliciti nel concetto di "ordered liberty". Il rischio che inevitabilmente si corre nell'interpretare questi concetti aperti risiede nella loro esclusiva identificazione contenutistica con concezioni soggettive parziali, ovvero nell'elaborazione di una teoria che, contrariamente a quanto auspicato da Morin, finirebbe per imporre i suoi verdetti in maniera autoritaria a coloro che sposano visioni diverse, e per assolutizzare idee in cui si riconosce solo una parte dell'umanità. Perciò, affinché i giudici e gli interpreti possano rendersi conto se si stia incappando nell'errore di pietrificare concetti costituzionali aperti in concezioni personali, o comunque di una parte soltanto dell'umanità, si dovrebbe controllare se giudici di estrazione culturale e giuridica differenti abbiano raggiunto conclusioni identiche. Se la risposta a questo test è affermativa, allora il giurista può essere certo che la sua determinazione riflette un consenso diffuso o una realtà normativa (più) obiettiva. Se, al contrario, l'esito è negativo, allora l'interprete dovrebbe prendere atto dell'esistenza di una pluralità di vedute, e quindi rivedere la sua posizione alla luce di un paradigma più aperto capace di contenere e giustificare più concezioni. Una teoria accettabile, soprattutto in virtù della sua applicazione sociale, deve

---

same-sex marriage case: could decisions from Canada, Europe, and South Africa help SJC?, in 38 *New Eng. L. Rev.* 505 (2004). Non mancano, tuttavia, inclinazioni negative verso la *comparative constitutional analysis*: *Appropriate Role of Foreign Judgments in the Interpretation of American Law: Hearing on H. Res. 568 Before the Subcomm. on the Const. of the House Comm. on the Judiciary*, 108th Cong., 2d Sess. 1 (Mar. 25, 2004) (opening Statement of Steve Chabot, Chairman of the Subcommittee on the Constitution); J. Wooten, *Mass. ruling a powder keg*, in *Atlanta Journal-Constitution*, Nov. 23, 2003, P6; *Danger from foreign legal precedent*, in *Washington Times*, Mar. 25, 2004, A20; M. Steyn, *Gettin' with the beat*, in *National Review*, Nov. 24, 2003, 56 (citati in D. S. Law, *Generic Constitutional Law*, in 23 *University of San Diego School of Law: University of San Diego Public Law and Legal Theory Research Paper Series* 3 (September 2004), in http://law.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1015&context=sandiegolwps).

necessariamente uscire dal circuito chiuso delle preferenze personali ed attingere i valori ad un livello transpersonale[122].

Emerge la necessità di equipaggiare anche il pensiero giuridico – in modo non troppo dissimile da quello filosofico ed etico – di metodi di universalizzazione o di massimizzazione che consentano di selezionare e trascegliere le preferenze dei singoli agenti. Non è questa la sede più adatta per svolgere un'analisi completa dei vari metodi di universalizzazione individuati dalla letteratura filosofica e delle loro reciproche relazioni[123]. Ciò che qui è necessario rilevare è che anche ai fini dell'interpretazione costituzionale è fondamentale individuare dei metodi o artificî che siano in grado di operare una mediazione, una scrematura tra le diverse preferenze soggettive, scartando quelle che derivano da una percezione meramente personale e scegliendo, all'opposto, quelle intersoggettivamente valide per tutti gli individui coinvolti in una situazione di decisione.

È evidente, pertanto, che il rifiuto dei valori oggettivi – degli universali, per riprendere ancora una volta Morin – di per sé non implica che la problematica dell'oggettività di una teoria giuridica sia accantonata. Questa, al contrario, è un'esigenza testimoniata dalla giurisprudenza in tema di orientamento sessuale e ben presente sullo sfondo dell'indagine costituzionale contemporanea, ma nel senso recessivo di un'oggettività intesa come validità intersoggettiva. E l'idea portata avanti dalle corti – e sulla cui scia si è deciso di sten-

---

[122] Hume, ad esempio, ha individuato nelle preferenze soggettive, accanto ad un ingrediente egoistico, anche una componente altruistica, in forza della quale ogni soggetto sarebbe animato anche da benevolenza nei riguardi degli altri uomini. Tuttavia la benevolenza, che in base a tale concezione sarebbe connaturata negli interessi umani, non scaturisce da un riconoscimento del valore oggettivo dell'altro, quanto piuttosto da un interesse di fatto che ognuno ha al bene altrui, così che non è necessario abbandonare il piano delle preferenze soggettive per dare ragione di un possibile comportamento altruistico. Il principio fondamentale diventa così quello della massimizzazione della soddisfazione delle preferenze soggettive: D. Hume, *Trattato sulla natura umana*, in A. Carlini, E. Lecaldano, E. Ristretta (a cura di), *Opere filosofiche 1*, Laterza, Bari, 1993; per un'interessante proposta etica di stampo utilitaristico cfr. anche: F. Savater, *Etica come amor proprio*, Roma-Bari, Laterza, 1998, 1-312.

[123] Per una panoramica ragionata si rinvia a B. De Mori, *Diritti morali ed etica normativa. Tra deontologismo kantiano e consequenzialismo utilitarista*, Pisa, ETS, 2002, 65-103.

dere questo libro – è che la comparazione con altri ordinamenti stranieri, l'analisi dei diversi livelli sovra e sub-statali e l'approccio pluridisciplinare siano tutti ottimi artificî che agevolano la depurazione di valori e concetti costituzionali aperti da forme indebite di soggettività. Strumenti credibili, questi, per ridurre le possibilità di errore e di illusione, per sviluppare paradigmi mentali al passo coi tempi o col concetto mutevole di umanità, per consentire ad eterosessuali, omosessuali e bisessuali di non essere più vittime incoscienti delle loro stesse idee e delle menzogne nei confronti di sé. Comparazione, dunque, come metodo del pluralismo, perché – scrive William Eskridge in commento a *Lawrence* – "una volta che alcuni paesi hanno accordato alle persone omosessuali un uguale trattamento senza alterare il loro sistema pluralistico, sale il prezzo per negare ai gay gli stessi diritti negli Stati Uniti e si indeboliscono le argomentazioni addotte contro l'eguaglianza"[124].

Il metodo della comparazione non è solo il più opportuno ai fini di conoscenza, di verifica e critica delle conoscenze[125]. A volte è anche l'unico utilizzabile rispetto ad ordinamenti che, in nome del pluralismo e dell'apertura, vincolano l'ordinamento interno al rispetto del diritto internazionale e/o richiedono che l'interpretazione dei *Bill of Rights* sia compiuta nella consapevolezza di ciò che accade al di fuori dei confini nazionali. La sez. 39(1) cost. finale sudafricana dispone, fra diverse carte di nuova generazione, che nell'interpretare il *Bill of Rights* i giudici "devono considerare il diritto internazionale; e […] possono considerare il diritto straniero". Non è una mera casualità, poi, che in *S v. Makwanyane* – il *leading case* sul concetto di dignità umana – la Corte costituzionale sudafricana abbia addirittura asserito la rilevanza, ai fini interpretativi, non solo del *binding public international law*, ma anche di quello non vincolante. Ciò perché – si legge nella motivazione del *dicta* – "gli accordi internazionali e il diritto internazionale consuetudinario forniscono una cornice normati-

---

[124] W.N. Eskridge Jr., *United States:* Lawrence v. Texas *and the imperative of comparative constitutionalism*, in 2(3) *International Journal of Constitutional Law,* 556 (2004), 559.

[125] G. de Vergottini, *Diritto costituzionale comparato*, vol. I, Cedam, Padova, VI ed., 2004, 4-23.

va al cui interno […] il *Bill of Rights* può essere interpretato e compreso, e perciò le decisioni di tribunali e organi come il Comitato dei Diritti Umani delle Nazioni Unite, la Commissione Inter-Americana sui Diritti Umani, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, e in alcune circostanze i rapporti di agenzie specializzate come l'Organizzazione Internazionale del Lavoro *possono fornire indicazioni su come correggere l'interpretazione di alcune particolari disposizioni*"[126]. Conclusioni, queste, cui può giungersi non solo in base al rilievo che la sez. 39 cost. finale non contiene indicazioni specifiche su quale diritto internazionale l'interprete debba considerare, ma soprattutto avvalorando il fatto che la costituzione in parola contiene una lista aperta di diritti fondamentali (sez. 39(3) cost. finale)[127].

Un'ultima precisazione. Si è fin qui sostenuto che il confronto fra più sistemi giuridici e l'apporto di più discipline scientifiche consentono l'attivazione di un approccio critico e lo sviluppo di idee nuove, essenziali per la teorizzazione di paradigmi capaci di concepire la complessità concettuale e di orientare la cognizione delle mutate esigenze sociali. Sotto quest'aspetto, dunque, l'esperienza sudafricana in tema di orientamento sessuale è senza dubbio meritevole di studio ed analisi, perché l'esistenza di una corposa e consolidata giurisprudenza costituzionale consente all'immaginazione e alla logica del giurista di aprirsi a nuove soluzioni e concepire nuovi significati razionali da ascrivere ai valori e diritti costituzionali. A volte, però, il confronto può servire anche per quei sistemi giuridici che, vuoi perché di nuova formazione, vuoi perché più aperti e sensibili al diverso, hanno già deciso di decostruire il paradigma eterosessuale. Per questi, dunque, la comparazione non è solo un modo per far fronte all'inatteso, non potendosi prevedere il modo in cui si presenterà, ma anche il mezzo per confermare i paradigmi complessi già accreditati, per alimentarne l'autorevolezza e la credibilità. Questo spiega perché nel dichiarare l'illegittimità dei crimini di sodomia, la

---

[126] *S v. Makwanyane and another* 1995 3 SA 391 (CC); 1995 (6) BCLR 665 (CC).

[127] J. Dugard, *International law and the final constitution*, in 11(2) *SAJHR,* 241 (1995); Id., *The role of international law in interpreting the Bill of Rights*, in 10(1) *SAJHR,* 208 (1994).

Corte costituzionale sudafricana ha comunque ritenuto di non dover evitare il confronto col sistema statunitense e con l'allora vigente giurisprudenza *Bowers*, che per molti aspetti tracciavano un disegno di tutela delle minoranze sessuali recessivo rispetto a quello nazionale. "La nostra Costituzione del 1996" – afferma il giudice delle leggi sudafricano – "differisce così sostanzialmente […] da quella degli Stati Uniti d'America che l'opinione di maggioranza in *Bowers* non può offrire indicazioni nell'applicazione della nostra Costituzione. La Costituzione del 1996 enuncia espressamente le garanzie di privacy e dignità, per non dire dell'espressa proibizione di discriminazioni ingiuste fondate sull'orientamento sessuale, mentre la Costituzione degli Stati Uniti non lo fa"[128].

---

[128] *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and another v. Minister of Justice* 1999 (1) SA 6 (CC); 1998 (1) BCLR 1517 (CC), § 55.

Parte Seconda

LA TUTELA IMPLICITA DELL'ORIENTAMENTO SESSUALE

Capitolo I

ORIENTAMENTO SESSUALE FRA DIRITTI E VALORI COSTITUZIONALI

L'istituzione dei diritti nei confronti dello Stato non è un dono di Dio o un antico rituale o uno sport nazionale. È una pratica complessa e problematica che rende il lavoro dello Stato, per assicurare il beneficio generale, più difficile e più costoso. E sarebbe una pratica frivola ed errata se non servisse ad uno scopo. Chiunque dichiari di considerare i diritti seriamente, e lodi la nostra organizzazione statale perché li rispetta, deve avere un'idea di cosa questo significhi. Egli deve accettare al minimo una, o entrambe di due importanti idee. La prima è la vaga, ma potente, idea della dignità umana. Questa idea, originariamente di Kant, ma difesa da filosofi di differenti scuole, suppone che ci siano modi di trattare un individuo che sono contraddittori col riconoscerlo membro della comunità umana, e ritiene che tale trattamento sia profondamente ingiusto.

La seconda è l'idea, più familiare, di uguaglianza politica. Questa suppone che i membri di una comunità devono ricevere da parte del loro governo la stessa considerazione e rispetto, che i membri più potenti si sono assicurati; cosicché, se gli individui hanno libertà di decisione, qualunque sia l'effetto sul benessere generale, tutti gli individui devono avere la stessa libertà. Non intendo qui difendere o elaborare queste idee, ma solo insistere sul fatto che chiunque sostenga che i cittadini hanno dei diritti deve accettare idee che sono collegate a queste.

Ha senso dire che un individuo ha un diritto fondamentale nei confronti dello Stato, in un significato forte, come ad esempio il diritto alla libertà di parola, se questo diritto è necessario per proteggere la sua dignità o la sua posizione di eguaglianza nei confronti degli altri. Altrimenti non ha alcun senso.

Se i diritti hanno un senso, la violazione di un diritto relativamente importante deve essere considerata un problema molto serio: significa trattare un individuo non come un essere umano, o come meno degno di considerazione di quanto non lo siano altri individui. L'istituzione di diritti si basa sulla convinzione che questa sia una grave ingiustizia, e che vale la pena pagare dei costi alla politica sociale all'efficienza per prevenirla. È quindi sbagliato dire che esagerare l'importanza dei diritti equivale a violarli. Se lo Stato commette degli errori stando dalla parte dell'individuo, perde semplicemente un po' più di efficienza sociale di quel che dovrebbe perdere; cioè perde un po' di più di ciò che aveva già deciso di perdere. Ma se sbaglia nei confronti dell'individuo, gli infligge un'offesa che merita di essere pagata con molta di quella moneta che bisogna evitare di perdere.

R. Dworkin, 1977

1. *Eguaglianza e libertà come diritti azionabili in giudizio*

L'articolo di apertura della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo recita al suo primo articolo che "[t]utti gli esseri umani nascono liberi ed uguali in dignità e diritti" (art. 1, c. 1, prima parte, UDHR), ponendo da subito l'accento sulla stretta relazione fra diritti e valori costituzionali e affermando l'esistenza di un nucleo forte imprescindibile di tutela eguale dei diritti umani. Tutti gli uomini "sono dotati di ragione e coscienza" (art. 1, c. 2, UDHR). Tutti, quindi, hanno eguali diritti e "devono agire gli uni verso gli altri in spirito di fratellanza" (art. 1, c. 2, seconda parte, UDHR).

Siffatto articolo esprime il fondamento costitutivo razionale dei diritti umani, che è dato dall'imperativo categorico del loro universale riconoscimento all'intero genere umano. Rispetto ai diritti umani gli uomini non possono subire distinzioni di sorta, né essere classificati o posti in categorie diversificate nel trattamento; tutti meritano eguale protezione, considerazione e rispetto perché tutti, egualmente, sono dotati in potenza di ragione e coscienza. L'imperativo è categorico in senso kantiano, perché l'azione richiesta dal comando è rappresentata come fine in sé, e pertanto come necessaria per una volontà di per sé conforme a ragione e come principio della volontà stessa[1].

Se, dunque, in principio è ragionevole e fine in sé riconoscere anche alle minoranze sessuali i diritti umani fondamentali – le quali, in tal senso, risultano implicitamente salvaguardate[2] –, non può tuttavia ignorarsi come la questione dell'effettività dei diritti sia un problema ben più complesso, tuttora avvertito come irrisolto. Kant stesso, d'altronde, sembra mettere in conto l'eventualità di una di-

---

[1] I. Kant, *Fondazione della metafisica dei costume*, a cura di V. Mathieu, Milano, Bompiani, 2003, 107.

[2] J.D. Wilets, *Using International Law to Vindicate the Civil Rights of Gays and Lesbians in United States Courts*, in 27 *Columbia Human Rights Law Review*, 33-56 (1995); V.J. Samar, *"Family" and political Landscape for Lesbian, Gay, Bisexual and Transgender People (LGBT): Gay-Rights as a Particular Instantiation of Human Rights*, in 64 *Albany Law Review* 1008 (2001), secondo il quale "claims of gays and lesbians to rights to privacy, non-discrimination, marriage, parenting, and so forth, are indeed particular instantiations of the human rights found in the U.N. Declaration of Human Rights".

scrasia fra l'imperativo categorico e la realtà empirica, sottolineando come "non dobbiamo *mai* desumere *da un esempio*, e cioè empiricamente, se, in genere, vi sia un imperativo siffatto, bensì preoccuparci del fatto che tutti gli imperativi, che sembrano categorici, potrebbero, tuttavia, essere occultamente ipotetici"[3].

Di qui può evincersi un primo aspetto importante del nucleo forte contenuto nelle clausole di eguaglianza odierne, ossia di quello strumento normativo, configurabile come un meta-diritto, da cui si trae l'esistenza di un nucleo imprescindibile di diritti che costituiscono anzitutto un limite per l'azione dei pubblici poteri. La sua violazione esige una reazione e una tutela, anche a prescindere dal modo in cui si atteggia, su tal punto, il diritto vigente nei singoli ordinamenti. Il nucleo forte è formulato talora in termini positivi come dovere pubblico di riconoscimento universale dei diritti umani, talaltra in veste negativa come divieto di discriminazione assoluta in materia di diritti e libertà fondamentali. Il nucleo forte appare come la risposta positiva degli ordinamenti innanzi alla constatazione di continue ed odiose differenziazioni e lesioni dei diritti umani, specie nei confronti di categorie vulnerabili quali le minoranze razziali, etniche, religiose, sessuali e via dicendo. Se i diritti fondamentali fossero applicati come fini in sé dell'ordinamento, in consonanza con l'imperativo categorico di libertà, mai e poi mai si sarebbe sentita la necessità di positivizzare il nucleo forte in aggiunta alle altre disposizioni sulle libertà.

L'art. 2 UDHR, secondo cui "[a]d ogni individuo spettano tutti i diritti e tutte le libertà enunciate nella presente Dichiarazione, senza distinzione alcuna, per ragioni di razza, di colore, di sesso, di lingua, di religione, di opinione politica o di altro genere, di origine nazionale o sociale, di ricchezza, di nascita o di altra condizione", da un lato positivizza il nucleo forte – categorico – che collega il riconoscimento dei diritti fondamentali al mero fatto di essere un individuo, mentre dall'altro riconosce la realtà storica che ha visto soggetti appartenenti ad alcune categorie espressamente esemplificate come soggetti privati dei loro diritti fondamentali.

---

[3] I. Kant, *Fondazione*, cit., 119 (corsivo originale).

I due profili sono tra loro causalmente connessi: poiché i diritti umani non sono applicati secondo l'ideale kantiano dell'imperativo categorico, gli ordinamenti rispondono con imperativi egualitari a loro volta categorici e assoluti – nuclei forti, appunto – che confermano l'idea razionale dei diritti come valori o fini istituzionali in sé. Dunque gli ordinamenti affrontano il problema dell'ineffettività dei diritti umani ricorrendo al meccanismo egualitario del nucleo forte, ma nel far ciò non sfuggono al rischio di una seconda ineffettività applicativa, la quale, come vedremo, può rinvenirsi più in generale nella natura dei diritti liberali classici e nella tradizionale concezione storica in cui il costituzionalismo è sorto e si è sviluppato.

In alcuni ordinamenti, specialmente in quelli meno recenti, non si è ancora giunti alla positivizzazione del nucleo forte di eguaglianza, ma in molti casi lo si è desunto leggendo il principio di eguaglianza in combinato disposto con i diritti e le libertà fondamentali (*equal liberty*), oppure considerando sospette le classificazioni che incidono sui diritti fondamentali, e conseguentemente inasprendo l'onere probatorio per affermarne la legittimità. Di qui un secondo aspetto importante del nucleo forte di eguaglianza, che ne coglie la duplice valenza da un punto di vista applicativo e processuale. Da un lato, infatti, il riconoscimento dell'esistenza di una differenziazione nell'esercizio di un diritto fondamentale impedisce al legislatore o agli interpreti di porre rimedio alla discriminazione negando a tutti il bene giuridico di cui si discute (eguaglianza al ribasso), consentendo solamente l'estensione indifferenziata dello stesso (eguaglianza al rialzo)[4]. Dall'altro, però, siffatto regime processuale si potrebbe desumere anche *aliunde*, e quindi in tal senso il nucleo forte di eguaglianza svolgerebbe unicamente un ruolo rafforzativo, ma non

---

[4] R. Wintemute, *Sexual Orientation Discrimination as Sex Discrimination: Same-Sex Couples and the Charter in "Mossop"*, Egan *and* Layland, in 39 *MCGLJ* 475 (1994) si pone problematicamente la questione relativa al matrimonio: "[a]ttempts by same-sex couples to achieve equality with opposite-sex couples raise a number of issues for legislatures and courts. One issue is the question of whether the equality, if granted, should take the form of "equalizing up" or "equalizing down": should benefits (including the right to marry) be extended to same-sex couples, or should they be taken away from opposite-sex couples, thereby eliminating the ways in which couple relationships are preferred (justifiably or not) over non-couple relationships?".

determinante. Infatti, stando anche alle parole di Hart "[q]uando si sostiene che il rifiuto di una certa libertà a qualcuno, per esempio di qualche forma di culto religioso o di qualche forma di relazione sessuale, è essenzialmente un diniego di eguale considerazione e rispetto, la parola uguale sta giocando un ruolo vuoto ma ingannevole. Il vizio nel diniego di tale libertà non è la sua ineguaglianza o impatto ineguale: se questo fosse l'inconveniente, la proibizione da parte di un tiranno di ogni forma di culto religioso o di attività sessuale non aumenterebbe la misura del male, come di fatto invece farebbe […]. Il male è il diniego di libertà o rispetto; non di ugual libertà o ugual rispetto; e ciò che è deplorevole è maltrattare le vittime e non la questione relativa del loro trattamento paragonato agli altri"[5].

L'analisi delle clausole di eguaglianza contenute nelle costituzioni e nei principali documenti internazionali a tutela dei diritti rivela una certa eterogeneità di imperativi o meccanismi egualitari ("equal protection", "equality before the law", "equality under the law", "common benefit", "equal benefit", "non discrimination", "affermative action", rispetto della differenza, eguaglianza fra i sessi, divieto di privilegi o immunità, divieto di "bill of attainder", ecc.). Per imperativi o meccanismi egualitari s'intendono quegli strumenti normativi o precetti finalizzati in vario modo al raggiungimento dell'eguaglianza, la quale può assumere, secondo i singoli contesti, accezioni formali (eguale trattamento), sostanziali (eguale risultato), oppure intermedie (eguale considerazione od opportunità). L'eguaglianza pertanto include e specifica anche imperativi egualitari di portata diversa rispetto al nucleo forte, i quali in molti casi implicano vincoli e doveri autonomi rispetto a quelli già desumibili dalle previsioni sui diritti e le libertà fondamentali. L'art. 7 UDHR, ad esempio, si aggiunge all'art. 2 e dispone che "[t]utti sono eguali dinanzi alla legge e hanno diritto, senza alcuna discriminazione, ad una eguale tutela da parte della legge. Tutti hanno diritto ad una eguale tutela contro ogni discriminazione che violi la presente Dichiarazione come contro qualsiasi incitamento a tale discriminazione".

L'art. 2.1 del Patto internazionale sui diritti civili e politici contempla l'eguaglianza come nucleo forte – "[c]iascuno degli Stati

---

5 H.L.A. Hart, *Tra utilità e diritti*, in *Sociologia del diritto*, 1979, 1/2, 22.

parte del presente Patto si impegna a rispettare ed a garantire a tutti gli individui che si trovino sul territorio e siano sottoposti alla sua giurisdizione i diritti riconosciuti nel presente Patto, senza distinzione alcuna, sia essa fondata sulla razza, il colore, il sesso, la lingua, la religione, l'opinione politica o qualsiasi altra opinione, l'origine nazionale o sociale, la condizione economica, la nascita o qualsiasi altra condizione" – ma all'art. 26 aggiunge che "[t]utti gli individui sono eguali dinanzi alla legge e hanno diritto, senza alcuna discriminazione, ad un'eguale tutela da parte della legge. A questo riguardo, la legge deve proibire qualsiasi discriminazione e garantire a tutti gli individui una tutela eguale ed effettiva contro ogni discriminazione, sia essa fondata sulla razza, il colore, il sesso, la lingua, la religione, l'opinione politica o qualsiasi altra opinione, l'origine nazionale o sociale, la condizione economica, la nascita e qualsiasi altra condizione".

Il Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali (ICESCR) all'art. 2.2 dispone che "[g]li stati parti del presente Patto si impegnano a garantire che i diritti in esso enunciati verranno esercitati senza discriminazione alcuna, sia essa fondata sulla razza, il colore, il sesso, la lingua, la religione, l'opinione politica o qualsiasi altra opinione, l'origine nazionale o sociale, la condizione economica, la nascita o qualsiasi altra condizione", e giacché all'art. 2(1) si specifica che "[c]ciascuno degli stati parti del presente Patto si impegna ad operare […] al fine di assicurare progressivamente con tutti i mezzi appropriati, compresa in particolare *l'adozione di misure legislative*, la piena attuazione dei diritti riconosciuti nel presente Patto", il menzionato principio di non discriminazione risulta applicabile anche nei confronti delle misure attuative che disciplinano l'esercizio di diritti fondamentali riconosciuti dalla Carta.

La Convenzione americana sui diritti umani all'art. 1.1 stabilisce che "[t]he states parties to this Convention undertake to respect the rights and freedoms recognized herein and to ensure to all persons subject to their jurisdiction the free and full exercise of those rights and freedoms, without any discrimination for reasons of race, color, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, economic status, birth or any other social condition", e all'art. 24 accorda il "diritto all'eguale protezione", in base al quale

"[a]ll persons are equal before the law. Consequently, they are entitled, without discrimination, to equal protection of the law".

La Carta Africana dei diritti umani e dei popoli specifica all'art. 2 il "nucleo forte" dell'eguaglianza – "[e]very individual shall be entitled to the enjoyment of the rights and freedoms recognized and guaranteed in the present Charter without distinction of any kind such as race, ethnic group, color, sex, language, religion, political or any other opinion, national and social origin, fortune, birth or other status" – mentre all'art. 3 dispone che "[e]very individual shall be equal before the law. Every individual shall be entitled to equal protection of the law".

Come noto la Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali specifica soltanto il nucleo forte dell'eguaglianza – l'art. 14 sancisce che "[i]l godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione dev'essere assicurato senza distinzione di alcuna specie, come di sesso, di razza, di colore, di lingua, di religione, di opinione politica o di altro genere, di origine nazionale o sociale, di appartenenza a una minoranza nazionale, di ricchezza, di nascita o di altra condizione" – ma a seguito della ratifica ed entrata in vigore del Protocollo No. 12 del 4 novembre 2000 anche il sistema CEDU sarà dotato di un più ampio principio di non-discriminazione circa "[i]l godimento di qualunque diritto riconosciuto dalla legge".

Il Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa sancisce sia l'"eguaglianza davanti alla legge" (art. II-80: "[t]utte le persone sono uguali davanti alla legge"), sia il precetto di "non-discriminazione" (art. II-81: "[è] vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, gli *handicap*, l'età o le tendenze sessuali"). A queste si aggiungono disposizioni sul rispetto della diversità culturale, linguistica e religiosa (art. II-82) e sulla parità tra uomini e donne (art. II-83).

L'*Equal Protection clause* della costituzione USA merita un cenno particolare. È enunciata assieme ad altre cluasole nel XIV Emendamento, il quale dispone che "[a]ll persons born or naturalized in

the United States and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the States wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privilege or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the law". La portata normativa di tale clausola – per così dire – essenziale nel suo tenore letterale è stata completamente tracciata dalla giurisprudenza stratificata della Corte Suprema, realizzando una vera e propria dottrina in merito ("equal protection doctrine")[6]. In particolare, la Corte Suprema ha delineato un giudizio di eguaglianza a più livelli, in guisa da applicare distinti standard di giudizio a seconda del tipo di classificazione utilizzata dal legislatore. Dal 1967 ad oggi, il controllo del rispetto dell'*Equal Protection* da parte del legislatore nazionale o federale è svolto dalle corti secondo una triplice modalità[7].

Le distinzioni sospette (*suspect classifications*[8]) – ovvero quelle che rivestono maggiore pregnanza sociale, come quelle fondate sulla razza, religione, etnia, origine nazionale, nonché quelle che inci-

---

[6] Per un'analisi esaustiva dell'*equal protection doctrine* si raccomandano: P. G. Renstrom, *Constitutional Rights Sourcebook*, ABC-CLIO, Santa Barbara, 1999, 463-605; G.R. Stone, L.M. Seidman, C.R. Sunstein, M.V. Tushnet, *Constitutional Law*, Aspen Publishers, Inc., Legal Education Division, Gaithersburg-New York, 2001, 421-685; J. Tussman, J. tenBroek, *The Equal Protection of the Laws*, in 37 *California Law Review*, 341 (1949); L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, Foundation Press, Mineola, NY, 1988², 1439-1443, 1610; J.E. Nowak, R.D. Rotunda, *Constitutional Law*, 5th ed., West Publishing Co., St. Paul, Minnesota, 1995, 363, 384, 600-959.

[7] Con *Loving* v. *Virginia* 388 U.S. 1 (1967) si cessa di ritenere l'*Equal Protection clause* come clausola che impone semplicemente l'eguale sottoposizione ad una stessa disciplina di soggetti diversi: lo Stato della Virginia sosteneva che le norme che impedivano il matrimonio interrazziale non ponessero alcuna discriminazione odiosa poiché i bianchi e i neri erano entrambi soggetti alla stessa pena ("the statute could not be said to discriminate against Negroes because the punishment for each participant in the offense was the same"). Tuttavia, la Corte sostiene che il XIV Emendamento non è soddisfatto con la mera eguale applicazione di una stessa disciplina, bensì occorre giudicare le singole classificazioni alla luce del loro scopo.

[8] La categoria è stata coniata per la prima volta in *Toyosaburo Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214, 216 (1944): "all legal restrictions which curtail the civil rights of a single racial group are immediately suspect".

dono sul godimento di diritti fondamentali ("nucleo forte") – sono sottoposte a un penetrante sindacato (*strict scrutiny*) e a una forte presunzione di illegittimità, indi a un pesante onere della prova a carico della parte che ne afferma la validità[9]. Si assolve all'onere della prova dimostrando due elementi: (a) lo stringente interesse pubblico (*compelling state interest*), e (b) un nesso di assoluta necessità tra mezzi impiegati e fine perseguito (*narrowly tailored*)[10]. Le distinzioni quasi sospette (*quasi-suspect classifications*), ovvero quelle fondate sul sesso e genere, sono sottoposte ad un sindacato intermedio (*heightened scrutiny*) che comporta una presunzione sfavorevole alla validità della legge meno pesante rispetto a quella delle distinzioni sospette. In questo caso, l'onere della prova è soddisfatto se: (a) sussiste un importante interesse pubblico (*important state interest*), e se (b) si prova uno stretto nesso di collegamento tra mezzo e fine, sicché il primo deve risultare idoneo, non pretestuoso e proporzionato rispetto al secondo, ovvero sufficiente e non sostituibile senza difficoltà con altri mezzi (*closely related* o *substantially related*)[11].

---

[9] L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, cit., 1451: "the idea of strict scrutiny acknowledges that other political choices – those burdening fundamental rights, or suggesting prejudice against racial or other minorities – must be subjected to close analysis in order to preserve substantive values of equality and liberty. Although strict scrutiny in this form ordinarily appears as a standard for judicial review, it may also be understood as admonishing lawmakers and regulators as well to be particulary cautious of their own purposes and premises and of the effects of their choices". In un solo caso la classificazione sospetta condotta sulla base della razza ha passato il vaglio dello *strict scrutiny*: *Wittmer v. Peters*, 87 F.3d 916 (7th Cir. 1996), *cert. denied*, 519 U.S. 1111 (1997). In questo caso, la Corte d'Appello federale ha ritenuto che l'assunzione di un ufficiale di colore in un *boot camp*, in preferenza di candidati bianchi altamente referenziati, rispondeva all'interesse preminente di riequilibrare la composizione razziale del personale del sistema detentivo in questione.

[10] *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), 155: "[w]here certain 'fundamental rights' are involved, the Court has held that regulation limiting these rights may be justified only by a 'compelling state interest' […], and that legislative enactments must be narrowly drawn to express only the legitimate state interests at stake".

[11] *Mississippi University for Women v. Hogan*, 458 U.S. 718 (1982), 725 n. 10: "[i]f the State's objective is legitimate and important, we next determine whether the requisite direct, substantial relationship between objective and means is present"; *Plyler v. Doe*, 457 U.S. 202 (1982), 217 n. 15: "[w]ith respect to such classifications, it is appropriate to enforce the mandate of equal protection by requiring the State to demonstrate that its classification has been precisely tailored to

Infine, il terzo *test* è quello della mera ragionevolezza (*rational basis test*) applicato in via residuale per le classificazioni diverse da quelle sospette e "quasi sospette", che implica la dimostrazione di un ragionevole legame tra la singola previsione (*rationally related*) e un fine legittimo (*legitimate state interest*)[12].

1.1 *Azionabilità del diritto al libero orientamento sessuale*

Perché un diritto sia fondamentale – afferma Palombella – "dobbiamo certamente concepirlo come dotato di valore in sé, ma questo non è sufficiente: deve trattarsi anche di un valore prioritario, di un valore *ultimo*, come si è propensi a credere per quei diritti che proteggono un interesse fondamentale, quale la vita, la dignità, la libertà degli individui; un interesse che non è *derivato* da un altro di grado più elevato, e che integra invece un obiettivo ultimo, come molti generalmente reputano, ad esempio, il benessere degli esseri

---

serve a compelling governmental interest. In addition, we have recognized that certain forms of legislative classification, while not facially invidious, nonetheless give rise to recurring constitutional difficulties; in these limited circumstances we have sought the assurance that the classification reflects a reasoned judgment consistent with the ideal of equal protection by inquiring whether it may fairly be viewed as furthering a substantial interest of the State".

[12] La maggioranza dei giudici ha utilizzato il tradizionale *rational basis test* per approvare classificazioni – non basate su criteri sospetti né aventi la finalità di escludere una una classe di persone dalla protezione giuridica – concernenti (1) il diritto di ricevere sussidi o benefici sociali di ogni tipo: *United States Department of Agriculture v. Moreno*, 413 U.S. 528 (1973), *Lyng v. Castillo*, 477 U.S. 635 (1986) (buoni pasto); *Dandridge v. Williams*, 397 U.S. 471 (1970), *Jefferson v. Hackney*, 406 U.S. 535 (1972), *Bowen v. Gilliard*, 483 U.S. 587 (1987) (assegni per famiglie con figli a carico); (2) l'uso della proprietà: *Hodel v. Indiana*, 452 U.S. 314 (1981); (3) il pubblico impiego: *Massachusetts Board of Retirement v. Murgia*, 427 U.S. 307 (1976), *Exxon Corp. v. Governor of Maryland*, 437 U.S. 117 (1978), *Vance v. Bradley*, 440 U.S. 93 (1979), *Gregory v. Ashcroft*, 501 U.S. 452 (1991); (4) il diritto all'abitazione: *James v. Valtierra*, 402 U.S. 137 (1971), *Lindsey v. Normet*, 405 U.S. 56 (1972), *Village of Belle Terre v. Boraas*, 416 U.S. 1 (1974), *Moore v. City of East Cleveland*, 431 U.S. 494 (1977), *City of Cleburne v. Cleburne Living Center*, 473 U.S. 432 (1985); (5) il diritto all'istruzione pubblica (v.: *San Antonio Independent School District v. Rodriguez*, 411 U.S. 1 (1973), *Plyler v. Doe*, 457 U.S. 202 (1982), *Martinez v. Bynum*, 461 U.S. 321 (1983), *Kadrmas v. Dickinson Public Schools*, 487 U.S. 450 (1988).

umani"[13]. Il diritto al libero orientamento sessuale è annoverabile fra questi.

È un diritto fondamentale solo apparentemente nuovo. Questo ha cominciato ad affermarsi alla fine del ventesimo secolo grazie ai movimenti di liberazione sessuale, e alla conseguente visibilità delle minoranze sessuali, ma sotto il profilo strutturale e contenutistico è interamente espressione di diritti e libertà tradizionali. Il diritto al libero orientamento sessuale discende dai diritti di dignità umana, eguaglianza, libertà, privacy, coscienza, espressione, associazione, e altri ancora, dunque in gran misura dai diritti di prima generazione, ma il rapporto di discendenza non assume il significato di mera *derivazione* da interessi altri di grado più elevato. Al contrario, la discendenza del diritto in questione esprime l'idea di integrazione di obiettivi ultimi che realizzano il benessere degli esseri umani, e quindi dalla sua affermazione dipende la piena soddisfazione d'interessi immediatamente riconducibili ai diritti/valori universali di dignità, eguaglianza e libertà. È un diritto nuovo in senso cronologico perché sino ad oggi disconosciuto o assicurato parzialmente in molte società statali, e non perché strutturalmente o ideologicamente innovativo[14].

In assenza di disposizioni *ad hoc* sull'orientamento sessuale le minoranze sessuali hanno fatto ricorso a tre distinte strategie per proteggere i loro eterogenei interessi. In particolare, hanno inquadrato l'esclusione da certe opzioni normative come violazione: (1) di uno o più diritti fondamentali (*liberty argument*); (2) dell'eguaglianza (*equality argument*); (3) di entrambi, libertà fondamentali ed eguaglianza (*equal liberty argument*, ergo: nuleo forte)[15]. La scelta fra l'una o le altre opzioni è dipesa eminentemente dal tipo di ri-

---

[13] G. Palombella, *Diritti come norme e come fini*, in *Ragion Pratica*, 2003, 20, 92.

[14] H. Lau, *Sexual orientation: testing the universality of international human rights law*, in 71 *U. Chi. L. Rev.*, 1689 (2004).

[15] R. Wintemute, *Sexual orientation*, cit., 17: l'A. ritiene che gli *arguments* a protezione del libero orientamento sessuale siano tre: 1) "immutable status argument"; 2) "fundamental choice argument"; 3) "sex discrimination argument". Qui si è ritenuto di unificare i profili *sub* 1) e 3) in quanto entrambi discendenti dall'*equality principle.* In merito alle strategie difensive utilizzate dalla giurisprudenza canadese si veda E. Ceccherini, *Sexual Orientation in Canadian* Law, a cura di G. Rolla, Giuffrè Editore, Milano, 2004, *passim*.

vendicazione avanzata, nonché dagli sviluppi del diritto vivente che, nei vari livelli di riferimento – statale, internazionale regionale e generale – hanno influito significativamente sulla scelta di ciascun argomento difensivo e sul relativo esito processuale.

Eguaglianza e libertà fondamentali sono argomenti giuridici che consentono di raggiungere obiettivi diversi. Immaginiamo quattro diversi scenari normativi. Poniamo che un ipotetico Stato "A" vieti, anche nell'ambito della relazione coniugale, qualunque rapporto sessuale fra individui d'età inferiore ad anni trenta, e che questo Stato non discrimini le minoranze sessuali in alcun specifico settore materiale. Supponiamo, poi, che un secondo Stato "B", oltre a prevedere lo stesso divieto sancito da "A", punisca specificamente qualunque attività sessuale omosessuale avuta fra adulti consenzienti prima del compimento di anni trentacinque. Circa il terzo Stato "C", ipotizziamo che questo consideri legittima l'attività sessuale se compiuta da persone consenzienti aventi almeno quattordici anni d'età e che, tuttavia, elevi a ventuno anni l'età per acconsentire al rapporto sessuale omosessuale. In ultimo, immaginiamo uno Stato "D" che riconosca a tutti il diritto ad intrattenere rapporti sessuali al compimento di anni quattordici, e che però eroghi gratuitamente contraccettivi solo alle coppie di sesso opposto.

Dato per assodato che nello Stato "A" le minoranze sessuali sono oppresse, questa circostanza dipende eminentemente da un clima generalizzato d'oppressione sessuale. Pertanto, sia le minoranze sessuali sia gli eterosessuali potrebbero rivendicare il diritto ad esprimere compiutamente la propria sessualità, ad esempio asserendo la violazione del diritto fondamentale alla privacy, e i giudici dovrebbero conseguentemente proteggere tale interesse in base alle previsioni di libertà (*liberty argument*). In tale contesto potrebbe apparire altresì discutibile la presenza di una minoranza sessuale, almeno rispetto al riconoscimento giuridico di diritti. Per questo apparirebbe priva di fondamento un'iniziativa volta ad ottenere il riconoscimento di diritti collegati ad uno specifico orientamento sessuale (*equality argument* o *equal liberty argument*), giacché nessuno potrebbe dirsi propriamente discriminato rispetto ad altri. Le minoranze sessuali non potrebbero lamentare nemmeno la presenza di una discriminazione indiretta dato che, in tal caso, il divieto formalmente

neutro non colpirebbe specificamente un particolare gruppo sociale vulnerabile. Tutti sarebbero egualmente oppressi e privati di una libertà sessuale fondamentale, e chiunque potrebbe agire per ottenere rimedio a tale lesione.

Nello Stato "B", invece, le minoranze sessuali potrebbero optare per due distinte strategie. Esse potrebbero: (1) lamentare unicamente la presenza di un'arbitraria discriminazione lesiva dell'eguaglianza di fronte alla legge, e chiedere il riconoscimento di un trattamento normativo eguale a quello accordato alla maggioranza eterosessuale (*equality argument*); (2) evitare di perseguire l'obiettivo più limitato – quello della mera soppressione della disciplina discriminatoria nei confronti degli omosessuali –, ed intraprendere l'iniziativa più radicale, eventualmente in compartecipazione con la maggioranza eterosessuale, al fine di ottenere il sostanziale e generale riconoscimento del diritto ad intrattenere rapporti sessuali in età matura, riconducile al diritto fondamentale di privacy (*liberty argument*). Le due diverse iniziative non si escluderebbero a vicenda, e potrebbero essere intraprese cumulativamente con presumibile e auspicabile successo di fronte ai giudici. Fra le due possibili alternative utilizzabili la seconda è indubbiamente più appetibile, perché non realizzerebbe il mero ristabilimento dell'eguaglianza formale ma eliminerebbe l'oppressione sessuale[16]. Risulterebbe, invece, poco plausibile il ricorso all'argomento dell'eguale libertà, solo in principio ipotizzabile, poiché nello stato "B" le minoranze sessuali non sono private di una libertà fondamentale siccome specificamente discriminate in ragione dell'orientamento sessuale, bensì perché oppresse al pari di tutta la restante società civile. Il trattamento differenziato ulteriore che queste ricevono lede certamente l'eguaglianza di fronte alla legge, ma non è di per sé la causa del clima generalizzato di oppressione sessuale.

Nello Stato "C" le circostanze sono ben diverse, perché i soli ad essere discriminati nell'esercizio di un diritto fondamentale sono gli

---

[16] E. Heinze, *Sexual Orientation: a Human Right*, cit., 134: "rights of sexual orientation are required by human rights law to the degree, and only to the degree, that they refer specifically to discrimination on the basis of sexual orientation (that is, not to sexuality or to oppression generally)".

appartenenti alle minoranze sessuali. Un corretto ripristino delle garanzie costituzionali richiederebbe l'estensione a tutti dell'opzione negata, e quindi postulerebbe necessariamente il ricorso giudiziale a due argomenti giustificativi: (1) la lesione di una o più libertà fondamentali (*liberty argument*); (2) la violazione del diritto a non subire discriminazioni nell'esercizio di una o più libertà fondamentali (*equal liberty argument*)[17]. L'operatore che si accingesse a determinare il rimedio costituzionalmente necessario rilevando unicamente l'occorsa lesione del diritto all'eguaglianza di fronte alla legge, e/o del diritto a non subire arbitrarie discriminazioni (*equality argument*), potrebbe incorrere nell'errore di negare a tutti indistintamente un'opzione riconosciuta come fondamentale. Così facendo l'eguaglianza sarebbe ripristinata, ma paradossalmente il *vulnus* costituzionale risulterebbe addirittura amplificato.

Nello Stato "D" il ripristino dell'ordine costituzionale violato dovrebbe fondarsi unicamente sull'eguaglianza (*equality argument*). Posto, infatti, che tutti sono liberi di intrattenere rapporti sessuali in un'età supposta ragionevolmente consona, e che quindi nessun diritto fondamentale subisce lesioni, le minoranze sessuali potrebbero rivendicare con successo solo il diritto ad un trattamento eguale nella distribuzione di benefici normativi aggiuntivi. Privo di *ratio*, dunque, sarebbe il ricorso al *liberty argument* o all'*equal liberty argument*.

2. *Le "questioni morali" nell'interpretazione e limitazione del diritto al libero orientamento sessuale*

Si è fin qui sostenuto che eguaglianza e libertà sono diritti azionabili in giudizio, singolarmente o congiuntamente, per la protezione d'interessi umani eterogenei, inclusi quelli collegati alla sessualità e all'orientamento sessuale. Si è affermato che il corretto ristabilimento dell'ordine legale violato può postulare, secondo il caso

---

[17] L.R. Helfer, *Finding a* Consensus *on Equality: The Homosexual age of consent and the European Convention on Human Rights*, in 65 *New York University Law Review*, 1044-1100 (1990).

in questione, il ricorso all'una o all'altra giustificazione, o anche ad entrambe congiuntamente. Di qui discende anche l'idea che il diritto al libero orientamento sessuale sia un diritto fondamentale implicitamente riconosciuto nel costituzionalismo democratico, ossia un diritto sostenibile e argomentabile sulla base dei tradizionali diritti e valori liberali.

Il punto è stabilire quanta parte di tale diritto si è affermata, e quanta ne rimane ancora da realizzare negli ordinamenti che si rifanno ai valori del costituzionalismo liberale. Nel corso dei due successivi capitoli si prenderanno in considerazione specifici aspetti che contribuiscono a definire i contorni del più ampio e articolato diritto al libero orientamento sessuale; in particolare si affronteranno secondo una prospettiva comparata e olistica il diritto all'eguale trattamento e a non subire arbitrarie discriminazioni, da un lato, e il diritto al matrimonio, dall'altro. L'intento non sarà tanto quello di tracciare con precisione i contorni del diritto al libero orientamento sessuale – ciò che, peraltro, si farà rispetto all'ordinamento sudafricano, agevolati dal fatto che si partirà dall'analisi del singolo sistema anziché dei contenuti specifici del più ampio diritto – bensì quello di illustrare il funzionamento pratico degli argomenti che implicano il riconoscimento di un siffatto diritto, evidenziandone le contraddizioni interpretative e le possibili vie di uscita. Pur lasciando alle dovute sedi l'esame dei dettagli, deve precisarsi sin d'ora che l'assenza di espressi riferimenti all'orientamento sessuale ha in molti casi reso le operazioni interpretative delle clausole di eguaglianza e dei diritti fondamentali assai difficoltose e articolate, e non sempre ha condotto ad esiti auspicabili.

Non mancano casi in cui le corti hanno applicato gli *equality principles* alla lettera, interpretando la non-inclusione dell'orientamento sessuale fra i fattori proibiti di discriminazione come univoca volontà del legislatore a non accordare alcun tipo di tutela alle minoranze sessuali. In quest'ottica molti nodi interpretativi problematici risulterebbero sciolti solo se si seguisse la via sudafricana dell'espressa positivizzazione dell'orientamento sessuale. In tal modo diminuirebbero fortemente i rischi d'inferenze interpretative ad effetto oppressivo, e si costituirebbe un prezioso punto di partenza al fine di ridisegnare o correggere sistemi normativi costruiti in ba-

se al dominante paradigma eterosessuale. Altre volte il silenzio delle clausole di eguaglianza in tema di orientamento sessuale ha impedito di raggiungere certezze circa il regime di tutela applicabile alle minoranze discriminate. La dottrina dell'*equal protection* discendente dal XIV Emendamento della costituzione Usa, ad esempio, necessita di predeterminare a quale tipo di *classification* siano ascrivibili i trattamenti normativi fondati sull'orientamento sessuale, perché da tale operazione dipende l'applicazione di uno scrutinio variamente oneroso. Sul punto, però, la giurisprudenza della Corte Suprema non sembra avere raggiunto conclusioni ferme e univoche[18].

L'applicazione degli *equality principles* solo di rado (Canada, CEDU) ha condotto al satisfattorio riconoscimento delle minoranze sessuali come gruppo meritevole di protezione autonoma al pari degli altri elencati nelle clausole discriminatorie. Eppure, a ben vedere, conclusioni analoghe potrebbero raggiungersi anche altrove in base al tenore degli *equality principles* contenuti non solo nelle costituzioni nazionali, ma anche nella UDHR e in altre convenzioni internazionali. Difficilmente può desumersi una lista chiusa di fattori vietati, poiché discriminazioni compiute in ragione di fattori analoghi a quelli espressamente banditi sembrano rientrare per lo meno nella clausola di chiusura – contenuta in un gran numero di norme egualitarie – che impedisce qualunque trattamento normativo differenziato in base a generiche "condizioni personali"[19]. Il problema risiede nell'interpretazione dei limiti interni delle clausole di eguaglianza, e nell'individuare un ragio-

---

[18] E. Gerstmann, *The constitutional underclass. Gays, lesbians and the failure of class-based equal protection*, Chicago-London, The University of Chicago Press, 1999.

[19] E. Heinze, *Sexual Orientation: a Human Right. An Essay on International Human Rights Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht-Boston-London, 1995, 216 ss. *Contra*, l'art. 1.3 della Carta delle Nazioni Unite sembrerebbe suggerire la soluzione opposta, poiché nell'elencare i fini dell'organizzazione internazionale menziona la promozione e il rispetto "delle libertà fondamentali per tutti senza distinzioni di razza, di sesso, di lingua o di religione", senza prevedere alcuna clausola finale "aperta" e, anzi, restringendo la lista dei fattori di differenziazione espressamente vietati. Tuttavia, sembra preferibile assegnare funzione esemplificativa ai fattori di non-discriminazione elencati nel *corpus* normativo internazionale anche in base al criterio cronologico di composizione delle antinomie: l'art. 1.3 della Carta ONU, adottato il 26 giugno 1945, è cronologicamente anteriore all'art. 2 della UDHR (10 dicembre 1948).

nevole compromesso fra esigenze di certezza giuridica e istanze di giustizia sociale. Molte sono le domande cui l'interprete deve rispondere. Sino a che punto l'eguaglianza può espandersi in nome della giustizia e a sacrificio della certezza? La lista dei fattori di non-discriminazione può essere aperta ad altre fattispecie non menzionate? Siffatto elenco può considerarsi non esaustivo solo quando il tenore della disposizione riveli di enumerare i singoli fattori a titolo di esempio ("*such as* …"), o anche quando la norma vieti genericamente, a mo' di clausola di chiusura, di discriminare in base alla "condizione personale"? Vi sono dei tratti comuni identificanti le categorie espressamente protette? Oppure l'elemento di connessione risiede nella mera finalizzazione della norma a proteggere categorie vulnerabili da inaccettabili lesioni della dignità umana? In base a quale criterio, e in quali casi, una categoria non menzionata può definirsi analoga a quelle protette? L'eguaglianza vieta, oltre alle discriminazioni fondate su uno *status* immutabile, o difficilmente mutabile, anche quelle conseguenti all'esercizio di una scelta individuale fondamentale?

A fronte di queste complesse domande si è molto più spesso preferito estirpare trattamenti degradanti in ragione dell'orientamento sessuale ritenendo applicabili divieti di discriminazione fondati su fattori diversi, ma pacificamente inclusi, come il sesso, genere, identità sessuale o di genere, *status* coniugale, età. Se tuttavia, da un lato, tale filone ermeneutico rivela difficoltà interpretative che si sommano a quelle preesistenti, dall'altro, poi, evidenzia la necessità – anche in questo studio – di svolgere una scrupolosa indagine critica intesa a chiarire il significato delle summenzionate categorie interne all'eguaglianza, la loro fluidità e parziale sovrapponibilità[20], la loro dimensione culturale nonché la differenza e la correlazione fra le forme di discriminazione diretta ed indiretta.

L'assenza di un espresso divieto costituzionale che proibisca le discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale non dovrebbe impe-

---

[20] Apodittica e sguarnita di motivazioni critiche è anche l'affermazione per cui l'omosessualità e la transessualità sarebbero "situazioni sostanzialmente analoghe […] in cui a comportamenti conformi al sesso cromosomico si sostituiscono comportamenti che hanno per oggetto persone dello stesso sesso volte a soddisfare una tendenza dettata non dalla fisiologia ma dal c.d. *sex brain*", di L. Violini, *Il diritto dei transessuali*, cit., 414.

dire interpretazioni normative rispettose del contenuto universale dei diritti umani. I diritti fondamentali preservano, almeno idealmente, il carattere dell'inalienabilità e dell'universalità, ma la loro applicazione mostra realtà fatte di contraddizioni, prese di posizione culturalmente orientate, ineffettività delle garanzie cartacee. Le convinzioni soggettive, gli stereotipi sociali dominanti, i valori culturali delle singole tradizioni divengono i parametri interpretativi dei limiti interni o di definizione dei diritti fondamentali, in guisa che i membri appartenenti a gruppi socialmente vulnerabili continuano *de facto* a subire prassi degradanti e lesive[21]. È coerente da parte di Heinze affermare che "i diritti dell'orientamento sessuale sono riconosciuti dalle norme esistenti sui diritti umani nella misura in cui, e solo nella misura in cui, questi discendono da diritti fondamentali"[22]. Tali diritti resterebbero, tuttavia, lettera morta se il paradigma eterosessuale divenisse elemento strutturale dei diritti fondamentali da cui conseguono, o se questo controllasse l'intero ragionamento che ne giustifichi la limitazione in rapporto agli orientamenti sessuali di minoranza.

Le minoranze sessuali hanno sovente fatto ricorso al diritto fondamentale alla privacy per impedire agli Stati di criminalizzare l'attività sessuale omosessuale fra due adulti consenzienti[23]. Il nucleo centrale del diritto alla privacy consiste nella salvaguardia della sfera privata, intendendo come "privata" qualunque scelta o attività umana le cui conseguenze incidano eminentemente sugli interessi dell'agente[24]. L'art. 12

---

[21] H. Lau, *Sexual orientation*, cit., 1704 ss.

[22] E. Heinze, *Sexual Orientation*, cit., 137.

[23] V.J. Samar, *"Family" and political Landscape for Lesbian, Gay, Bisexual and Transgender People (LGBT): Gay Rights as a Particular Instantiation of Human Rights*, 64 *Alb. L. Rev.* 983 (2001), 1011; Id., *The Right to Privacy. Gays, Lesbians, and the Constitution*, Temple University Press, Philadelphia, 1991, 1-250.

[24] V.J. Samar, *"Family" and political Landscape for Lesbian, Gay, Bisexual and Transgender People (LGBT)*, cit., 1009: "[w]ith respect to privacy, voluntary purposive action is promoted when individuals privacy is protected. In other words, the sense of privacy that some feminist theorists have expressed concern about – namely, the sense that protects male domination of women in the bedroom and in the marital relationship – is not the sense of privacy that is at stake here. For that sense of privacy would not support the equal voluntary purposive action of women compared to men. To the contrary, the sense of privacy that is at stake here is the sense that affirms certain actions as private just because they do not affect others, at least not in the first instance".

della UDHR dispone che "[n]essun individuo potrà essere sottoposto ad interferenze arbitrarie nella sua vita privata, nella sua famiglia, nella sua casa, nella sua corrispondenza, né a lesione del suo onore e della sua reputazione. Ogni individuo ha diritto ad essere tutelato dalla legge contro tali interferenze o lesioni". L'art. 17 del Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici (ICCPR) ripete che "(1) [n]essuno può essere sottoposto ad interferenze arbitrarie o illegittime nella sua vita privata, nella sua famiglia, nella sua casa o nella sua corrispondenza, né a illegittime offese del suo onore e della sua reputazione. (2) Ogni individuo ha diritto ad essere tutelato dalla legge contro tali interferenze od offese". Né la UDHR, né la ICCPR prevedono che la moralità o l'interesse della maggioranza possano costituire ragioni interne di limitazione del diritto alla privacy. La UDHR contiene tuttavia una *limitation clause* (art. 29) applicabile ad ogni libertà garantita, in base alla quale "(2) [n]ell'esercizio dei suoi diritti e delle sue libertà, ognuno deve essere sottoposto soltanto a quelle limitazioni che sono stabilite dalla legge, per assicurare il riconoscimento ed il rispetto dei diritti e delle libertà degli altri e per soddisfare *le giuste esigenze della morale, dell'ordine pubblico e del benessere generale in una società democratica*"[25].

L'art. 11 della Convenzione Americana dei Diritti Umani mostra di concepire la privacy in termini assai vicini all'ideale europeo di dignità umana[26], ed afferma che "(1) tutti hanno il diritto ad avere il proprio onore rispettato e la propria dignità riconosciuta. (2) Nessuno può essere assoggettato ad interferenze arbitrarie o abusive nella

---

[25] Corsivo aggiunto.

[26] J.Q. Whitman, *The two western cultures of privacy: dignity versus liberty*, in 113 *Yale L.J.* 1151 (2004); L.A.A. Pagán, *Human dignity, privacy and personality rights in the constitutional jurisprudence of Germany, the United States and the Commonwealth of Puerto Rico*, in 67 *Rev. Jur. U.P. R.* 343 (1998); M.C. McAllister, *Human dignity and individual liberty in Germany and the United States as examined through each country's leading abortion cases*, in 11 *Tulsa J. Comp. & Int'l L.*, 491 (2004); S.W. Alpern, *Rethinking the right of privacy: dignity, decency, and the law's limitations*, in 43 *Rutgers L. Rev.*, 539 (1991); W. Brehm, G.J. Thwaite, *German privacy and defamation law: the right to publish in the shadow of the right to human dignity*, in *E.I.P. R.* 1994, 16(8), 336-351; J. Rosen, *Continental divide: Americans see privacy as a protection of liberty, Europeans as a protection of dignity. Will one conception trump the other – or are both destined to perish?*, in 2004-OCT *Legal Aff.* 49; E.J. Eberle, *Human dignity, privacy, and personality in German and American constitutional law*, in *Utah L. Rev.*, 963 (1997).

propria vita privata, nella propria famiglia, nella propria casa, nella propria corrispondenza, o attacchi illegittimi al proprio onore e reputazione. (3) Tutti hanno il diritto alla protezione della legge contro tali interferenze o attacchi". La Carta Africana dei Diritti dell'Uomo e dei Popoli non prevede alcuna disposizione sulla privacy; l'art. 8 della CEDU recita che "(1) ogni persona ha il diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza. (2) Non può esservi ingerenza della pubblica autorità nell'esercizio di tale diritto se non in quanto tale ingerenza sia prevista dalla legge e in quanto costituisca una misura che, *in una società democratica*, è necessaria per la sicurezza nazionale, l'ordine pubblico, il benessere economico del Paese, la prevenzione dei reati, la protezione della salute o della morale, o la protezione dei diritti e delle libertà altrui"[27]. Da ultimo, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, inserita nel trattato che istituisce una costituzione per l'Europa, prevede che "[o]gni individuo ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e delle sue comunicazioni" (art. 7), e non contempla alcuna limitazione delle libertà, né generale né specifica, fondata sul rispetto della morale collettiva[28].

L'applicazione dell'eguaglianza e dei diritti fondamentali, fra cui la privacy, alle istanze omosessuali ha sollevato numerose questioni interpretative, i cui esiti risultano spesso fallimentari. Ciò perché nell'individuare quali interessi debbano essere protetti dall'illegittima azione legislativa o regolamentare, i giudici hanno preferito interpretazioni formalistiche fondate unicamente su elementi quali il testo della costituzione e l'intento originale dei suoi autori. All'originalismo

---

[27] Corsivo aggiunto.

[28] L'art. 52 ("Portata e interpretazione dei diritti e dei principi") prevede che "(1) [e]ventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o dall'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui"; l'art. 54 ("Divieto dell'abuso di diritto") aggiunge che "[n]essuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata nel senso di comportare il diritto di esercitare un'attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Carta o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla presente Carta".

interpretativo si è sovente accompagnato il richiamo performante alla storia e alle tradizioni passate, ai costumi culturali, agli usi della maggioranza, così impedendosi l'ingresso di diritti nuovi o la soddisfazione d'interessi di una composita e mutata realtà sociale. Nelle argomentazioni giudiziali vi è sottesa l'idea che le società non possano durare qualora cessino di coltivare una moralità costituita che sia largamente condivisa, e che pertanto siano giustificabili, e anzi necessarie, le misure volte a preservare un codice morale aggregante. Prevale erroneamente l'idea che identifica nel ricorso ai valori come mezzi interpretativi, alternativamente o cumulativamente, o una minaccia alla certezza giuridica, poiché i valori non sarebbero propriamente ritrovabili nel testo della costituzione, o un attentato al principio di legittimazione democratica, causata dalla supposta intrusione del potere giudiziario in questioni di natura eminentemente politica[29].

L'invalso atteggiamento giudiziale perpetua la stigmatizzazione dei gruppi sessuali ritenuti devianti e anormali, finendo molto spesso per giustificare le violazioni pubbliche dirette contro persone che per lo più simboleggiano una minaccia per l'identità maschile dominante, ma anche la disgregazione dei valori familiari, la fonte pericolosa di decadenza culturale, la fine della prosecuzione della specie umana, la propagazione delle malattie sessuali, la promozione di un modello di vita sbagliato tutto incentrato sul sesso, un pericolo per la crescita florida dei minori e delle future generazioni, ecc. Si tratta di un fenomeno che non è certo *sui generis* – nota bene Nussbaum – giacché ampiamente studiato dalla letteratura sociologica e definibile come "panico morale"; trattasi di "situazioni in cui alcuni gruppi devianti diventano il bersaglio dei trattamenti aggressivi da parte della polizia e di altre autorità, perché si crede che costituiscano un pericolo grave ed imminente per la società. Ma il pericolo è in gran parte frutto di una costruzione, così come sono costruite le caratteristiche pericolose del gruppo preso di mira"[30].

---

[29] R.H. Bork, *Neutral Principles and Some First Amendment Problems*, in 47 *Indiana Law Journal*, 1 (1971); L. Lusky, *By What Right? A Commentary on the Supreme Court's Power to Revise the Constitution*, The Michie Company, Charlottesville, Virginia, 1975; H.J. Powell, *The Original Understanding of Original Intent*, in 98 *Harvard Law Review* 885 (1985); R. Berger, *Government by Judiciary: The Transformation of the Fourteenth Amendment*, Liberty Fund, Indianapolis, 1999[2].

[30] M.C. Nussbaum, *Nascondere l'umanità*, cit., 294.

Le limitazioni imposte ai diritti fondamentali delle minoranze sessuali, e soprattutto la criminalizzazione di condotte tipicamente omosessuali, soddisfano l'esigenza di placare il panico morale presente a livello sociale. L'esigenza collettiva giustifica la criminalizzazione dei trasgressori, i quali così non solo sono etichettati, ma anche visti alla luce di etichette e stereotipi e quindi assoggetti a rituali di pubblica degradazione. La coesione di massa contro le minoranze sessuali assume una forma moralizzata, e la condanna del gruppo è divenuta particolarmente efficace poiché di norma si sono invocati sotto varie forge valori morali centrali nel sentire collettivo, nei confronti di quali la minoranza deviante costituirebbe una presunta minaccia. Il giudizio morale sull'omosessualità è diffuso in società; i gay sono visti come una minaccia a tutto ciò che le società hanno di caro, come la famiglia, il benessere psicologico e fisico dei bambini, il matrimonio eterosessuale, la salute, la moralità sessuale. In generale può dirsi che lo Stato e le organizzazioni sociali rivendicano l'esistenza di un interesse primario relativo alla pubblica moralità, nel cui filone si inscrivono tutti gli altri interessi derivati rivendicati. L'interesse primario alla pubblica moralità e quelli derivati necessitano di essere analizzati sia per individuarne la sostanza specifica, sia per constatarne la ragionevolezza, specie quando questi sono avanzati in giudizio a giustificazione del non riconoscimento del diritto fondamentale al libero orientamento sessuale.

2.1. *L'interesse alla salute, alla morale sessuale, al benessere dei minori: la giurisprudenza del Comitato dei diritti umani da Hertzberg (1982) a Toonen (1994)*

Il Comitato dei diritti umani delle Nazioni Unite[31] ha affrontato per la prima volta la questione della tutela degli individui omoses-

[31] Per un'analisi approfondita delle funzioni del Comitato dei diritti dell'uomo, si v.: H.J. Steiner, *Individual Claims in a World of Massive Violations: What Role for the Human Rights Committee*, in P. J. Alston, J. Crawford (eds.), *The Future of UN Human Rights Treaty Monitoring*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, 15-54.

suali nel 1982, nel caso *Leo R-Hertzberg et al. v. Finland*[32]. A fronte della comunicazione presentata dai signori Hertzberg, Mannson, Nikula e Putkonen circa la lamentata lesione del diritto alla libertà di espressione ed informazione *ex* art. 19(2) del Patto Internazionale sui diritti civili e politici, a motivo dell'avvenuta censura di due programmi radio-televisivi dedicati al tema dell'omosessualità, il Comitato ha sostenuto che l'azione degli organi di controllo della diffusione radio-televisiva, applicativa della legge penale finlandese sanzionante il compimento di azioni pubbliche contrarie alla "moralità sessuale" e l'incoraggiamento di "condotte indecenti tra persone

---

[32] *Leo R-Hertzberg et al. v. Finland*, U.N. Human Rights Committee, Doc. CCPR/C/15/D/61/1979, Communication No. 61/1979 : Finland 02/04/82. I Comitati internazionali hanno discusso di alcuni casi di supposta violenza perpetrata a danno di soggetti omosessuali anche in tempi relativamente recenti, ma in alcuni casi gli esiti delle pronunce non sono stati soddisfacenti. Il 20 novembre 1995, il Comitato contro la tortura ha deciso per la non ricevibilità della comunicazione presentata da Mr. X e Mrs. Y – coniugi fuggiti dalla Georgia in seguito alle persecuzioni subite in ragione della condotta omosessuale di Mr. X e stabilitisi in Olanda, dove lo Stato ha negato loro lo *status* di rifugiati –, in quanto la pretesa violazione dell'art. 3 del Patto contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti, non è stata dagli autori provata: *Mr. X and Mrs. Y v. The Netherlands*, U.N. Committee Against Torture, Doc. CAT/C/15/D/31/1995, Communication No. 31/1995: Netherlands 20/11/95. Diversamente, il 15 agosto 1996, il Comitato dei diritti umani ha accolto la comunicazione presentata dal Sr. Fuenzalida, cittadino cileno arrestato per presunta violenza sessuale commessa a danno della signora D. K. – mentre trattavasi di soggetto di orientamento omosessuale – e sottoposto a crudeli maltrattamenti durante il periodo di detenzione. La Committee ha escluso una violazione dell'art. 9 del Patto internazionale sui diritti civili e politici: *José Luis García Fuenzalida v. Ecuador*, U.N. Human Rights Committee, Doc. CCPR/C/57/D/480/1991, Communication No. 480/1991: Ecuador 15/8/96. Il 26 maggio 2003, il Comitato contro la tortura ha deliberato sul caso di Mr. K.S.Y., cittadino iraniano evaso dal carcere – in cui era finito a causa delle relazioni omosessuali denunciate dai vicini – e rifugiato in Olanda – dove era stato dichiarato "undesirable person" per il crimine passionale di cui si era macchiato, uccidendo il compagno K.H. Il Comitato ha previsto che il rinvio di K.S.Y. in Iran, a seguito del rifiuto d'asilo da parte dell'Olanda, non costituiva violazione, da parte dello Stato, dell'art. 3 della Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti, poiché il richiedente non aveva fornito attestazioni comprovanti la sua sicura sottomissione alla tortura, una volta tornato in Iran: *K.S.Y. v. The Netherlands*, U.N. Committee Against Torture, Doc. CAT/C/30/D/190/2001, Communication No. 190/2001: Netherlands 26/05/2003.

dello stesso sesso"[33], attuava una restrizione legittima alla luce del dettato dell'art. 19(3) del Patto[34], ai sensi del quale il diritto alla libertà di espressione può essere limitato allo scopo di proteggere "la salute e la morale pubbliche" (art. 19(3) ICCPR). Poiché la morale pubblica non costituisce uno standard comune universalmente applicabile, un certo margine di discrezionalità andava accordato alle autorità finlandesi[35] nella valutazione dell'impatto dei programmi radio-televisivi sul pubblico e della pericolosità della diffusione di certi messaggi nei confronti dei minori[36].

Il ragionamento assunto dalla maggioranza non ha incontrato, tuttavia, l'adesione dell'accademico norvegese Torkel Opsahl e di altri due membri della *Comittee* (Rajsoomer Lallah e Walter Surma Tarnopolsky), i quali hanno espresso il loro dissenso mediante una duplice argomentazione di particolare rilievo: 1) il diritto alla libertà di espressione protetto dall'art. 19 deve tradursi nel diritto di ciascuno a diffondere informazioni ed idee – positive o negative – sull'omosessualità e a discuterne liberamente e responsabilmente attraverso l'impiego di ogni mezzo di comunicazione; 2) il mutevole concetto di morale pubblica richiede una lettura capace di non perpetuare il pregiudizio o promuovere l'intolleranza, soprattutto avendo riguardo alla tutela delle minoranze "incluse quelle che offendono, scioccano o disturbano i sentimenti della maggioranza"[37]. Alla luce di ciò, i tre membri del Comitato non hanno ritenuto "necessa-

---

[33] Finnis Penal Code, chapter 20, paragraph 9 : "(1) If someone publicly engages in an act violating sexual morality, thereby giving offence, he shall be sentenced for publicly violating sexual morality to imprisonment for at most six months or to a fine. (2) Anyone who publicly encourages indecent behaviour between persons of the same sex shall be sentenced for encouragement to indecent behaviour between members of the same sex as decreed in subsection 1".

[34] *Leo R-Hertzberg et al. v. Finland*, cit., §10.4: "[a]ccording to article 19 (3), the exercise of the rights provided for in article 19 (2) carries with it special duties and responsibilities for those organs"; §11: "[a]ccordingly, the Human Rights Committee is of the view that there has been no violation of the rights of the authors of the communication under article 19 (2) of the Covenant".

[35] *Ibidem*, §10.3.

[36] *Ibidem*, §10.4: "[a]s far as radio and TV programmes are concerned, the audience cannot be controlled. In particular, harmful effects on minors cannot be excluded".

[37] *Ibidem*, Appendix, Mr. Torkel Opsahl *opinion.*

ria" la restrizione applicata dal codice penale finlandese, né l'hanno ammessa come giustificabile in nome della tutela della salute e della morale pubblica ai sensi dell'art. 19(3) del Patto, facendo emergere l'evidenza di un cogente dissidio interpretativo sulla consistenza della "concezione morale prevalente" quale fondamento della legittimità di un dato elemento normativo contestato.

Dodici anni più tardi, lo stesso Comitato è arrivato a sancire che l'invocazione dell'esigenza di salvaguardare "la morale pubblica" non poteva legittimare la conservazione della *sodomy law* vigente in Tasmania. Il 4 aprile 1994, infatti, nel caso *Nicholas Toonen v. Australia*[38], il Comitato ha rilevato che il divieto di consumare rapporti sodomitici consensuali con persone dello stesso sesso, contenuto negli artt.122 e 123 del codice penale dello Stato australiano, violava la privacy (art. 17(1) ICCPR) e i diritti di non discriminazione nei diritti fondamentali (nucleo duro dell'eguaglianza: art. 2(1) ICCPR), richiamati congiuntamente – mentre non ha ritenuto necessario esaminare, malgrado l'istanza del richiedente, se fosse occorsa anche la violazione dell'art. 26 del Patto (eguaglianza di fronte alla legge e divieto di discriminazione)[39].

L'autore della comunicazione, un attivista gay impegnato nella difesa dei diritti degli omosessuali in Tasmania, aveva sostenuto che le succitate norme penali, minaccianti la libertà, l'integrità e la vita privata di ogni individuo omosessuale, contravvenivano alle disposizioni degli artt.2(1), 17 e 26 del Patto in quanto: 1) la loro applicazione costituiva violazione del diritto al rispetto della vita privata – poiché la polizia era autorizzata a penetrare nel domicilio di un singolo per il solo motivo che essa supponeva che, ivi, due uomini adulti consenzienti stessero consumando un atto delittuoso – e, dato lo stigma imposto all'omosessualità dalla società australiana, questa rischiava di marchiare l'onore e la reputazione delle persone coinvolte, contrariamente alle garanzie espresse dall'art. 17; 2) il loro contenuto distingueva il trattamento degli individui "sulla base dell'attività sessuale, orientamento sessuale e identità sessuale", po-

---

[38] *Nicholas Toonen v. Australia*, U.N. Human Rights Committee, Doc. CCPR/C/50/D/488/1992, Communication No. 488/1992: Australia 04/04/94.

[39] *Ibidem*, §11.

nendosi in contrasto col divieto di "distinzioni di sesso" di cui all'art. 2(1); 3) il loro dettato letterale non proibiva alcuna forma di relazione tra donne omosessuali consenzienti in privato, comportando una disparità di trattamento rispetto agli uomini omosessuali in Tasmania che non godevano dell'effettiva eguaglianza davanti alla legge, fatta salva dall'art. 26[40].

Il Comitato ha ritenuto che Toonen era stato vittima di una illegittima o arbitraria interferenza nel proprio diritto di privacy, contraria all'art. 17(1), in quanto la criminalizzazione della sodomia non costituiva mezzo ragionevole o misura proporzionata allo scopo di prevenire la diffusione dell'AIDS[41]. Si è inoltre affermato che, ai fini dell'art. 17 della Convenzione, le questioni morali sottese non possono ritenersi interessi la cui valutazione spetti unicamente allo Stato, giacché altrimenti si finirebbe per sottrarre al controllo del Comitato la maggioranza dei provvedimenti statali che in vario modo incidono sul diritto di privacy. In merito il Comitato ha notato che, "ad eccezione della Tasmania, in Australia sono state abrogate tutte le leggi che punivano l'attività sessuale omosessuale e che, anche in Tasmania, non vi era il consenso circa il mantenimento in vigore o no delle sezioni 122 e 123. Considerata, poi, la continua disapplicazione delle norme penali in questione, ciò significa che tali norme non sono ritenute essenziali alla protezione della morale in Tasmania"[42]. Di qui il Comitato conclude "che le disposizioni in questione non soddisfano il test di 'ragionevolezza' richiesto dal caso"[43], e che dunque è occorsa violazione dell'art. 17 della Convenzione.

Per tale effetto, è facile ipotizzare che il Comitato, chiamato in futuro a dirimere una questione giuridica alla luce delle concezioni morali della maggioranza sociale, sarà più disposto a non giusti-

---

[40] *Ibidem*, §3.1 (a), (b), (c).

[41] *Ibidem*, §8.5.

[42] *Ibidem*, §8.6. Riguardo alla tutela dei *gay rights* in Tasmania prima di Toonen si v. R. Croome, *"Out and About": The Public Rights of Lesbian and Gays in Tasmania*, in *Australasian Gay and Lesbian Law Journal*, The Federation Press, Auckland, 1992, 2, 63-70; sul Queensland si v. S. Cox, *Decriminalisation of Homosexual Acts in Queensland: A Psychological Perspective*, in *Australasian Gay and Lesbian Law Journal*, The Federation Press, Auckland, 1992, 1, 133-152.

[43] *Idem.*

ficare il procedimento di censura in nome della morale pubblica o degli effetti dannosi per i minori autorizzato in *Hertzberg*, o, al limite, ad accordare maggior peso all'interesse di "protezione della morale" nell'ambito della sfera pubblica (anziché di quella privata), essendo la protezione della privacy in *Toonen* limitata "to the bedroom"[44]. La conclusione del Comitato in *Toonen*, con il suggerimento dell'abrogazione degli articoli del codice penale della Tasmania che punivano "tutte le forme di contatto sessuale privato tra uomini omosessuali adulti e consenzienti"[45] ha contribuito alla nascita di un consenso transnazionale in continua espansione verso la tutela della libertà sessuale degli individui con orientamento sessuale ritenuto moralmente non propriamente ortodosso[46], anche se, come vedremo, si stenta a riconoscere in tale libertà anche quella di scegliere liberamente il partner con cui contrarre matrimonio.

In risposta alle pressioni esercitate dalle organizzazioni per la tutela dei diritti di lesbiche e gay della Tasmania e dal Governo federale australiano, al fine di ottenere l'esecuzione della decisione, la Tasmania nel 1997 ha abrogato le sue *sodomy laws*. Dopo *Toonen* il Comitato dei diritti dell'uomo ha incluso la considerazione

---

[44] R Wintemute, *Sexual orientation and human rights. The United States constitution, the European convention, and the Canadian charter*, Clarendon Press, Oxford, 1995, 148-149; L.R. Helfer, A.M. Miller, *Sexual Orientation and Human Rights: Toward a United States and Transnational Jurisprudence*, in 9 *Harvard Human Rights Law Journal*, 61, (1996), 67-77.

[45] *Nicholas Toonen v. Australia*, cit., §10.

[46] E. Heinze, *Sexual Orientation and International Law: a Study in the Manufacture of Cross-Cultural "Sensitivity"*, in 22 *Michigan Journal of International Law*, 283-309 (2001); C. Smith, J. Wilets, *Lessons from the Past and Strategies for the Future: Using Domestic, International and Comparative Law to Overturn Sodomy laws*, in 24 *Seattle University Law Review*, 49-77 (2000); B.S. Thornton, *The New International Jurisprudence on the Right to Privacy: a Head-On Collision with Bowers* V. *Hardwick*, in 58 *Albany Law Review* 725-774 (1995); E. McDavid Harris, *Intercourse Against Nature: The Role of the Covenant on Civil and Political Rights and the Repeal of Sodomy Laws in the United States*, in 18 *Houston Journal of International Law* 525-556 (1996); J.D. Wilets, *Pressure from Abroad. U.N. Human Rights ruling strengthens hopes for U.S. gays and lesbians*, in *Human Rights*, Fall 1994, 22 ss.; Id., *The Human Rights of Sexual Minorities. A Comparative and International Law Perspective*, in *Human Rights*, Fall 1995, 22 ss.; Id., *Using International Law to Vindicate the Civil Rights of Gays and Lesbians in United States Courts*, in 27 *Columbia Human Rights Law Review*, 36-47 (1995).

delle leggi criminali anti-omosessuali nella valutazione dei rapporti periodici compilati dagli Stati firmatari in conformità al Patto. Nel 1995 esso ha espresso un atteggiamento di denuncia e sdegno per la persistenza di *sodomy laws* in diversi Stati americani[47], e lo stesso può dirsi in riferimento al caso di Cipro, nel 1998[48]. Nello stesso anno, in seguito all'analisi del rapporto periodico dell'Austria, la *Committee* ha formulato una raccomandazione volta ad ottenere la revisione della legge austriaca in vigore in materia di "minimum age of consent for sexual relations in respect of male homosexuals"[49]. In tempi più recenti, il Comitato ha continuato ad occuparsi della questione omosessuale, sottolineando l'esigenza di garantire la protezione dalla discriminazione condotta a motivo dell'orientamento sessuale in Salvador[50] e Polonia[51], accogliendo con favore "the amendment of the labour code to include non-discrimination principles, including in the area of sexual orientation"[52] adottato dalla Repubblica slovacca.

2.2. *Il rispetto della storia, delle tradizioni nazionali, dei valori familiari e del sentimento morale maggioritario: la giurisprudenza statunitense sulle "sodomy laws"*

Fino al 1986, il *right of privacy* fu l'argomento più usato dalle minoranze sessuali a sostegno della pretesa di una loro tutela giuridica, anche perché molti casi di *constitutional litigation* riguarda-

---

[47] U.N. Human Rights Committee, CCPR/C/79/Add.50, A/50/40, paras.266-304, Concluding Observations of the Human Rights Committee : United States of America. 03/10/1995, § 287.

[48] U.N. Human Rights Committee, CCPR/C/79/Add.88, Concluding Observations of the Human Rights Committee: Cyprus. 06/08/1998, § 11.

[49] U.N. Human Rights Committee, CCPR/C/79/Add.103, Concluding Observations of the Human Rights Committee : Austria. 19/11/1998, § 13.

[50] U.N. Human Rights Committee, CCPR/CO/78/SLV, Concluding Observations of the Human Rights Committee : El Salvador. 22/07/2003, § 16.

[51] U.N. Human Rights Committee, CCPR/CO/82/POL, Concluding Observations of the Human Rights Committee : Poland. 02/12/2004, § 18.

[52] U.N. Human Rights Committee, CCPR/CO/78/SVK, Concluding Observations of the Human Rights Committee : Slovakia. 22/08/2003, §4.

rono, direttamente o indirettamente, l'esistenza di leggi penali sui rapporti sessuali orali o anali. Poiché tali leggi criminalizzavano una condotta scelta, non individuabile come forma di espressione o di associazione tradizionalmente protetta, i reclamanti dovettero sostenere che la costituzione statunitense, al di fuori del I Emendamento, contenesse un diritto fondamentale sufficientemente aperto da ricomprendere anche tale condotta. E dal momento che nella maggior parte degli Stati queste leggi si applicavano ad ogni rapporto omosessuale ed eterosessuale, essi spesso presentarono la loro richiesta in termini di libertà (*liberty argument*) – piuttosto che di eguale libertà (*equal liberty argument*) –, richiamando la *due process clause* ex V e XIV Emendamento – anziché l'*equal protection clause* del XIV Emendamento.

Sin dagli anni Sessanta la Suprema Corte statunitense ha fatto ricorso alla dottrina del "substantive due process" per implicare e sviluppare il diritto fondamentale alla privacy e proteggere, in tal modo, alcune importanti scelte individuali dalle indebite interferenze dello Stato. Quattro sono i *leading case*, emessi tra il 1965 e il 1977, che hanno contribuito ad affermare l'*autonomy privacy*. La Corte ha dichiarato incostituzionali le leggi che proibivano l'uso di contraccettivi da parte di persone sposate (*Griswold* v. *Connecticut*)[53], la loro distribuzione a persone non sposate (*Eisenstadt* v. *Baird*)[54] o minori di sedici anni (*Carey* v. *Population*

---

[53] *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965). In questo caso, deciso il 7 giugno 1965, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della legge del Connecticut che criminalizzava ogni terapia e trattamento medico volto a prevenire il concepimento di nuove vite, nelle coppie sposate. La Corte, nell'occasione, ha osservato che la Costituzione non conteneva esplicitamente alcuna protezione per un generale diritto alla privacy, ma che alcune garanzie insite nel *Bill of Rights* (I, III, IV, V, IX Emendamento) creavano zone di penombra da cui era desumibile un nuovo diritto costituzionale, il *right to privacy* nelle relazioni matrimoniali.

[54] *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438 (1972). Il 22 marzo 1972, la Suprema Corte (6-1) ha stabilito che la distinzione operata dalla legge del Massachusetts tra *singles* e *married individuals*, ai fini dell'ottenimento della distribuzione di mezzi anticoncezionali, non superava il *rational basis test* dell'*Equal Protection Clause* del XIV Emendamento ed era pertanto invalida. A suo parere, infatti, il *right to privacy* andava garantito anche alle persone non coniugate: "[i]t is true that in Griswold the right of privacy in question inhered in the marital relationship. Yet the marital couple is not an independent entity with a mind and heart of its own, but

Services International)[55], e quelle che proibivano l'aborto (*Roe* v. *Wade*)[56]. In tal modo la Corte, muovendosi nel difficile terreno dell'interpretazione costituzionale, ha dotato di un contenuto sostanziale il diritto alla privacy – che qui assumiamo nell'accezione di "tutela delle scelte di vita contro ogni forma di controllo pubblico e di stigmatizzazione sociale"[57].

---

an association of two individuals each with a separate intellectual and emotional makeup. If the right of privacy means anything, it is the right of the individual, married or single, to be free from unwarranted governmental intrusion into matters so fundamentally affecting a person as the decision whether to bear or beget a child" (*Eisenstadt v. Baird*, cit., p. 453).

[55] *Carey v. Population Services International*, 431 U.S. 678 (1977). Il 9 giugno 1977, la Suprema Corte a maggioranza ha ritenuto che la tutela della privacy dei minori – nello specifico, di fare uso di contraccettivi – vada accordata nella stessa misura in cui venga riconosciuta agli adulti, in assenza di un legittimo interesse superiore dello Stato, poiché "[a]lthough '[t]he Constitution does not explicitly mention any right of privacy', the Court has recognized that one aspect of the 'liberty' protected by the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment is 'a right of personal privacy, or a guarantee of certain areas or zones of privacy'" (*Carey v. Population Services International*, cit., p. 684).

[56] *Roe v. Wade*, cit. Il 22 gennaio 1973, il giudice Blackmum, estensore dell'opinione di maggioranza, ha affermato che il diritto alla privacy, fondato sul concetto di libertà personale e restrizione dell'azione statale contenuto nel XIV Emendamento, "is broad enough to encompass a woman's decision whether or not to terminate her pregnancy" (*Roe v. Wade*, cit., p. 153). La successiva giurisprudenza della Corte Suprema in tema di aborto ha finito per confermare il contenuto essenziale di *Roe*; v.: *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992); *Stenberg v. Carhart*, 530 U.S. 914 (2000).

[57] L.M. Friedman, *The Republic of Choice. Law, Authority and Culture*, Harvard University Press, Cambridge, Ma., 1990, 184. In tale senso si parla anche di "autonomy privacy" per distinguerla dalla cd. "informational privacy", volta a garantire all'individuo il controllo delle informazioni che lo riguardano, al riparo da un ingiustificato loro utilizzo da parte di altri soggetti privati (V. Barsotti, *Il sodomita messo al bando dalla Corte Suprema degli Stati Uniti trova protezione presso le corti statali. Il federalismo americano e la tutela dei diritti*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2002, 4, 637-638). L'*autonomy privacy* ("the right to be let alone"), a sua volta, si compone di un elemento decisionale (cd. *decisional privacy*) e di uno spaziale (cd. *spatial privacy*): la *decisional privacy* si sostanzia nel diritto di ciascuno ad assumere decisioni personali e private che impattano significativamente la propria vita individuale, anche in contrasto con un interesse statale, mentre la *spatial privacy* riguarda lo spazio fisico in cui ogni soggetto può dispiegare la propria personalità, limitandone l'accesso ad altri, compreso il potere pubblico. Tale duplice dimensione è confermata anche da *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186, 204 (1986): "[t]he case before us implicates both the decisional and the spatial aspects of the right to privacy".

2.2.1. *Bowers v. Hardwick (1986)*

L'unico caso giunto dinanzi alla Corte Suprema statunitense prima di *Bowers v. Hardwick* e con valore di precedente giudiziario a livello federale, è *Doe v. Commonwealth's Attorney for the City of Richmond*[58]. Nel 1975 la Corte distrettuale dell'Eastern District della Virginia ha dovuto decidere se la legge sulla sodomia dello Stato fosse costituzionalmente legittima[59]. I ricorrenti sostenevano che la criminalizzazione dei rapporti omosessuali svolti in privato tra adulti consenzienti violasse il diritto alla libertà di espressione tutelato dal I Emendamento, il diritto alla *privacy* garantito dal I e IX Emendamento ed il divieto di pene crudeli e insolite di cui all'VIII Emendamento. I giudici distrettuali, esaminata la precedente giurisprudenza emessa dalla Corte Suprema in tema di *privacy*, hanno ritenuto legittima la legge *de quo*, dando del *Bill of Rights* un'interpretazione letterale e storicistica determinando la proposizione di un ricorso diretto alla massima istanza federale. Nel 1976 la Suprema Corte ha confermato la decisione della Corte distrettuale della Virginia, pur non essendo chiari i motivi per cui i giudici hanno

---

[58] *Doe v. Commonwealth's Attorney for the City of Richmond*, 403 F. Supp. 1199 (E.D. Va. 1975), *aff'd*, 425 U.S. 901 (1976). Dopo il caso in parola, la Corte Suprema è stata investita della questione di costituzionalità della *sodomy law* del Texas in *Baker v. Wade*, tramite il *writ of certiorari*, ma ha negato la *review*, evitando di affrontare il problema (*Baker v. Wade*, 553 F. Supp. 1121 (N.D. Tex. Aug. 17, 1982), *aff'd on other grounds*, 743 F.2d 236 (5th Cir. Sept. 21, 1984), *application for en banc hearing granted* (5th Cir. Jan. 28, 1985), *cert. denied*, 478 U.S. 1022 (1986)). Ci si domanda, allora, per quale motivo la Corte Suprema abbia "deciso di decidere" nello stesso anno il caso Hardwick, vista la precedente presa di coscienza della natura controversa della questione sulle *sodomy laws* (V. Barsotti, *Il sodomita messo al bando dalla Corte Suprema degli Stati Uniti*, cit., 648 ss.).

[59] Code of Virginia, § 18.2-361: *Crimes against nature; penalty*: "A. If any person carnally knows in any manner any brute animal, or carnally knows any male or female person by the anus or by or with the mouth, or voluntarily submits to such carnal knowledge, he or she shall be guilty of a Class 6 felony, except as provided in subsection B.B. Any person who performs or causes to be performed cunnilingus, fellatio, anilingus or anal intercourse upon or by his daughter or granddaughter, son or grandson, brother or sister, or father or mother is guilty of a Class 5 felony. However, if a parent or grandparent commits any such act with his child or grandchild and such child or grandchild is at least 13 but less than 18 years of age at the time of the offense, such parent or grandparent is guilty of a Class 3 felony".

concordato con i colleghi della giurisdizione inferiore, mancando la loro opinione.

Di fronte ad un dibattito incalzante, non ancora attentamente studiato dalle Corti statali e federali, i giudici della Suprema Corte, il 30 giugno 1986, si sono pronunciati sul caso *Bowers v. Hardwick*[60], quando forse avrebbero fatto meglio a non affrontare la questione[61] per quella mancanza di maturità che li ha portati, in seguito, ad ammettere di essersi sbagliati[62]. I fatti della causa concernevano il signor Michael Hardwick, sorpreso nell'atto di svolgere sesso orale col proprio compagno nella sua camera da letto di Atlanta (Georgia) da un poliziotto recatosi sul posto con un ordine di arresto per mancata comparizione in giudizio del signor Hardwick in seguito all'imputazione di consumo di alcolici in luogo pubblico. Sottoposto a misure detentive per 12 ore, insieme al compagno, per violazione della *sodomy law* della Georgia e possesso di un piccolo quantitativo di marijuana, Hardwick decideva di intentare una causa presso la Corte distrettuale della Georgia sostenendo che la legge statale che criminalizzava la sodomia[63] violava il suo diritto alla privacy – poiché l'atto sessuale da lui compiuto era stato consumato con un adulto consenziente, nell'intimità domestica.

---

[60] *Bowers v. Hardwick*, cit. Della dottrina inerente al caso, si v.: T.B. Stoddard, Bowers v. Hardwick, *Precedent by Personal Predilection*, in 54 *University of Chicago Law Review* 648 (1987); N. Vieira, Hardwick *and the Right of Privacy*, in 55 *University of Chicago Law Review* 1181 (1988); M.L. Pearl, *Chipping Away at* Bowers v. Hardwick: *Making the Best of an Unfortunate Decision*, in 63 *New York University Law Review* 154 (1988); T. Kendall, *Beyond the Privacy Principle*, in 92 *Columbia Law Review*, 1431 (1992); W.B. Rubenstein, *Sexual Orientation and the Law*, West Publishing Co., Saint Paul, Minnesota, 1997, 217-225.

[61] I motivi che avrebbero dovuto suggerire un non-intervento e le procedure di voto che hanno portato alla decisione della questione – nel merito – sono analizzati in V. Barsotti, *Privacy e orientamento sessuale: una storia americana*, Giappichelli, Torino, 2005, 103.

[62] *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003), 560 (Kennedy J. *opinion*, part II): "*Bowers* was not correct when it was decided, is not correct today, and is hereby overruled".

[63] Ga. Code Ann. § 16-6-2 (1984): "(a) A person commits the offense of sodomy when he performs or submits to any sexual act involving the sex organs of one person and the mouth or anus of another (b) A person convicted of the offense of sodomy shall be punished by imprisonment for not less than one nor more than 20 years".

La Corte respinge l'istanza che veniva invece accolta dalla Corte d'Appello dell'Undicesimo Circuito[64] la quale, rigettando il precedente *Doe v. Commonwealth's Attorney for the City of Richmond*, dichiarava invalida la legge della Georgia perché in contrasto con il IX Emendamento e la *Due Process Clause* del XIV Emendamento. In seguito al ricorso presentato dallo Stato, i cinque giudici di maggioranza della Suprema Corte federale (5-4) hanno concluso che la costituzione statunitense non offriva tutela al diritto delle persone omosessuali ad avere rapporti sodomitici[65], poiché tale attività non rientrava nella nozione di *privacy* così come protetta dai precedenti *Griswold*, *Eisenstadt*, *Roe*, *Carey* – riferiti esclusivamente ai rapporti di famiglia, di matrimonio e di procreazione[66]. Secondo la Corte, poi – considerato che tutti i cinquanta Stati dell'Unione fino al 1961 prevedevano leggi contro la sodomia, e che nel 1986 le stesse sopravvivevano in 24 Stati e nel Distretto di Columbia – "sostenere che un diritto di intrattenere tale condotta è "profondamente radicato nella storia e nella tradizione di questa Nazione" o "implicito nel concetto di riconosciuta libertà" è, a dir poco, ardito"[67].

Sin qui la *majority opinion* di *Hardwick* afferma che la libertà ed i diritti fondamentali che ne sono espressione possono subire limitazioni in nome del rispetto della storia e delle tradizioni di una nazione. La Corte Suprema seguendo il tracciato interpretativo dell'originalismo – che esige la soluzione delle questioni giuridiche problematiche da parte delle maggioranze politiche anziché delle corti, le quali devono invece farsi garanti di una fedele lettura della costituzione –, negava di poter accordare protezione a situazioni nuove attraverso una lettura sostanziale della *Due Process clause*, dati i pericoli di un diritto costituzionale creato dal giudice

---

[64] 760 F.2d 1202 (1985).

[65] La Corte decide di ridurre la questione di costituzionalità della legge della Georgia alla domanda retorica se esiste un fondamentale diritto degli omosessuali ad intraprendere atti sodomitici, laddove il vero problema "is not what Michael Hardwick was doing in the privacy of his own bedroom, but what the State of Georgia was doing there" (L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, cit., 1428).

[66] *Bowers v. Hardwick*, cit., pp. 190-191.

[67] *Bowers v. Hardwick*, cit., p. 194: "to claim that a right to engage in such conduct is 'deeply rooted in this Nation's history and tradition' or 'implicit in the concept of ordered liberty' is, at best, facetious".

in assenza di una qualsiasi sua legittimazione politica[68]. Il *reasoning* proseguiva con l'osservazione che la consumazione dell'atto sessuale all'interno di mura domestiche non poteva condurre ad una diversa soluzione giurisprudenziale – malgrado Hardwick sostenesse che, così come in *Stanley* v. *Georgia*[69] in riferimento al diritto di ciascuno di leggere e/o guardare materiale osceno nel proprio domicilio, analogo diritto andasse accordato rispetto allo svolgimento della propria vita sessuale[70]. Rigettando l'interpretazione analogica, la Corte sottolineava come il caso citato dal reclamante poggiava sulla libertà di parola e di stampa del I Emendamento, a cui non poteva ricondursi la condotta omosessuale, pena l'inclusione nello stesso anche di comportamenti come l'adulterio, l'incesto o altri crimini sessuali, se svolti all'interno di un focolare domestico[71].

Il giudice White, esprimendosi per la Corte, escludeva quindi a priori il ricorso allo *strict scrutiny* – mancando il riscontro della lesione di un diritto fondamentale – e all'*intermediate scrutiny* – essendo ascritta, la questione, all'ambito della *Due Process* anziché dell'*Equal Protection Clause* – mentre applicava il *rational basis test* giungendo a sancire la costituzionalità della legge della Georgia, poiché il giudizio morale maggioritario dato alla sodomia omosessuale costituiva base razionale (*i.e.* ragionevole) della legge. "Il convenuto afferma" – prosegue White – "che la legge deve fondarsi su una base razionale e che in tal caso non c'è nulla a parte la convinzione della maggioranza dell'elettorato della Georgia che considera la sodomia omosessuale immorale e inaccettabile. Si afferma che questa sia una ragione insufficiente o inadeguata per ritenere la legge legittima. La legge, tuttavia, è costantemente fondata su nozioni di moralità, e le corti sarebbero davvero troppo occupate se tutte le leggi che siano espressione di scelte morali dovessero essere invalidate rispetto alla *Due Process clause*. Il convenuto non afferma propriamente ciò, ma insiste sul fatto che il sentimento maggioritario circa la moralità dell'omosessualità sia dichiarato inadeguato. Su questo la Corte non concorda, ed anzi non

---

68 *Bowers v. Hardwick*, cit., pp. 194-195.
69 *Stanley v. Georgia*, 394 U.S. 557 (1969).
70 *Bowers v. Hardwick*, cit., p. 195.
71 *Bowers v. Hardwick*, cit., pp. 195-196.

si mostra per nulla persuasa della necessità che le *sodomy laws* di 25 Stati debbano essere invalidate su tale base"[72].

La decisione così confezionata solleva questioni e critiche di non poco momento. Ancorare la legittimità costituzionale di una legge all'opinione maggioritaria, fondata eminentemente su un giudizio di valore morale, attenta all'essenza stessa dei cataloghi dei diritti. Parimenti, utilizzare la tradizione storica allo scopo di legittimare un dato elemento normativo porta ad escludere una sua qualsiasi evoluzione in senso maggiormente democratico, contribuendo così al mantenimento di disposizioni discriminatorie – come è avvenuto in passato per le norme razziali o sulla disparità tra i sessi. Infine, negare che l'attività sessuale compiuta all'interno del proprio domicilio possa essere ricompresa nell'ambito della *privacy* non ha alcun fondamento razionale condiviso, e la Corte stessa avrebbe fatto meglio a rivolgere il suo sguardo oltreoceano per vedere come già la Corte di Strasburgo aveva affermato che la sanzione delle pratiche sessuali tra adulti consenzienti violava il 'diritto al rispetto della vita privata e familiare' di cui all'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo[73].

Del resto, riserve sulla decisione della Corte sono state espresse dallo stesso Blackmun J. nella sua opinione dissenziente, in cui si afferma che il diritto alla privacy ricomprende il diritto di ognuno di determinare le modalità di manifestazione della propria intimità indipendentemente dai rapporti di famiglia, matrimonio, procreazione, che le motivazioni della sentenza *Stanley* non riposano esclusivamente sul I Emendamento, riconoscendosi il "diritto degli individui ad essere sicuri nelle loro […] abitazioni" espressamente garantito dal IV Emendamento, e che riconoscere la libertà di avere relazioni omosessuali consensuali fra adulti non giustifica necessariamente altre fattispecie criminali[74]. L'eco creata dalla sentenza *Hardwick* è stata vasta ed ha sollevato molte critiche, alimentate anche dal fatto che il giudice Powell – associato alla maggioranza –, nell'ottobre del 1990, ossia tre anni dopo il suo pensionamento, ha dichiarato ad un gruppo di studenti della New York University of Law "I think I pro-

---

[72] *Bowers v. Hardwick*, cit., p. 196.
[73] *Dudgeon v. United Kingdom*, App. N. 7525/76 (22/10/1981), §63.
[74] *Bowers v. Hardwick*, cit., pp. 204, 208 ss.

bably made a mistake in that one. That case was not a major case, and one of the reasons I voted the way I did was the case was a frivolous case" brought "just to see what the court would do"[75].

2.2.2. *Il post-"Hardwick" nelle giurisdizioni statali*

Nel 1986 si è avuto un freno nell'espansione del diritto alla privacy e la lotta contro le *sodomy laws* è passata dal versante delle corti federali a quello delle corti statali. In tal modo si è manifestato in tutta la sua evidenza quel fenomeno tipico del federalismo americano che consente la tutela dei diritti lungo un duplice binario (cd. *dual federalism*), esistendo due giurisdizioni autonome e concorrenti tali per cui le corti federali finiscono per avere capacità creativa e le Corti statali il ruolo di laboratori idonei a sviluppare le soluzioni più ardite[76]. Le contese si spostano verso il livello inferiore anche in consi-

---

[75] Citato in http://www.sodomylaws.org/bowers/bowers.htm.

[76] Questa concezione fondante il sistema federale americano – per cui la Costituzione federale offre un livello minimo di protezione dei diritti, accresciuto e modificato dai singoli Stati – è stata descritta ed esaltata dal giudice Louis Brandeis: "[i]t is one of the happy incidents of the federal system that a single courageous state may, if its citizens choose, serve as a laboratory; and try novel social and economic experiments without risk to the rest of the country" (*New State Ice Co. v. Liebman*, 285 U.S. 262, 311 (1932), Brandeis J., *dissenting*) ma è assai diffusa anche in dottrina: T.E. Baker, *A catalogue of judicial federalism in United States*, in 46 *S.C. L. Rev.*, 835 (1995); W.J. Brennan Jr., *State Constitutions and the protection of individual rights*, in 90 *Harv. L. Rev.*, 489 (1977); Id., *The Bill of Rights and the States: the revival of state Constitutions as guardians of individual rights*, in 61 *N. Y.U. L. Rev.* 535 (1986); S.G. Pollock, *Adequate and independent state grounds as a means of balancing the relationship between state and federal courts*, in 63 *Tex L. Rev.*, 977 (1985); J.N.G. Cauthen, *Horizontal federalism in the new judicial federalism: a preliminary look at citations*, in 66 *Alb. L. Rev.,* 783 (2003); L. Friedman, *The constitutional value and dialogue and the new judicial federalism*, in 28 *Hastings Const. L.Q.*, 93 (2000); L.M. Farabee, *Marriage, Equal Protection, and the new judicial federalism: a view from the States*, in 4 *Yale L. & Pol'y Rev.* 237 (1996). Contro la positività del *dual federalism* v.: A.B. Sanders, *The "new judicial federalism" before its time: a comprehensive review of economic substantive Due Process under state constitutional law since 1940 and the reasons for its recent decline*, in 55 *Am. U. L. Rev.* 457 (2005); R.K.L. Collins, *Foreword: the once "new judicial federalism" and its critics*, in 64 *Wash. L. Rev.* 5 (1989); B. Barbisan, *Il "new judicial federalism" negli Stati Uniti e la Corte europea di Strasburgo in un*

derazione del fatto che la Corte Suprema sembra allentare la propria tutela rispetto ad alcune istanze, ammettendo, ad esempio, la legittimità dell'espulsione di una persona gay dai Boy Scouts, in seguito alla dichiarazione pubblica della propria omosessualità, senza che questa sia giudicata in contrasto con la libertà di associazione garantita dal I Emendamento[77], sottoponendo in maniera generalizzata i programmi governativi di *affirmative action* allo *strict scrutiny test* – e condannandoli, così, praticamente sempre all'invalidità[78], e sostenendo l'inidoneità dell'*Americans with Disabilities Act* e del *Violence Against Women Act* a portare avanti il progetto di non discriminazione di cui all'*Equal Protection clause* del XIV Emendamento[79].

L'apporto positivo del cd. doppio binario giurisprudenziale è evidente in *Commonwealth v. Wasson*[80], quando, il 24 settembre del 1992, la Corte Suprema del Kentucky ha riformato la decisione della Corte inferiore, che condannava il signor Jeffrey Wasson per viola-

---

caso sulla libertà sessuale degli omosessuali, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2004, 1, 188.

[77] *Boy Scouts of America v. Dale*, 530 U.S. 640 (2000). Sul caso, D. Amari, *Boy Scouts May Discriminate against Homosexuals on the Basis of the First Amendment Right of Expressive Association*, in 9 *American University Journal of Gender, Social Policy and the Law* 451 (2001); A. Leonard, *Boy Scouts of America v. Dale*: *The "Gay Rights Activist" as Constitutional Pariah (Symposium: After the Gay '90s: The New Law and Politics of Sexual Orientation)*, in 12 *Stanford Law & Policy Review* 27 (2001); T. Flynn, *Don't Ask Us to Explain Ourselves, Don't Tell Us What to Do: The Boy Scout's Exclusion of Gay Members and the Necessity of Independent Judicial Review*, in 12 *Stanford Law & Policy Review* 87 (2001); J. Patrick, *A Merit Badge for Homophobia? The Boy Scouts Earns the Right to Exclude Gays in* Boy Scouts of America v. Dale, in 10 *Law & Sexuality*, 93 (2001); J.M. Carpenter, Dale v. Boy Scouts of America: *Wheter the Application of New Jersey's Public Accommodations Law, Forcing the Boy Scouts to Include an Avowed Homosexual, Violates the Scout's First Amendment Freedom of Expressive Association*, in 52 *Mercer Law Review* 745 (2001); J. Walters, *Freedom of Association-Prohibition of Expulsion of Homosexual Scout Leader Violates the Boy Scout's First Amendment Right of Freedom of Expressive Association*, in 31 *Cumberland Law Review* 407 (2001); D.L. Hutchinson, *"Closet Case":* Boy Scouts of America v. Dale *and the Reinforcement of Gay, Lesbian, Bisexual, and Transgender Invisibility*, in 76 *Tulane Law Review*, 81 (2001).

[78] *Adarand Constructors Inc. v. Pena*, 515 U.S. 200 (1995) (*Adarand I*) e *Adarand Constructors Inc. v. Slater*, 528 U.S. 216 (2000) (*Adarand II*).

[79] *Board of Trustees of the University of Alabama v. Garrett*, 531 U.S. 356 (2001); *United States v. Morrison*, 529 U.S. 598 (2000).

[80] *Commonwealth v. Wasson*, 842 S. W 2d 487 (Ky. 1992).

zione della *sodomy law* statale[81] – avendo egli invitato un poliziotto che agiva sotto copertura ad entrare in casa sua per consumare con lui rapporti sessuali –, dichiarando tale legge illegittima poiché in contrasto con il diritto alla *privacy* e all'eguale trattamento tutelati dalla Costituzione del Kentucky. Nella sentenza *Wasson* si è riconosciuto a chiare lettere il diritto di persone adulte e consenzienti dello stesso sesso ad intrattenere rapporti di tipo sodomitico, affermando quel diritto alla *privacy* non espressamente previsto dalla costituzione del Kentucky, ma implicito nel *Bill of Rights* statale[82], che dovrebbe mettere al riparo l'individuo da intrusioni non giustificate dal cogente ed imprescindibile interesse statale di evitare il nocumento di altre persone (*neminem laedere*). I giudici del Kentucky hanno quindi applicato lo *strict scrutiny test* a garanzia dei diritti degli omosessuali che, riprendendo le parole del professor Laurence Tribe, "in quanto soggetti a discriminazioni di vecchia data e a disapprovazione […] formano sostanzialmente una minoranza"[83].

Quello che più interessa del caso *Wasson* è la presa di distanza da *Hardwick* grazie all'apporto di nuove idee provenienti dal basso. La considerazione del federalismo americano porta i giudici ad affermare che la tutela dei diritti costituzionali delineata dall'esegesi interpretativa della Corte Suprema federale costituisce solo il livello minimo di garanzie su cui i singoli Stati possono costruire un sistema autonomo[84], e, come per rivendicare la superiorità formale e

---

[81] Il KRS 510.100 puniva come illecito penale "deviate sexual intercourse with another person of the same sex" laddove "consent of the other person shall not be a defense".

[82] Constitution of the State of Kentucky (as amended to 1980), Bill of Rights, section 1: "[a]ll men are, by nature, free and equal, and have certain inherent and inalienable rights, among which may be reckoned: First: The right of enjoying and defending their lives and liberties. […] Third: The right of seeking and pursuing their safety and happiness"; section 2: "[a]bsolute and arbitrary power denied. Absolute and arbitrary power over the lives, liberty and property of freemen exists nowhere in a republic, not even in the largest majority".

[83] L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, cit., 1616.

[84] *Commonwealth v. Wasson*, cit.: "under our system of dual sovereignty, it is our responsibility to interpret and apply our state constitution independently. We are not bound by decisions of the United States Supreme Court when deciding whether a state statute impermissibly infringes upon individual rights guaranteed in the State Constitution so long as state constitutional protection does not fall be-

sostanziale della tutela statale, si sottolinea che "la giurisprudenza del Kentucky ha riconosciuto una protezione del diritto alla privacy grazie alla sua propria costituzione e alla tradizione della common law molto prima che la Corte Suprema cominciasse a domandarsi dell'esistenza di un qualche diritto di privacy implicito nel Bill of Rights federale"[85].

Affermazioni analoghe sono state avanzate anche dal giudice distrettuale Delila F. Pierce che, nel maggio 2001, ha dichiarato l'invalidità del *sodomy statute* del Minnesota[86] per come applicato agli atti di sodomia privati tra adulti consenzienti, poiché in contrasto col diritto alla privacy garantito dalla costituzione statale[87]. Similmente, una Corte d'Appello del Tennessee (Western Section, Nashville) ha applicato lo *strict scrutiny test* e dichiarato l'*Homosexual Practice Act* – che proibiva il contatto sessuale tra individui dello stesso genere, indipendentemente dalla considerazione della sede in cui esso aveva luogo – contrario al diritto alla privacy tutelato dalla costituzione di quello Stato[88]. In *Campbell v. Sundquist*, il riferimento alla *privacy*, desunto implicitamente da diverse disposizioni della costituzione del Tennessee[89], ricorda da vicino l'approccio ermeneutico

---

low the federal floor, meaning the minimum guarantee of individual rights under the United States Constitution as interpreted by the United States Supreme Court. Contrary to popular belief, the Bill of Rights in the United States Constitution represents neither the primary source nor the maximum guarantee of state constitutional liberty. Our own constitutional guarantees against the intrusive power of the state do not derive from the Federal Constitution".

[85] *Commonwealth v. Wasson*, cit.

[86] Minn. Stat. § 609.293, subd.1 "'Sodomy" means carnally knowing any person by the anus or by or with the mouth", subd. 5. "Whoever, in cases not coming within the provisions of sections 609.342 or 609.344, voluntarily engages in or submits to an act of sodomy with another may be sentenced to imprisonment for not more than one year or to payment of a fine of not more than $3,000, or both".

[87] *Doe et al. v. Ventura et al.*, 2001 WL 543734, No. 01-489 (Dist. Ct. Hennepin County May 15, 2001): "Minnesota courts have repeatedly applied the Minnesota right to invalidate statutes or circumscribe law enforcement in settings where the federal right supported a different conclusion".

[88] *Campbell v. Sundquist*, 926 S. W. 2d 250, 255 (Tenn. Ct. App. 1996).

[89] *Campbell v. Sundquist*, cit.: "The right to privacy, or personal autonomy ("the right to be let alone"), while not mentioned explicitly in our state constitution, is nevertheless reflected in several sections of the Tennessee Declaration of Rights, including provisions in Section 3 guaranteeing freedom of worship ("no human authority can, in any case whatever, control or interfere with the rights of con-

adoperato in *Griswold* e finisce per riconfermare l'intuizione della multiformità di tale diritto. Gli effetti benefici del *dual federalism* sono inoltre ben evidenti in Georgia dove la battaglia contro la *sodomy law*, persa a livello federale con *Hardwick*, è stata vinta a livello statale nel 1998[90]. Dodici anni dopo *Hardwick*, la Corte Suprema della Georgia ha dichiarato costituzionalmente invalida la legge statale sulla sodomia perché in contrasto – in assenza di un *compelling state interest*, non essendo tali la "social morality" e il "due regard to the collective will of the citizens of Georgia"[91] – con il fondamentale diritto alla privacy che "ha una storia lunga e distinta in Georgia", il primo Stato ad averlo espressamente riconosciuto[92].

2.2.3. *"Lawrence v. Texas" (2003)*

Il 17 settembre 1998, in seguito ad un blitz della polizia avvertita per telefono della falsa presenza di un uomo armato "che faceva il pazzo" ("going crazy") presso un'abitazione nei sobborghi di Houston (Texas), il sessantenne bianco John Geddes Lawrence ed il suo

---

science"); those in Section 7 prohibiting unreasonable searches and seizures ("the people shall be secure in their persons, houses, papers, and possessions, from unreasonable searches and seizures"); those in Section 19 guaranteeing freedom of speech and press ("free communication of thoughts and opinions, is one of the invaluable rights of man, and every citizen may freely speak, write, and print on any subject, being responsible for the abuse of that liberty"); and the provisions in Section 27 regulating the quartering of soldiers ("no soldier shall, in time of peace, be quartered in any house without the consent of the owner")".

[90] *Powell v. State*, 270 Ga. 327, 510 S. E. 2d 18 (Ga. 1998).

[91] *Powell v. State*, cit., 25. L'argomentazione che vede la *public morality* come *compelling state interest* giustificante il *sodomy statute* statale è stata rigettata anche nel Montana, con *Gryczan v. State*, 283 Mont. 433, 942 P. 2d 112, 124 (Mont. 1997) – dove si è ugualmente giunti alla dichiarazione di incostituzionalità del §45-5-505 MCA in rapporto al diritto alla privacy espressamente riconosciuto dalla Costituzione di quello Stato (article II, sections 4 and 10).

[92] *Powell v. State*, cit., 21. Tra gli altri casi di invalidazione giudiziaria delle leggi sulla sodomia, condotta a livello statale, vanno ricordati quello del Maryland (*Williams v. Glendening*, 1998 Extra LEXIS 260 (Balt. City Cir. Ct. Oct. 15, 1998)), del Massachusetts (*Gay and Lesbian Advocates & Defenders v. Attorney General*, 436 Mass. 132, 763 N. E.2d 38 (2002)) e dell'Arkansas (*Picado v. Jegley*, 349 Ark. 600, 80 S. W. 3d 332 (2002)).

compagno Tyron Garner di 24 anni più giovane e di pelle nera[93], colti nell'atto di consumare un rapporto sessuale anale interdetto dallo Stato del Texas[94], sono stati arrestati e condotti in prigione. Dopo alcune settimane, il 22 dicembre 1998 la Corte della Contea di Harris[95] li ha condannati al pagamento di una multa di 200$ in una decisione in seguito impugnata dai ricorrenti dinanzi alla Corte d'Appello del 14° Distretto del Texas a motivo della pretesa violazione dell'*Equal Protection* e della *Due Process Clause* del XIV Emendamento e di altre disposizioni statali analoghe. La Corte d'Appello si è pronunciata una prima volta in composizione ristretta, riconoscendo (2-1) la violazione del principio di eguaglianza da parte della legge statale che sanzionava unicamente il comportamento sessuale consensuale tenuto tra persone dello stesso sesso[96], ed una seconda in composizione piena, ribaltando (7-2) il precedente giudizio in nome del superiore interesse a "preservare la morale pubblica"[97].

---

[93] I fatti della causa si trovano descritti in *Lawrence v. Texas*, *Petition for Writ of Certiorari*, 2-8 (July 16, 2002) (consultabile su http://news.findlaw.com/hdocs/docs/sodomy/lwrnctx71602pbrf.pdf), dove peraltro vengono taciuti alcuni particolari – quali la razza e l'età – che potrebbero dare meglio l'idea della dimensione discriminatoria della vicenda: P.R. Baldacci, *Lawrence and Garner: the love (or at least sexual attraction) that finally dared speak its name*, in 10 *Cardozo Women's L.J.* 289 (2004).

[94] Texas Penal Code Ann. , §21.06 (a) (2003): "[a] person commits an offense if he engages in deviate sexual intercourse with another individual of the same sex") e §21.01 ("[i]n this chapter: (1) "Deviate sexual intercourse" means: (A) any contact between any part of the genitals of one person and the mouth or anus of another person; or (B) the penetration of the genitals or the anus of another person with an object. (2) "Sexual contact" means any touching of the anus, breast, or any part of the genitals of another person with intent to arouse or gratify the sexual desire of any person. (3) "Sexual intercourse" means any penetration of the female sex organ by the male sex organ".

[95] *Lawrence v. Texas*, Nos. 98-48530, 98-48531 (Harris Cty. Crim. Ct. Dec. 22, 1998).

[96] *Lawrence v. Texas*, *panel decision*, Nos. 14-99-00109-CR, 14-99-00111-CR (Tex. App. 14th Dist. June 8, 2000).

[97] *Lawrence v. Texas*, *en banc decision*, 41 S.W.3d 349 (Tex. App. 14th Dist. Mar. 15, 2001). Per i due giudici dissenzienti "where the same conduct, defined as "deviate sexual intercourse", is criminalized for same sex participants but not for heterosexuals, the contention that the same conduct is moral for some but not for others merely repeats, rather than legitimizes, the Legislature's unconstitutional edict". Per commento si rinvia a J.L. Schwartz, Lawrence v. Texas: *Court of Appeals of Texas Holds Texas Ban on Homosexual Sodomy Does Not Invidiously Dis-*

In seguito al rifiuto di *review* da parte della Corte d'Appello Penale del Texas[98], il 16 luglio 2002 i signori Lawrence e Garner hanno chiesto il *writ of certiorari* alla Suprema Corte federale che lo ha concesso il 2 dicembre 2002, giacché la sola giustificazione che lo Stato del Texas aveva proposto per la criminalizzazione della condotta omosessuale era il mero desiderio di "richiedere l'adesione a certi standard morali largamente accettati o a valori familiari"[99]. Ammettendo il *certiorari*, la Corte Suprema si trovava a dover esaminare tre questioni: (1) se la legge texana criminalizzante i rapporti sodomitici privati tra *same-sex couples* e non tra *different-sex couples* violava la garanzia dell'*Equal Protection clause* contenuta nel XIV Emendamento, (2) se la medesima, condannando l'intimità sessuale dei *same-sex partners* tra le pareti domestiche, violava i loro "interessi vitali alla libertà e privacy" protetti dalla *Due Process clause* del XIV Emendamento, e (3) se *Bowers v. Hardwick* doveva essere "overruled"[100].

Il 26 giugno 2003, nel decidere in sostanza dell'esistenza o meno di un diritto al libero orientamento sessuale interno all'idea di *autonomy privacy*, escluso in *Hardwick* in quanto immorale per la società, la Corte ha ritenuto che *Hardwick* era una decisione scorretta ai suoi tempi e continuava ad esserlo, per cui andava *overruled*[101]. Dopo una rilettura della giurisprudenza richiamata nell'oc-

---

criminate Against Homosexuals under Federal and State Constitution, in 12 *Law & Sexuality* 363 (2003).

98 *Lawrence v. Texas*, *review denied*, (Tex. Ct. Crim. App. April 17, 2002).

99 *Lawrence v. Texas*, *cert. granted*, 537 U.S. 1044 (2002).

100 *Lawrence v. Texas, Petition for Writ of Certiorari*, No. 02-102, i (July 16, 2002).

101 *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003), 560. A commento del caso, si v.: P. G. Sherman, *Constitutional Law-Fourteenth Amendment-State anti-sodomy laws as applied to consensual homosexual activity in the privacy of the home held unconstitutional*, in 73 *Mississippi Law Journal*, 347 (2003); J. Elmer, *A victory for gay rights in* Lawrence v. Texas, in 52 *Rhode Island Bar Journal*, 5 (2003); A. Leonard, *"Lawrence v. Texas and the New Law of Gay Rights*, in 30 *Ohio Northern University Law Review*, 189 (2004); R.D. Mohr, *The Shag-A-Delict Supreme Court: "Anal Sex", "Mistery", "Destiny", and the "Transcendent" in* Lawrence v. Texas, in 10 *Cardozo Women's Law Journal*, 365 (2004); J. Weinstein, T. DeMarco, *Challenging Dissent: The Ontology and Logic of* Lawrence v. Texas, in 10 *Cardozo Women's Law Journal,* 423 (2004); Symposium, *Equality, Privacy, and Lesbian and Gay Rights After* Lawrence v. Texas, in 65 *Ohio State Law Journal*, 1057

casione *(Griswold*; *Eisenstadt*; *Roe*; *Carey*), necessaria per inquadrare il discorso nell'ambito del riconosciuto diritto fondamentale all'*autonomy privacy* (ora da estendere ai rapporti intimi tra persone dello stesso sesso), il giudice Kennedy – portavoce della maggioranza composta da 6 giudici – ha fatto propria la *dissenting opinion* espressa nel 1986 dal giudice Stevens per giungere alla conclusione della scorrettezza di *Hardwick*: "i nostri precedenti consentono di giungere a due chiare conclusioni. Primo, il fatto che in uno Stato la maggioranza governante abbia tradizionalmente concepito una pratica come immorale non è una ragione sufficiente per giustificare una legge che proibisce quella pratica; né la storia né la tradizione potrebbero giustificare una legge che proibisce la mescolanza fra razze. Secondo, le decisioni individuali compiute da persone sposate, relative alla sfera intima della loro relazione fisica, anche quando non intese a procreare, sono forme di 'libertà' protette dalla Due Process clause del XIV Emendamento. Questa protezione si estende anche alle scelte intime compiute da persone non coniugate, oltre a quelle unite in matrimonio"[102].

Il superamento di *Hardwick* era comunque prevedibile considerando la crescente accettazione sociale dell'omosessualità delineatasi nel corso degli anni, ed il significativo cambiamento avvenuto nel 1993 all'interno della composizione della Corte – mediante la sostituzione del conservatore Byron White (portavoce dalla maggioranza in *Hardwick*) con la strenua paladina dell'uguaglianza sessuale Ruth Bader Ginsburg[103]. Tuttavia, stupisce come la Corte Suprema statunitense si sia mostrata sensibile al panorama internazionale ad abbia attribuito un particolare significato e ruolo alla comparazione giuridica. Nel demolire *Hardwick*, il giudice Kennedy ha sottolineato l'importanza di eventi, trascurati nel 1986, che avrebbero dovuto portare la Corte, in *Hardwick*, ad una pronuncia differente. Ha così accennato all'introduzione, nel 1955, del Model Penal Code, volto a

---

(2004); J.E. Payne, *Abundant Dulcibus Vitiis, Justice Kennedy: In "Lawrence v. Texas", an Eloquent and Overdue Vindication of Civil Rights Inadvertently Reveals What Is Wrong with the Way the Rehnquist Court Discusses Stare Decisis*, in 78 *Tulane Law Review*, 969 (2004).

[102] *Ibidem*, 577 (Kennedy J. *opinion*, part II).

[103] V. Barsotti, *Privacy e orientamento sessuale*, cit., 140-141.

depenalizzare i rapporti sessuali svolti in privato tra adulti consenzienti, e al suo recepimento, dal 1961 in poi, da parte dell'Illinois e di altri Stati. Kennedy rileva come i numerosi riferimenti contenuti in *Hardwick* alla storia della civiltà occidentale e alle sue radici giudaico-cristiane siano limitanti perché non tengono conto di tradizioni e documenti che puntano in direzione diversa. Di qui si giunge a considerare la Raccomandazione del Parlamento inglese presentata nel 1963 col monito di abrogare tutte le leggi contro l'omosessualità (*The Wolfenden Report*) e la soluzione nel 1981 di un caso analogo a *Hardwick* da parte della Corte Europea dei diritti dell'uomo (*Dudgeon v. United Kingdom*), concluso con la statuizione della contrarietà alla Convenzione europea di una legge criminalizzante i rapporti sessuali omosessuali – da cui, poi, il richiamo agli altri casi successivi e all'esperienza costituzionale extraeuropea così come presentata dall'*amicus curiae* Mary Robinson[104].

L'infondatezza di *Hardwick* è stata evidenziata anche sulla base della considerazione di eventi posteriori che hanno fatto emergere l'esigenza di ridurre l'ingerenza statale negli ambiti privati protetti dalla *Due Process* – il riferimento è andato alla successiva e graduale depenalizzazione della sodomia applicata dagli Stati dell'Unione e all'affermazione giudiziale della necessità di tutelare le scelte personali dell'individuo (*Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*[105]) e quella classe di cittadini discriminata per il proprio orientamento sessuale quale gli omosessuali (*Romer v. Evans*).

Il superamento di *Hardwick*, avvenuto con *Lawrence*, è emerso anche nell'abbandono del metodo "originalista" nell'interpretazione della *Due Process clause* da parte della giurisprudenza costituzionale – fatto comunque salvo dalla lettura conservatrice propugnata dal giudice dissenziente Scalia – a favore della soluzione interpretativa del "metodo razionale" o del "giudizio ragionato" sostenuta dalla maggioranza. Tale teoria, che vede nella Carta fondamentale

---

[104] *Lawrence v. Texas*, cit., 573-576 (Kennedy J. *opinion*, part II).

[105] *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992) afferma, collegandosi all'idea di dignità umana, che la libertà protetta dalla *Due Process clause* impedisce allo Stato di intromettersi nelle decisioni più intime che attengono all'autonomia individuale.

l'unione di un profilo giuridico e di uno politico, promuove una lettura non prigioniera degli elementi linguistici, ma libera nella ricerca delle ragioni etico-politiche alla base della sostanza della Carta, consentendo l'analisi della tradizione politico-costituzionale americana su cui fondare la tutela di un determinato diritto in una prospettiva evolutiva ed elastica. Con *Lawrence*, il diritto al libero orientamento sessuale è stato ricondotto al "*continuum* razionale" in cui si risolve il valore di libertà garantito dalla *Due Process clause*, per cui è nell'autonomia dell'individuo che viene *ragionevolmente* riconosciuta la libertà di comportamento nei rapporti personali intimi[106].

I ricorrenti, domandando l'esame della *sodomy law* texana in rapporto alla garanzia dell'*Equal Protection clause* del XIV Emendamento, avevano inteso percorrere la via meno difficile – considerato la sbarramento di *Hardwick* – per arrivare all'invalidazione della legge. I giudici di maggioranza, tuttavia, hanno formalmente trascurato il profilo dell'eguaglianza scegliendo coraggiosamente di intraprendere una nuova lettura sostanziale della *Due Process clause*. Il giudice Kennedy ha sottolineato come la dichiarazione di incostituzionalità di una legge in base al principio di eguaglianza (*ergo*, l'*equality argument*) le consentirebbe di rinascere sotto altra forma – come repressiva dei comportamenti deviati indipendentemente dal sesso delle persone che li hanno messi in atto – ugualmente discriminatoria, e che solo dall'ombra del principio del *due process* era possibile enucleare un vero diritto al libero orientamento sessuale espresso attraverso le scelte più intime dell'individuo[107].

---

[106] C. Valentini, *La sentenza* Lawrence v. Texas *e l'interpretazione del XIV Emendamento*, in *Quaderni Costituzionali*, 2005, 1, 190 ss; per un approccio critico si v. A.J. Seligsohn, *Choosing Liberty Over Equality And Sacrificing Both: Equal Protection And Due Process in* Lawrence v. Texas, in 10 *Cardozo Women's Law Journal*, 411 (2004).

[107] Siffatta lettura sostanziale della *Due Process* sembrerebbe confermare l'utilizzo giudiziale dell'*equal liberty argument* – anziché del puro *liberty argument* – come in parte sottolineato da R.C. Post, *The Supreme Court, 2002 Term-Foreword: Fashioning the Legal Constitution: Culture, Courts, and Law*, in 117 *Harvard Law Review,* 4, 98 (2003) ("Lawrence […] seeks to redress harms that are traditionally associated with equal protection analysis, rather than with substantive due process") e C. Sunstein, *What Did "Lawrence" Hold? Of Desuetude, Sexuality, and Marriage*, in *The Supreme Court Review*, 2003, 30 ("Lawrence's words sound in due process, but much of its music involves equal protection"). D'altro canto, *Lawrence*

Il giudice Scalia, dissenziente, ha negato che la maggioranza fosse giunta a sancire l'esistenza di un "diritto fondamentale a intrattenere rapporti sodomitici" nel caso *de quo*[108], ma a questa asserzione si è potuto obiettare che una delle questioni su cui la Corte aveva garantito *certiorari* era circa l'ipotesi che la legge texana violasse i diritti costituzionali di *liberty and privacy*[109], e che per risolvere la stessa la Corte ha fatto riferimento a *Griswold*, *Eisenstadt*, *Roe* e *Carey*, ossia agli autorevoli precedenti fondanti l'esistenza di un diritto fondamentale a prendere liberamente le decisioni riguardanti i propri rapporti personali intimi[110]. La stessa forte tutela necessiterebbe, quindi, di essere ricondotta al valore di libertà richiamato in *Lawrence*[111], ed è solo sulla base di questo implicito riconoscimento che si potrebbe arrivare a sancire – come è avvenuto – l'invalidità del *Te-*

---

riconosce espressamente il legame fra libertà ed eguaglianza: *Lawrence v. Texas*, cit., 575 (Kennedy J. *opinion*, part II): "[w]ere we to hold the statute invalid under the Equal Protection Clause some might question whether a prohibition would be valid if drawn differently, say, to prohibit the conduct both between same-sex and different-sex participants. Equality of treatment and the due process right to demand respect for conduct protected by the substantive guarantee of liberty are linked in important respects, and a decision on the latter point advances both interests. If protected conduct is made criminal and the law which does so remains unexamined for its substantive validity, its stigma might remain even if it were not enforceable as drawn for equal protection reasons. When homosexual conduct is made criminal by the law of the State, that declaration in and of itself is an invitation to subject homosexual persons to discrimination both in the public and in the private spheres".

[108] *Lawrence v. Texas*, cit., 586 (Scalia J. *dissenting*): "nowhere does the Court's opinion declare that homosexual sodomy is a 'fundamental right' under the Due Process Clause; nor does it subject the Texas law to the standard of review that would be appropriate (strict scrutiny) if homosexual sodomy *were* a 'fundamental right'".

[109] *Lawrence v. Texas, Petition for Writ of Certiorari*, No. 02-102, i (July 16, 2002): "2. Whether their criminal prosecutions under section 21.06 of the Texas Penal Code violated their constitutional rights to liberty and privacy, as protected by the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment".

[110] K.M. Franke, *The Domesticated Liberty of "Lawrence v. Texas"*, in 104 *Columbia Law Review,* 1399 (2004), 1403.

[111] C. Sunstein, *What Did "Lawrence" Hold?*, cit., 46-48; N.D. Hunter, *Living with* Lawrence, in 88 *Minnesota Law Review*, 1103 (2004), 1114-1117; D. Carpenter, *Is* Lawrence *Libertarian?*, in 88 *Minnesota Law Review*, 1140 (2004), 1155-1156; L.H. Tribe, Lawrence v. Texas: *The "Fundamental Right" That Dare Not Speak Its name*, in 117 *Harvard Law Review*, 1893 (2004); M. Oshige McGowan, *From Outlaws to Ingroup:* Romer, Lawrence *and the Inevitable Normativity of Group Recognition*, in 88 *Minnesota Law Review*, 1322-1325 (2004).

xas statute perché "non promuove alcun interesse legittimo statale che può giustificare la sua intrusione nella vita personale e privata dell'individuo"[112]. La libertà, dunque non può subire limitazione in nome di un presunto interesse maggioritario alla moralità[113].

A fortiori, ci si può domandare perché la Corte abbia parlato spesso di rapporti privati, intimità e dignità personale senza essersi riferita quasi mai espressamente al *right to privacy*. A tale proposito c'è chi ha osservato che si tratterebbe di un mero artifizio letterario, di un espediente adoperato al preciso scopo di mettere al riparo la Corte da possibili critiche di eccessivo attivismo, ma che non muterebbe la sostanza alla base della decisione, ossia che *Lawrence* amplierebbe il diritto fondamentale all'*autonomy privacy* in favore dei rapporti intimi tra le persone dello stesso sesso[114]. Secondo Tribe e Gohering, invece, la Corte riconoscerebbe un generalissimo diritto alla dignità e al rispetto personale[115], ma così facendo si ricollocherebbe nel solco del dibattito filosofico ruotante intorno all'idea di

---

[112] *Lawrence v. Texas*, cit., 579 (Kennedy J. *opinion*, part II).

[113] G.D. Allison, *The Supreme Court Liberates Gay Sex and Limits State Power to Vindicate the Moral Sentiments of the People*, in 39 *Tulsa Law Review* 95 (2003); N.J. Knauer, Lawrence v. Texas: *When "Profound and Deep Convictions" Collide With Liberty Interests*, in 10 *Cardozo Women's Law Journal*, 325 (2004).

[114] D. Carpenter, *Is "Lawrence" Libertarian?*, cit., 1160-1162; K.M. Franke, *The Domesticated Liberty of "Lawrence v. Texas"*, cit., 1404; B.E. Harcourt, *Foreword: "You Are Entering a Gay and Lesbian Free Zone": On the Radical Dissents of Justice Scalia and Other (Post-) Queers*, in 94 *The Journal of Criminal Law & Criminology*, 503 (2004), 511.

[115] L.H. Tribe, *"Lawrence v. Texas": The "Fundamental Right" That Dare Not Speak Its name*, cit., 1915 ("the right to dignity and equal respect for people involved in intimate relationships, whether or not they choose to keep those relationships closeted"); J. Goehring, Lawrence v. Texas: *Dignity, a New Standard for Substantive Rational Basis Review?*, in 13 *Law & Sexuality*, 727 (2004). In direzione pressoché analoga si v.: N.D. Hunter, *Living with* Lawrence, cit., 1137; A. Koppelman, *"Lawrence"'s Penumbra*, in 88 *Minnesota Law Review*, 1171 (2004), 1177 ("Lawrence is full of language that demonstrates the Court's concern with the subordination of gays as a group, rather than just the liberty of individuals"); M. Spindelman, *Surviving* Lawrence v. Texas, in 102 *Michigan Law Review*, 1615 (2004), 1616-1617; Infine, in una versione meno "sanguigna" della lettura del professor Tribe, William Eskridge ricava da *Lawrence* l'affermazione di un principio di tolleranza. Si v. *amplius* W.N. Eskridge Jr., *"Lawrence"'s Jurisprudence of Tolerance: Judicial Review to Lower the Stakes of Identity Politics*, in 88 *Minnesota Law Review*, 1021 (2004), 1025 ("Lawrence gives us nothing less than, but also nothing more than, a jurisprudence of tolerance").

privacy, inaugurato dai teorici Roscoe Pound e Paul Freund, e proseguito dal professore Jed Rubenfeld, che vede in questa la massima espressione della personalità individuale ("*personhood*")[116].

Lawrence è una bella sentenza, ma per molti aspetti difficile e sfuggente[117]: essa ha sancito la contrarietà della legge del Texas alla *Due Process clause* senza riconoscere in maniera esplicita la nascita di un "nuovo" diritto fondamentale, ed ha affermato l'assenza di un interesse statale che legittimasse l'erosione della libertà individuale senza indicare peraltro il tipo di scrutinio a cui la legge andava sottoposto. È stato il giudice Sandra Day O'Connor, in concorso con la maggioranza, a ricondurre il tracciato della sentenza entro gli schemi classici – ma forse un po' riduttivi – dell'analisi costituzionale americana. Affermando, in apertura, di dissentire dall'*overruling* di *Hardwick*, pur concordando con l'incostituzionalità della legge texana sulla sodomia, da rilevare – a suo giudizio – ai sensi dell'*Equal Protection* anziché della *Due Process*[118], ella ha stabilito che la legge andava sottoposta al *rational basis standard of review* e che nel caso in cui aveva come effetto quello di danneggiare un gruppo impopolare andava esposta ad un *minimal scrutiny* più rigoroso[119]. Ritenendo che il caso in esame verificava tale ultima ipotesi, trattandosi del sanzionamento di relazioni personali intime comportante l'isolamento della specifica classe degli individui omosessuali, ella ha concluso in modo netto che "la disapprovazione morale di questo gruppo, così come il solo desiderio di infierire contro tale gruppo, è un interesse insufficiente a soddisfare il test di ragionevolezza richiesto dalla *Equal Protection clause*"[120].

---

[116] R. Pound, *Interests in Personality*, in 28 *Harvard Law Review*, 343 (1915); P. Freund, *Privacy: One Concept or Many?*, in J.R. Pennock, J.W. Chapman (eds.), *Privacy*, Atherton Press, New York, 1971, 182 ss; J. Rubenfeld, *The Right of Privacy*, in 102 *Harvard Law Review*, 737 (1989).

[117] N.D. Hunter, *Living with* Lawrence, cit., 1103 ("the Supreme Court's decision in Lawrence v. Texas is easy to read, but difficult to pin down"); C. Sunstein, *What Did "Lawrence" Hold?*, cit., 45 ("necessary to unpack the Court's opaque opinion, which raises a number of puzzles").

[118] *Lawrence v. Texas*, cit., 579 (O'Connor J. *concurring*).

[119] *Ibidem*, 580 (O'Connor J. *concurring*).

[120] *Ibidem*, 582 (O'Connor J. *concurring*).

A negare l'affermazione di un diritto fondamentale alla *homosexual sodomy* – come già accennato – ha pensato invece Scalia nella sua opinione dissenziente, sottolineando peraltro come l'opinione resa dalla maggioranza abbia fatto proprio il programma del movimento gay[121]. Dopo aver analiticamente precisato che la riconferma giudiziale di decisioni anteriori, espresse su questioni particolarmente spinose per un giudice, avrebbe dovuto persuadere la Corte di *Lawrence* a mantenersi sullo stesso tracciato di *Hardwick*[122], egli ha rilevato come solamente un diritto giudicato fondamentale potesse essere protetto dallo *strict scrutiny test*[123]. Sottolineando l'assenza della qualificazione come fondamentale del diritto ricavato dalla maggioranza della Corte dalla *Due Process clause*, Scalia ha concluso per la sottoposizione del *Texas statute* al *rational basis test* facendone poi derivare la validità dal legittimo perseguimento del fine di preservare la morale sociale: "se, come sostiene la Corte, la promozione della morale sessuale maggioritaria non può assurgere nemmeno a legittimo interesse statale, allora nessuna delle proibizioni penali contro la fornicazione, bigamia, adulterio, incesto fra adulti, bestialità e oscenità possono sopravvivere al rational basis test"[124].

Sarà interessante vedere se *Lawrence* aprirà davvero – come pronosticato da autorevole dottrina[125] – la strada a future rivendicazioni omosessuali, divenendo così la base tollerante di partenza su cui il movimento gay potrà agire per l'affermazione di un più ampio diritto al libero orientamento sessuale. Per ora può solo dirsi che l'invalidazione della *sodomy law* del Texas ha avuto come effetto, per il principio dello *stare decisis*, il mutamento delle situazioni statali in

---

121 *Ibidem*, 602 (Scalia J. *dissenting*, part V).

122 *Ibidem*, 588-589 (Scalia J. *dissenting*, part I).

123 *Ibidem*, 594 (Scalia J. *dissenting*, part II).

124 *Ibidem*, 599 (Scalia J. *dissenting*, part IV).

125 W.N. Eskridge Jr., *"Lawrence"'s Jurisprudence of Tolerance*, cit., 1065; E. Stein, *Introducing* Lawrence v. Texas*: Some Background and a Glimpse Of The Future*, in 10 *Cardozo Women's Law Journal*, 263 (2004); TL. Schimelfenig, *Recognition of the rights of homosexuals: implications of* Lawrence v. Texas, in 40 *California Western Law Review* 149 (2003); J.W. Paulsen, *The significance of "Lawrence v. Texas"*, in 41 *Houston Lawyer* 32 (2004); *contra*: S.A. Blazier, *The Irrational Use of Rational Basis Review in "Lawrence v. Texas": Implications For Our Society*, in 26 *Campbell Law Review*, 21 (2004).

cui era ancora in vigore, nel giugno 2003, una legislazione anti-sodomia: Alabama[126], Florida, Idaho, Kansas[127], Louisiana, Mississippi, North Carolina, South Carolina, Oklahoma, Texas, Utah, Virginia[128] e Porto Rico hanno abrogato le loro leggi in seguito a *Lawren-*

---

[126] In *Williams v. Attorney General of Alabama*, 378 F.3d 1232, 1235-1238 (11th Cir. 2004), *cert. denied*, No. 04-849, 2005 WL 406106 (U.S. Feb. 22, 2005), l'11° Circuito della Corte d'Appello federale ha stabilito (2-1) l'impossibilità "to extrapolate from Lawrence and its dicta a right to sexual privacy" che avrebbe comportato la sottoposizione allo *strict scrutiny test* della legge dell'Alabama che proibiva la distribuzione commerciale di "any device designed or marketed as useful primarily for the stimulation of human genital organs". V.: J. Ringel, *11th Circuit Nixes Sex Toys, Sex Rights*, in *Fulton County Daily Report*, July 29, 2004.

[127] *Lawrence v. Texas*, cit., ha esordito anche l'effetto di garantire il *writ of certiorari* a *State v. Limon*, Case No. 85,898, February 1, 2002 (*Limon I*) – concernente la condanna del diciottenne Matthew R. Limon a 206 mesi di prigione per violazione del K.S.A. 21-3505(a)(2), avendo egli consumato sesso orale col quattordicenne M.A.R. –, rimandandolo alla Corte d'Appello del Kansas per le dovute considerazioni da condurre alla luce di *Lawrence*. Nel rinvio, la Corte d'Appello (2-1), per voce del giudice Green, ha stabilito che "Lawrence is factually and legally distinguishable from the present case" (riguardando solo l'attività omosessuale tra due adulti) e che la diversa punizione accordata dallo Stato per lo stesso reato (stupro di minorenne) a seconda che a commetterlo fosse stato un individuo dello stesso sesso piuttosto che uno di sesso opposto, era costituzionale poiché coinvolgeva un minore, incapace in quanto tale di esprimere un effettivo consenso, e "because it is rationally related to the purpose of protecting and preserving the traditional sexual mores of society and the historical sexual development of children" (*State v. Limon*, 32 Kan. App. 2d 369, 375, 83 P. 3d 229, 235, *cert. granted* (Kan. Ct. App. 2004) (*Limon II*)). La Suprema Corte del Kansas, riesaminando il caso *Limon*, il 21 ottobre 2005 ha dichiarato all'unanimità che la legge statale criminalizzante il comportamento sessuale con un minorenne era incostituzionale poiché violava l'*Equal Protection clause* del XIV Emendamento e la sez. 1 della Costituzione del Kansas, applicandosi alle sole coppie di sesso opposto (*State v. Limon*, Case No. 85,898, Kan. Sup. Ct., October 21, 2005 (*Limon III*)). Il giudice Marla Luckert, scrivendo per la Corte, ha stabilito, sulla scia di *Lawrence*, che la disapprovazione morale non era motivo sufficiente per giustificare il diverso trattamento del comportamento omosessuale ed eterosessuale e che pertanto la legge in questione non superava il *rational basis test* ("Furthermore, the State's interests fail under the holding in *Lawrence* that moral disapproval of a group cannot be a legitimate governmental interest").

[128] La Suprema Corte della Virginia, in *Martin v. Ziherl*, 607 S.E.2d 367, 371 (Va. 2005), ha stabilito che i principi statuiti in *Lawrence* andavano applicati alla legge statale sulla fornicazione (Code §18.2-344) – che proibiva da 200 anni i rapporti sessuali tra due persone non sposate, allo scopo di proteggere la salute pubblica ed incoraggiare la nascita dei bambini all'interno di famiglie formate da coniugati. Da principio la Corte ha notato che l'intimità protetta da *Lawrence* doveva includere "the specific act of intercourse […] between two unmarried persons", e quindi che l'atto definito come crimine dal *Virginia statute* andava protetto come parte del diritto alla libertà affermato in *Lawrence* per effetto della *Due Process clause* del XIV

ce. Diversamente, la sentenza del 2003 non ha intaccato la validità delle leggi vietanti l'adulterio, la prostituzione, la pornografia infantile e l'incesto proprio perché rivolte a sanzionare condotte dannose verso terzi, in cui difetta il consenso di tutte le parti coinvolte.

2.3. *Il rispetto e mantenimento di culture e costumi locali (relativismo): il discorso politico-giuridico sull'orientamento sessuale nell'Africa australe*

Nei paesi dell'Africa meridionale si è spesso sostenuto sostenuta l'inopportunità di proteggere espressamente le minoranze sessuali, criticandosi tanto l'inequivoca scelta costituzionale sudafricana quanto l'esportabilità di tale modello nei paesi limitrofi. Secondo queste critiche l'orientamento sessuale costituirebbe esclusivamente una costruzione concettuale della cultura occidentale – nel significato di "costruzionismo" chiarito da Weeks[129] – e come tale mal si adatterebbe a contesti socioculturali che vivono il fenomeno sessuale in maniera profondamente diversa. Il pericolo – spiegano Lind e Haslam – di inserire la "unafrican category" dell'orientamento sessuale in un contesto sociale dai costumi così diversi rispetto al mondo occidentale risiederebbe nell'imporre un processo d'identificazione in schemi e categorie sessuali; un processo che risulterebbe forzato, giacché la sua positivizzazione richiederebbe ad ognuno di schierarsi per la prima volta al suo interno, anziché accompagnare l'esistenza di identità già naturalmente formate[130]. L'idea della pro-

---

Emendamento. Poiché "the fact that the governing majority in a State has traditionally viewed a particular practice as immoral is not a sufficient reason for upholding a law prohibiting the practice", l'intrusione statale nella vita personale e privata degli individui non viene ritenuta ragionevole dalla Corte, e pertanto la legge della Virginia sulla fornicazione viene dichiarata incostituzionale: v. C. Morello, *Singles' Sex No Longer a Va. Crime: Defense in Herpes-Based Suit Leaned on 19th-Century Law*, in *Washington Post*, Jan. 15, 2005, B5.

[129] J. Weeks, *Sex, Politics and Society. The regulation of sexuality since 1800*, Longman, London, 1993, *passim*.

[130] C. Lind, E. Haslam, *Stories of Sexuality in Constitutional Reform in South Africa: Translating Individual Experiences into Law – Draft Paper for the Wits Law and Society Workshop*, Johannesburg 25-26 September 2003, 3.

tezione delle minoranze sessuali sarebbe dunque un'ambizione tipicamente occidentale, se non addirittura – stando a Reid – un tentativo della cultura dominante di prevaricare le culture "altre" o di scardinare l'ordine naturale del creato[131].

Impostazioni simili improntano anche il discorso politico sulle minoranze sessuali, e Robert Mugabe non è l'unico leader ad avere apertamente invocato il rispetto delle tradizioni locali per esprimere la non desiderabilità della protezione giuridica di siffatti gruppi minoritari. Daniel Arap Moi, ex presidente del Kenya, ha dichiarato alla stampa locale che "parole come lesbismo e omosessualità non esistono nelle lingue africane". Julius Nyerere, noto come il presidente progressista della Tanzania, nell'ambito di un *meeting* occorso assieme ad autorità tedesche ha ribadito che l'omosessualità è un fenomeno estraneo all'Africa, e perciò non vi sarebbero lesbiche o gay che necessitino propriamente di essere salvaguardati. Di tono equivalente sono le affermazioni di Helmut Angula, ministro delle finanze in Namibia, per il quale l'omosessualità sarebbe un fenomeno che si starebbe infiltrando nella società locale unicamente in virtù della globalizzazione e dei rapporti sempre più intensi con la comunità bianca, fenomeno che, sempre a suo dire, dovrebbe essere debellato tramite intense campagne di mobilitazione politica. Dichiarazioni simili, poi, sono avanzate anche da politici e governatori in Uganda, Mozambico e Lesotho[132].

Per quanto apparentemente convincenti e persuasive, affermazioni di siffatto tenore non possono costituire la base giustificativa di una teoria politica formulata, in buona sostanza, nei termini di rispetto delle differenze culturali. Non possono divenire la base giustificativa di una teoria relativistica anche perché ignorano, e a volte addirittura negano, l'esistenza di condotte sessuali diverse dal rapporto eterosessuale procreativo, finendo così paradossalmente per perpetuare l'omofobia e la discriminazione[133]. Lind e Haslam affer-

---

[131] G. Reid, *"Going back to God, just as we are": contesting identities in the Hope and Unity Metropolitan Community Church*, in 2 *Development Update*, 57 (1998).

[132] C. Dunton, M. Palmberg, *Human Rights and Homosexuality in Southern Africa*, in 19 *Current African Issue*, 5 (1996), 18, 23.

[133] S. Maguire, *The Human rights of sexual minorities in Africa*, in 35 *Cal. W. Int'l L.J.* 1 (2004).

mano di fare affidamento su quella "parte della letteratura antropologica che evidenzia come, almeno in alcuni contesti africani, l'orientamento sessuale delle condotte sia silente"[134], finendo così per valutare il complesso fenomeno sessuale trascurando sin con troppa leggerezza altra parte della dottrina, quella che enfatizza la presenza di comportamenti o inclinazioni ritenute devianti all'interno di eterogenei gruppi etnici africani. Si pensi alle testimonianze di Moodie sul matrimonio omosessuale nel contesto lavorativo delle miniere d'oro dei primi anni del Novecento ("mine marriage")[135], oppure al matrimonio tra donne celebrato secondo il rito e le tradizioni di numerose comunità indigene[136], o anche al ruolo dell'omosessualità nel contesto dei gruppi tribali *mashona* e *matabele*[137], nelle carceri per *black people*[138] o in altre realtà locali dell'africa australe[139].

---

[134] C. Lind, E. Haslam, *Stories of Sexuality*, cit., 10: "some of the anthropological literature suggests that sexual orientation conduct in at least some African context is silent – so that practice does not operate against same-sex conduct provided there is no consequent identity which would disrupt the rules of family support […] The binary divide between sexualities is reinforced or empowered, and in many cases even created. This divide many not fit in with the reality of peoples sexual lives and the support structures of their societies. Uncovering these secrets may be anthropologically possible, but may also undermine the sexual freedom that some people enjoy".

[135] T.D. Moodie, *Going for Gold Men, Mines, and Migration*, Witwatersrand University Press, Johannesburg, 1994, 119-158; si v. anche K. Botha, E. Cameron, *South Africa*, in D.J. West, R. Green (eds.), *Sociolegal control of Homosexuality*, cit., 9: "[w]ithin the miners' communities themselves, however, notwithstanding moralistic censure by their white bosses, the practice was not only condoned, but customary rules also regulated the relationship of the men with the boys known as the 'wives of the mine'".

[136] B. Omen, *Traditional woman-to-woman marriages, and the Recognition of Customary Marriages Act*, in 63(2) *THRHR* 274 (2000); E. Bonthuys, M. Pieterse, *Still unclear: the validity of certain customary marriages in terms of Recognition of customary Marriage Act*, in 63(4) *THRHR* 616 (2000); I.P. Maithufi, *The Recognition of Customary Marriages Act of 1998: A commentary*, in 63(3) *THRHR* 509 (2000).

[137] C. Bullock, *The Mashona and the Matabele*, Juta & Co Ltd, Cape Town, 1950, 71-82, 245-283.

[138] T. Dirsuweit, *Sexuality and Space: Sexual identity in South African Mine Compounds and Prison*, in 2 *Development Update* 107 (1998).

[139] H. Becker, *Becoming Men: Masculine identities among young men in two Namibian Locations*, in 3(2) *Development Update* 54 (2000); N. Hoad, *Tradition, modernity and human rights: an interrogation of contemporary gay and lesbian rights' claims in Southern African nationalist discourses*, in 2 *Development Up-*

I timori paventati da Lind, Haslam e dai leader politici locali non hanno un fondamento razionale, perché ignorano testimonianze che avrebbero ragionevolmente dovuto ritenere affidabili. Le teorie sono razionali e ragionevoli se riconoscono e accettano i fatti e le norme delle società nella loro complessità e variabilità, anche perché altrimenti si affermerebbe un'equivalenza tra l'idea di ragionevolezza e le prassi maggioritarie o supposte normali. In passato si affermava che le donne e gli appartenenti a razze diverse da quella bianca non dovessero godere di eguale rispetto e considerazione, e alla base di questa proposizione normativa vi era la convinzione di presunte differenziazioni biologiche fra i sessi o le razze. Siffatto ragionamento non è tanto diverso da quello svolto nel 2001 dalla corte suprema della namibia, la quale ha negato il ricongiungimento familiare ad una coppia lesbica sostenendo che la relazione omosessuale sia inferiore a quella eterosessuale, e ponendo a fondamento giustificativo di tale asserzione normativa l'idea che gay e lesbiche siano intrinsecamente diversi dagli altri esseri umani (eterosessuali)[140].

Anche oggi esistono, dunque, idee preconcette in tema di orientamento sessuale, ma è solo sforzandosi di essere pensatori critici e indipendenti che si può sperare di svincolare il ragionamento umano, sia esso scientifico, politico, giuridico, o di altra natura, delle credenze errate e dai pregiudizi. Le credenze imparate si radicano a fondo diventando inveterate, e liberarsene richiede un paziente sforzo di attenzione e la capacità di cambiare se stessi. Il vecchio modo di vedere, quello errato, che impedisce il riconoscimento di un diritto al libero orientamento sessuale, deve essere sostituito con un modo diverso, ad un tempo più critico, aperto e universalizzante. La giurisprudenza in tema di *sodomy laws* di paesi quali Zimbabwe e Botswana, confinanti con il ben diverso Sudafrica attuale, mostra come attraverso il richiamo del relativismo culturale si richieda

---

date, 32 (1998); N. Ishmael-Perkins, *Zimbabwe: a brief History of love*, in 2 *Development Update* 66 (1998); O. Phillips, *Zimbabwe*, in D.J. West, R. Green (eds.), *Sociolegal control of Homosexuality*, cit., 43-56; O. Phillips, *Zimbawean law and the production of a white man's disease*, in 6 (IV) *Social & Legal studies*, London, 471-491 (1997).

[140] *Chairperson of the Imigration Selection Board* v. *Frank & Khaxas*, case SA 8/99, 5 march 2001.

il sacrificio della libertà di gruppi minoritari, e come sullo sfondo di presunti valori locali si annidino valutazioni e sentimenti profondamente irrazionali. Per questo è importante farne cenno.

2.3.1. *Zimbabwe:* S. *v. "Banana" (2000)*

In S. v. *Banana*[141], un caso che ha visto coinvolto in condotte sodomitiche un noto leader politico dello Zimbabwe, la corte suprema statale ha dichiarato a maggioranza (3:2) che il divieto di discriminazione in base al sesso, contenuto alla sez. 23 della costituzionale nazionale, non copre le discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale, e pertanto ha desunto la conformità a costituzione del *common law crime of sodomy*. Il risultato non muterebbe nemmeno se si ammettesse – come ha affermato il giudice McNally per la maggioranza – che il reato di sodomia postuli una differenziazione in base al sesso, poiché in tal caso la limitazione delle garanzie costituzionali avrebbe dovuto configurarsi come misura ragionevole e giustificabile in una società democratica.

Il punto è che l'idea di ragionevolezza fatta propria dalla maggioranza della corte è tale da rivelare un conformismo cognitivo che elimina tutto ciò che potrebbe contestarlo, sicché la selezione sociologica e culturale delle idee diviene essenziale al fine di occultare la stessa realtà. "Nelle particolari circostanze di questo caso" – ha argomentato McNally a nome della maggioranza – "non credo che i valori e le norme sociali dello Zimbabwe ci spingano verso la decriminalizzazione della sodomia consensuale. Lo Zimbabwe è, generalmente parlando, una società conservatrice in materia di condotta sessuale. Più conservatrice, diciamo, della Francia o Svezia; meno conservatrice dell'Arabia Saudita. Tuttavia, di norma, più conservatrice che liberale. Queste sono considerazioni rilevanti al fine di interpretare la costituzione in questioni riguardanti la libertà sessuale. Posto diversamente, non credo che questa corte, priva di credenziali democratiche proprie di un parlamento regolarmente eletto, debba

141 *S* v. *Banana* (2000) 4 LCR 621 (ZSC).

sforzarsi di collocare un'interpretazione sessualmente liberale nella costituzione di un paese le cui norme e valori sociali in tali questioni sono eminentemente conservatrici"[142].

Di tenore ben diverso è la *dissenting opinion*, che raggiunge conclusioni opposte, e dunque considera la *sodomy law* incostituzionale attingendo dall'esterno idee per porre in discussione il ragionamento relativistico proposto dalla maggioranza. I giudici Gubbay e Ebrahim hanno ritenuto che la previsione penale non fosse conforme ai valori base delle società democratiche, sui quali deve sussistere un consenso trasversale affinché il loro contenuto normativo non divenga espressione di mere preferenze soggettive, ossia di valori culturali, morali, religiosi che contrassegnano solo porzioni limitate dell'umanità e che, come tali, mancano di un fondamento ragionevolmente obiettivo. Per far ciò i giudici dissenzienti volgono lo sguardo alla giurisprudenza del vicino Sudafrica, ma non mancano di considerare il caso *Toonen* del Comitato dei Diritti dell'Uomo e i casi principe della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo[143].

2.3.2. *Botswana: "Utjiwa Kanane" v. "The State" (2003)*

Nel marzo 1995, Utjiwa Kanane viene accusato di aver commesso assieme ad un turista i reati di atti innaturali ("unnatural acts") e pratiche indecenti tra maschi ("indecent practices between males"), puniti rispettivamente dalle sezioni 164(c) e 167 del codice penale del Botswana[144]. Comparso di fronte alla *Magistrate*

---

[142] *Ibidem*, 671.

[143] *Ibidem*, 908.

[144] Sez. 164 Penal Code of Botswana: "Any person who – (a) has carnal knowledge of any person against the order of nature; (b) has carnal knowledge of an animal; or (c) permits a male person to have carnal knowledge of him or her against the order of nature, is guilty of an offence and is liable to imprisonment for a term not exceeding seven years".

Sez. 167 Penal Code of Botswana: "Any male person who, whether in public or private, commits any act of gross indecency with another male person, or procures another male person to commit any act of gross indecency with him, or attempts to procure the commission of any such act by any male person with himself or with another male person, whether in public or private, is guilty of an offence".

Court, il reo non nega le condotte alla base dei crimini, ma solleva questione di costituzionalità delle menzionate previsioni penali rilevando che queste: (1) discriminino i maschi in base al sesso e ledano il diritto alla libertà di coscienza, espressione, privacy, riunione e associazione *ex* sez. 3 cost. del Botswana; (2) ostacolino il pieno godimento dei diritti di riunione e associazione, così come specificati dalle sezz. 13 e 15 cost., in quanto pongano differenziazioni in base al sesso[145].

Pendente la questione dinanzi alla *High Court*, il Parlamento nazionale nel 1998 interviene emendando il testo di entrambe le previsioni penali (*Penal Code (Amendment) Act 5 of 1998*), ossia stabilendo la loro applicazione tanto ai maschi quanto alle femmine, senza distinzioni di sesso. L'Alta Corte avrebbe dovuto sindacare la legittimità costituzionale delle fattispecie penali così come formulate ed applicate prima della loro riforma, ma la questione è risolta nel senso della compatibilità costituzionale delle sezioni impugnate, giacché si incorre nell'errore di considerarne il testo così come risultante a seguito dei sopravvenuti mutamenti legislativi[146]. Dunque la sez. 164(c) del codice penale non viola il divieto di discriminazione

---

[145] La sez. 3 cost. Botswana dispone che "Whereas every person in Botswana is entitled to fundamental rights and freedoms of the individual, that is to say, the right, whatever his race, place of origin, political opinions, colour, creed or sex, but subject to respect for the rights and freedoms of others and for the public interest to each and all of the following, namely – (a) life liberty, security of the person and the protection of the law; (b) freedom of conscience, of expression and of assembly and association; and (c) protection for the privacy of is home and other property and from deprivation of property without compensation –, the provision of this chapter shall have effect for the purpose of affording protection to those rights and freedoms subject to such limitations as are contained in the provisions, being limitation designed to ensure that the enjoyment of the said rights and freedoms by any individual does not prejudice the rights and freedoms of the public nterest". La sez. 15 cost. Botswana vieta le discriinazioni, e alla sottosezione 3 chiarisce che "In this section, the expression 'discriminatory' means affording different treatment to different persons, attributable wholly or manly to their respective descriptions by race, tribe, place of origin, political opinions colour or creed whereby persons of such description are subjected to disabilities or restrictions to which persons of another such description are not subject or are accorded privileges or advantages which are not accorded persons of another such description".

[146] *Utjiwa Kanane* v. *The State*, Criminal Trial Court No F94/1995 (22 March 2002).

in base al sesso di cui alla sez. 3 cost., anche perché – stando al criticabile *dictum* di Mwaikaso J. – "la forma normale e naturale di un rapporto sessuale è quella dell'organo maschile che copula con l'organo genitale femminile. Ogni altro atto sessuale condotto in modo diverso [avrebbe violato] inevitabilmente l'ordine della natura"[147].

Il giudice corrobora la sua decisione rilevando come centrale per la soluzione del caso sia stabilire i criteri per definire la moralità pubblica e i valori sociali, cui il diritto penale è portatore al fine di garantire il benessere di una data società nel suo complesso e per preservarne la vitalità ed esistenza. Secondo la visione di Mwaikaso J. – che si rifà espressamente a quella di Patrick Devlin[148], ben nota al mondo anglosassone – è importante "che i reati oggetto di impugnazione vengano interpretati con peculiare cautela dalle corti, affinché non ci si trovi invischiati, anche involontariamente, in nozioni di valori morali o norme importate dall'esterno del tutto estranee al paese"[149]. Occorre infatti notare – prosegue il giudice dell'Alta Corte – "che reati quali atti innaturali o sodomia o bestialità, sebbene trovino posto in molti codici penali introdotti durante l'epoca coloniale, sono di norma sconosciuti tra le società indigene africane. Sono generi di reati che hanno trovato la loro origine, e sono tuttora pratiche dominanti, tra le società bianche occidentali e nelle comunità bianche qui emigrate. Ciò spiega perché, in Africa, a differenza del Botswana, tali reati abbiano la loro maggiore diffusione in paesi come il Sudafrica o lo Zimbabwe, dove i colonizzatori hanno avuto maggiore influenza anche importando tali pratiche"[150].

Scartata dunque l'ipotizzata lesione del principio di eguaglianza in nome di visioni relativistiche di valori e norme sociali – al cui sostegno si è giunti peraltro anche tramite il riferimento ad un solo contributo scientifico non proprio attuale, l'articolo di Malinowski, *The sexual life of savages in north-western Melanesia*, del 1932 –, l'Alta Corte nega altresì la violazione delle *liberty provisions*, ricor-

---

147 *Ibidem*, 16.

148 P. Devlin, *The enforcement of morals*, Oxford, Oxford University Press, 1965.

149 *Ibidem*, 17.

150 *Ibidem*, 21.

dando che i diritti di privacy, associazione ed espressione possono subire limitazioni legislative a salvaguadia della moralità pubblica, intesa questa nella sia accezione di interesse statale che necessita di protezione al fine di non danneggiare tanto l'individuo quanto la società nel suo complesso, ovvero per promuovere la dignità, i diritti e la libertà dei cittadini[151]. Come dire, in parole diverse, che la società tutta dovrebbe – essa, tramite le sue leggi e istituzioni – consegnare ai suoi cittadini l'intero pacchetto del bene e della rettitudine morale, anche a prescindere da ciò che eventualmente pensino o desiderino i suoi destinatari. E ciò ben evidenzia come la condotta omosessuale sia principalmente punita più per ciò che rappresenta, o per il simbolismo che esprime, che per un danno concreto, provato e quindi obiettivo.

Nel luglio 2003 il caso *Utjiwa Kanane* v. *The State* approda di fronte alla Corte d'Appello[152], la quale contrasta apertamente la visione dell'Alta Corte circa l'origine e la presenza dell'omosessualità unicamente nelle società bianche: "sia chiaro" – afferma Tebbutt JP a nome di tutti e cinque i giudici – "che questa Corte si dissocia completamente dalle visioni di Mwaikaso J."[153]. Tuttavia, a parte tale *judicial distinguishing* rispetto alle conclusioni raggiunte dall'Alta Corte, nemmeno il giudizio di ultima istanza raggiunge conclusioni pienamente condivisibili.

Pregevole è il fatto che Tebbutt JP riconosca dapprima l'errore dell'Alta corte nel dichiarare la legittimità costituzionale delle sezz. 164 e 167 secondo la loro formulazione post-riforma, e decida dunque di guardare alle stesse nella loro versione precedente. Pregevole altresì il fatto che la Corte d'Appello decida di interpretare la costituzione seguendo un approccio interpretativo meno formalistico di quello fatto proprio da Mwaikaso J., riconoscendo così che un diritto fondamentale non possa essere disconosciuto sol perché la definizione di discriminazione, contenuta alla sez. 15 cost. del Botswana, manchi di menzionare il "sesso" o il "genere" fra i fattori vietati

---

[151] *Ibidem*, 33-36.

[152] *Utjiwa Kanane* v. *The State*, Criminal appeal No 9 of 2003 (30 july 2003).

[153] *Ibidem*, 21.

di distinzione – ragionamento, quest'ultimo, che consente poi di dichiarare la sez. 167 del codice penale ante-riforma incostituzionale perché colpisce gli atti sessuali indecenti, pubblici e privati, se compiuti da un uomo con un altro uomo, ma non quelli intercorsi fra due donne o fra due persone di sesso opposto. Deludente, invece, è l'affermazione in cui la Corte sostiene essere venuta meno la necessità di invalidare la sezione 167 codice penale, giacché già emendata al tempo della decisione[154], e soprattutto quella in cui la Corte esclude la lesione dell'eguaglianza da parte della sez. 164 codice penale, rilevando come questa potesse applicarsi, anche prima della riforma, ad entrambi i sessi. Difficile comprendere, infatti, come il reato di atti indecenti, definito dalla medesima Corte come ogni rapporto anale, possa applicarsi in eguale misura a tutti sessi, senza riconoscersi come in realtà questo impatti negativamente soprattutto la minoranza gay.

Per questi motivi Utjiwa Kanane argomenta che rispetto alla sez. 164(c) del codice penale la discriminazione si muove prevalentemente sul piano dell'orientamento sessuale, e chiede alla Corte di invalidare l'atto anche sotto questo profilo specifico. La Corte rileva che le discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale non sono vietate dalla sez. 15(3) cost. del Botswana, e che dunque occorre valutare "se in Botswana le circostanze attuali impongano la depenalizzazione delle pratiche omosessuali tra adulti consenzienti o, posto diversamente, se esiste una classe o un gruppo di uomini gay che necessiti di protezione alla luce dell'art. 3 della Costituzione"[155]. In merito si dà risposta negativa giacché *Kanane* non riesce a provare che l'opinione pubblica del Botswana ha cambiato atteggiamento nei confronti del sesso gay. Per la Corte d'Appello, infatti, è fondamentale che si interpreti la costituzione tenendo conto dell'opinione pubblica e delle visioni morali maggioritarie, specialmente se trasfuse nella legislazione nazionale. E la legislazione del 1998 dimostrerebbe, a parere di Tebbutt JP., "un atteggiamento ben lontano dal volere liberare le condotte sessuali in virtù della percezione sociale di accettabilità della condotta omosessuale, e anzi ne conferm[erebbe]

---

[154] *Ibidem*, 10.
[155] *Ibidem*, 19.

e rafforz[erebbe] la contrarietà"[156]. Per questo deve escludersi che la sez. 164 codice penale violi le sez. 3 e 15 cost. nazionale.

3. *L'ineffettività del diritto al libero orientamento sessuale e i suoi rimedi*

I ragionamenti svolti in *Hertzberg*, *Hardwick*, *Banana* e *Kanane* sono sufficienti per rilevare la presenza di comuni aspetti problematici e contestati che impediscono, o in passato hanno impedito, l'affermazione del diritto al libero orientamento sessuale, di per sé desumibile da garanzie costituzionali esistenti. *Hertzberg*, *Hardwick*, *Banana* e *Kanane* sono decisioni sintomatiche di un problema di ben più ampia portata, quale la necessità di offrire alle dichiarazioni dei diritti, presenti in carte internazionali come in documenti costituzionali, un'effettività che sino ad oggi è in molti casi mancata. Un'ineffettività che assume dimensioni di vasta portata, riguardante sia l'ambito pubblico sia quello delle relazioni interprivate, cui nemmeno l'applicazione orizzontale dei *Bill of Rights* e l'adozione di legislazioni attuative e/o antidiscriminatorie sembrano bastare a porvi rimedio.

L'ambiguità e la vaghezza dei diritti proclamati sulla carta, oppure il fatto che nessun diritto possa intendersi in sé illimitato, o anche l'incertezza su quali diritti debbano ritenersi fondamentali, tutti questi e altri ancora sono profili che in buona sostanza rimettono l'effettività delle garanzie costituzionali alle concezioni di fondo cui l'interprete attinge, anche inavvertitamente, per determinare e giustificare vincoli di natura concreta. Pure in dottrina può riscontrasi conferma della pluralità di visioni circa l'individuazione di un qualche catalogo di diritti fondamentali, questione, questa, risolta tramite il ricorso a dottrine giusnaturaliste, nel caso di Finnis[157], o attra-

---

[156] *Ibidem*, 25.

[157] J.M. Finnis, *Law, morality, and "sexual orientation"*, in 69 *Notre Dame L. Rev.* 1049 (1994); Id., *Legge naturale e diritti naturali*, a cura di F. Viola, Giappichelli, Torino, 1996; per una disamina allargata delle posizioni giusnaturalistiche cfr.: D.F. Forte, *The Natural Law Moment*, in *Natural Law and Contemporary Public Policy*, D.F. Forte (ed.), Georgetown University Press, Washington, 1998, 3-10; Id., *Family, Nurture, and Liberty*, in *Natural Law and Contemporary Public*

verso l'elaborazione delle condizioni essenziali di una società giusta, nella teoria sulla giustizia di Rawls[158], o con riferimento alle capacità umane che è necessario proteggere, nelle proposte di Sen[159], sino alle diverse varianti dei requisiti universali dello *human flourishing*, con Nussbaum[160].

Hertzberg, *Hardwick*, *Banana* e *Kanane*, contrapposte a *Toonen* e *Lawrence* – o alle decisioni che hanno riconosciuto alle minoranze sessuali l'esercizio di libertà riconducibili alla cornice costituzionale, si pensi a *McCoskar* nelle Fiji[161] – rivelano la loro debolezza in almeno tre aspetti cruciali e connessi: (1) l'assimilazione della costituzione alla legge sul piano dei contenuti assiologici e della tecnica interpretativa, e dunque il ricorso unicamente al testo e/o all'intenzione originaria dei Padri costituenti come fonti utilizzabili per individuare il significato e i limiti dei diritti costituzionali; (2) la relativizzazione di diritti e/o valori che, in principio, le costituzioni postulano come universali; (3) la concezione formalistica della democrazia, per cui gli interventi volti a modificare gli aspetti più delicati e controversi del sistema possono essere legittimamente compiuti solo dalle maggioranze politiche e devono essere sottratti al raggio d'azione giurisdizionale.

È dagli aspetti di debolezza che occorre partire al fine di individuare approcci diversi che rendano giustizia all'imperativo categorico di riconoscimento dei diritti umani fondamentali. Tre, dunque, sono gli aspetti che i giuristi dovrebbero riconoscere affinché si possa ragionevolmente sperare nell'affermazione del diritto al libero

---

Policy, cit., 79-106; D. Novak, *Nature, Morality, and Homosexuality*, in *Natural Law and Contemporary Public Policy*, cit., 29-40; N. Bamforth, *Sexuality, Morals & Justice: a theory of lesbian & gay rights law*, Cassell, London, 1997.

[158] J. Rawls, *Una teoria della giustizia*, a cura di S. Maffettone, Feltrinelli, Milano, 1983.

[159] A. Sen, *Commodities and capabilites*, North-Holland, Amsterdam, 1985.

[160] M.C. Nussbaum, *Giustizia sociale e dignità umana: da individui a persone*, Il Mulino, Bologna, 2002; Id., *Capacità personale e democrazia sociale*, a cura di G. Zanetti, Diabasis, Reggio Emilia, 2003; D.M. Estlund, M.C. Nussbaum (a cura di), *Sex, Preference, and Family. Essay on law and nature*, Oxford University Press, New York-Oxford, 1997.

[161] *McCoskar v. The State*, cit.

orientamento sessuale. In particolare, i giuristi dovrebbero concepire i valori come: (1) fondamenti positivi che giustificano e irrigano l'intero sistema costituzionale, (2) parametri interpretativi dei diritti fondamentali, e (3) principi che contribuiscono a tracciare la separazione tra le attribuzioni dei poteri giudiziario e legislativo. Accettando queste premesse è possibile sostenere il riconoscimento, anche giudiziale, del diritto al libero orientamento sessuale rifacendosi agli assetti valoriali sottesi alle costituzioni democratiche, o meglio a tecniche interpretative capaci di riportare i termini dell'intero dibattito nell'ambito di principi concepiti nella loro dimensione universale.

3.1. *Valori come fondamenti positivi giustificativi del sistema costituzionale*

Nel corso di alcune conversazioni intrattenute con Keith Tester nella primavera del 2000, Zygmunt Bauman afferma che bisogna ancorare i valori "a un terreno più solido e affidabile delle proteiformi e capricciose 'opinioni della maggioranza' e dei loro arsenali istituzionali"[162]. Nel sottolineare la necessità post-moderna di un approccio metodologico all'etica diverso rispetto a quello moderno, Bauman riconosce la forte esigenza di "regole etiche normalmente *concordate*, cioè tali per cui è lecito sperare che vengano normalmente *osservate*: regole che possono guidare la nostra condotta *reciproca* – la nostra condotta verso gli altri e, *nello stesso tempo*, quella degli altri verso di noi – così che possiamo sentirci sicuri in presenza l'uno dell'altro, aiutarci a vicenda, collaborare pacificamente e trarre dalla presenza reciproca un piacere non guastato dalla paura e dal sospetto"[163]. In maniera più o meno esplicitata, il sociologo mostra di condividere l'idea che attribuisce un ruolo determinante, in tutte le discipline umane pratiche, all'immagine ideale dell'uomo risultante da qualche antropologia, la quale, lungi dal rappresentare la semplice somma delle conoscenze riguardanti l'uomo, o le sue qua-

---

[162] Z. Bauman, *Società, etica, politica. Conversazioni con Zygmunt Bauman*, K. Tester (a cura di), Milano, Raffaello Cortina, 2001, 57.

[163] Id., *Le sfide dell'etica*, Milano, Feltrinelli, 1996, 23.

lità, o la sua linea evolutiva e di sviluppo, richiede anche l'apporto di una precisa teoria (a sfondo laico e plurale) dei valori, teoria che sola può contribuire fattivamente alla sopravvivenza e prosperità di una comunità, di una organizzazione, o più in generale di un sistema giuridico[164].

Applicate al diritto costituzionale, le parole di Bauman evidenziano come la prassi riflessiva di riconoscimento di un sistema assiologico all'interno di una costituzione presupponga l'attivazione di una procedura in grado di individuare, nel modo più razionale possibile, una tavola di valori necessariamente condivisa nelle sue concezioni di fondo. In tal modo non solo si contribuisce fattivamente alla costituzione di un sistema o di un'organizzazione, ma si enuclea una cornice di valori che consente alle norme che li sostanziano di raggiungere un maggior tasso di effettività, giacché – avverte Barman stesso – "la coercizione esercitata tramite la legge ha qualche probabilità di venire accettata senza suscitare troppe proteste solo se può essere dimostrato che la legge in nome della quale la coercizione è stata minacciata rappresenta più di un mero capriccio dei legislatori. Essa deve rappresentare qualcosa di più forte di un capriccio, anche se è il capriccio dei forti; qualcosa che non dovrebbe essere semplicemente accettato, ma che una persona dotata di raziocinio non possa *non* accettare; qualcosa che vincoli con le stesse forze soverchianti della necessità coloro che sono chiamati a obbedire e coloro che li chiamano ad obbedire"[165].

Una componente assiologica è presente nelle scienze umane di ordine pratico in senso stretto, ad esempio nelle discipline etiche, o nei settori fondazionali delle scienze giuridiche. Questa componente è presente nei *Bill of Rights* delle costituzioni nazionali, ma è contestata da alcuni giuristi conservatori. Gli originalisti, ad esempio, contestano la rilevanza giuridica dei valori nell'interpretazione costituzionale. Essi prescrivono all'interprete l'aderenza al solo testo della carta fondamentale e il recupero del significato originaria-

---

[164] *Ibidem*, 61; V.C. Jackson, *Holistic interpretation, comparative constitutionalism, and fissian freedoms*, in 58 *U. Miami L. Rev.* 265 (2003); W.K. Kelley, *Inculcating constitutional values*, in 15 *Const. Comment.*, 161 (1998).

[165] *Ibidem*, 71.

mente attribuito alle sue parole dai Padri Fondatori. Il giudice Antonin Scalia, l'esponente più insigne dell'originalismo americano nella specifica versione del testualismo, nega la concezione della costituzione come testo aperto, da adeguare al mutamento dei tempi e del contesto socio-politico. Nell'ottica originalista, "the words are the law" e da queste la Corte deve desumere, rispetto ai casi concreti oggetto del suo sindacato, regole giurisprudenziali tali da impedire che le scelte future dei giudici traccino percorsi costituzionali innovativi in nome di un'illegittima aspirazione all'aggiornamento del dettato costituzionale. In questa prospettiva, la Corte deve trasformare il testo in regola giurisprudenziale e tale regola deve definire più aspetti possibili delle questioni cui è applicata, così da stabilire con certezza dei precedenti ampiamente vincolanti e garantire la maggiore aderenza possibile della successiva attività giudiziale al significato originario del testo della carta fondamentale[166].

Più in generale, coloro che criticano le prassi di aggiudicazione giudiziale in cui ci si avvale di ampi e vaghi principi per regolare o limitare le condotte pubbliche temono che, così facendo, si possa attentare alla certezza del diritto e alla *rule of law*, cardini fondamentali dei sistemi normativi moderni. Si argomenta che i valori sarebbero difficilmente riconducibili al testo della costituzione o, alternativamente, che ammetterne la presenza significherebbe legittimare tecniche interpretative intuizionistiche scollegate dal dato positivo[167]. Entrambe le argomentazioni non sono fondate.

Non è plausibile la prima, quella che nega la riconducibilità dei valori alla costituzione, perché in contrasto, fra l'altro, con dati evidenti del costituzionalismo moderno. Vi sono esperienze costituzionali recenti che esprimono a chiare lettere i valori fondanti del sistema che si va a costruire e la rilevanza degli stessi nel guidare le attività dei vari organi costituzionali. La sezione di apertura della costituzione finale del Sudafrica (1996) ne è l'esempio più evidente, ma questo vale

---

[166] D.J. Goldford, *The American Constitution and the Debate over Originalism*, Cambridge University Press, New York, 2005, 55 ss; H.J. Powell, *Rules for originalists*, in 73 *Va. L. Rev.* 659 (1987).

[167] R.S. Kay, *"Originalist" values and constitutional interpretation*, in 19 *Harv. J.L. & Pub. Pol'y* 335 (1996).

anche per documenti meno recenti. La Dichiarazione di indipendenza americana (1776), con la quale gli Stati Uniti inaugurarono la loro esperienza costituzionale, è sul punto emblematica, dato che questa si apriva con la solenne enunciazione dei principi filosofico-politici a cui si ispirava: "[n]oi riteniamo che le seguenti verità siano di per se stesse evidenti, che tutti gli uomini sono stati creati uguali, che essi sono stati dotati dal loro Creatore di alcuni diritti inalienabili, che fra questi sono la vita, la libertà e la ricerca della felicità". Pure la costituzione italiana (1948), al suo inizio, apre con un gruppo di articoli sotto il titolo di "principi fondamentali" (artt. 1-12 cost.), nei quali si esprimono le finalità e le basi ideali del tipo di Stato democratico-sociale, ma, per converso, anche al di fuori di essi è possibile rinvenire disposizioni suscettibili di essere annoverate fra quelle che esprimono principi fondamentali, ed anzi addirittura "supremi", come tali immodificabili dal potere di revisione costituzionale. Molti altri potrebbero essere gli esempi di costituzioni che più o meno esplicitamente fondano l'intero sistema su principi o valori generali.

Quanto affermato introduce anche l'insostenibilità della seconda argomentazione, perché sostenere che il ricorso a principi, o a valori, o a standard di giudizio dal tenore ampio ed elastico significhi interpretare la costituzione alla luce di parametri meta-giuridici incerti è infondato nella misura i cui tali concetti assiologici siano positivizzati e assorbiti dalla costituzione medesima. L'obiezione, poi, non sembra plausibile nemmeno laddove tali principi non traspaiono immediatamente dal testo della costituzione, ma siano in ogni caso individuabili in via ermeneutica, giacché la costituzione è dotata di un'unità interna, e il significato di una parte è collegato a quello di altre sue parti da principi più ampi che sono logicamente implicati. Vista nella sua unità sistematica, dunque, la costituzione riflette principi fondanti certi e incorpora scelte valoriali fondamentali, cui i costituenti hanno logicamente aderito nel momento di adozione del testo e che le singole decisioni devono continuare a rispettare e promuovere, specialmente nei casi difficili che non trovano risposte immediate nei precedenti giurisprudenziali[168]. In tal

---

[168] A.M. Cloud, *Structure and values in constitutional interpretation*, in 40 *Emory L.J.*, 875 (1991); D.P. Kommers, *German constitutionalism: a prolegomenon*, in 40 *Emory L.J.*, 837 (1991).

senso, anzi – lo dice bene Dworkin nella citazione in epigrafe[169] – i valori sono delle tradizioni storiche o delle convinzioni comuni profonde che informano l'intero disegno di giustizia politica tracciato dalla costituzione, disegno che giudici e legislatori sono tenuti a realizzare e a perpetuare principalmente nel rispetto della supremazia costituzionale.

Con riferimento ai diritti fondamentali, o ai beni e interessi primari, le norme costituzionali sono la proiezione diretta di valori positivizzati. Si pensi alle clausole che tutelano la libertà, l'eguaglianza, la dignità della persona, la salute, la rappresentanza politica. In tali casi il profilo deontologico – ovvero il fatto che un diritto fondamentale è impresso in una norma di riconoscimento di un ordinamento vincolante per i poteri pubblici – e quello assiologico, indicatore degli scopi e delle scelte etico-politiche che un ordinamento compie – giungono a toccarsi. Offrire ai diritti una posizione prioritaria è, infatti, uno scopo condivisibile, ma non è solo attraverso una sorta di sterilizzazione deontologica che ciò può avvenire. La concezione originalista della costituzione mostra un'idea di diritti fondamentali probabilmente ancora insufficiente o non del tutto compiuta rispetto alla realtà complessa degli ordinamenti costituzionali contemporanei. Che i diritti fondamentali siano effettivi, che essi siano tutelati rispetto all'ondeggiamento delle corti e delle maggioranze legislative è un obiettivo essenziale e irrinunciabile, ma questo può essere perseguito solo attraverso una visione dei diritti soggettivi che richiami ed implichi un substrato valoriale di fondo, costituzionalmente rilevante giacché ne è la giustificazione ultima.

3.2. *Valori come parametri interpretativi dei diritti fondamentali*

Seguendo le indicazioni di Bauman, per affrontare il problema dell'ineffettività dei diritti costituzionali è necessario sì partire dai valori, ma in modo da comprenderne anzitutto il modo più razionale possibile di individuazione, modo che, a ben vedere, riguarda tanto il

---

[169] R. Dworkin, *Taking rights seriously*, Harvard University Press, Cambridge, 1977, nella sua versione italiana *I diritti presi sul serio*, a cura di G. Rebuffa, trad. it. di F. Oriana, Bologna, Il Mulino, 1982), 284-285.

legislatore costituente nell'atto di adozione della costituzione, quanto l'interprete, tenuto non solo ad estrapolarli dalla costituzione laddove non siano espressamente elencati, ma anche ad elaborarli – e in tal senso ad individuarli – nel loro significato. Il modo più razionale possibile di individuazione e/o elaborazione dei valori è quello che presenta il massimo grado di condivisione, dovendo rinvenire la sua giustificazione ultima in un terreno più solido e affidabile delle capricciose opinioni o concezioni della maggioranza. Deve trattarsi di concezioni valoriali normalmente concordate od osservate, di prassi osservate trasversalmente nei fori di molti paesi e in vari livelli di governo, ma al contempo deve trattarsi di elaborazioni il cui significato universale discende dal fatto che nessun uomo razionale potrebbe rifiutarsi di condividerle, perché giustificabili anche a prescindere da precise motivazioni soggettive a sfondo morale, religioso, filosofico, culturale, utilitaristico, o dall'adesione ad una specifica teoria della giustizia. Queste elaborazioni, in altri termini, divengono ragionevoli e razionali per il fatto di rappresentare il punto d'incontro universale sul significato da attribuirsi a valori che, in vario modo, incarnano i fondamenti da cui necessariamente partire per collocare l'io individuale nelle infinite e particolaristiche dimensioni spirituali, di pensiero e di vita concreta sussunte nei diritti fondamentali.

Nella teoria di Bauman i valori costituiscono idee che necessariamente devono vincolare le condotte di coloro che sono chiamati a obbedire e coloro che li chiamano ad obbedire. In altre parole i valori espressi tramite le norme sui diritti fondamentali costituiscono dei veri e propri fini istituzionali. Affinché i diritti fondamentali siano effettivamente riconosciuti nel sistema giuridico cui essi appartengono non è sufficiente che questi siano semplicemente norme valide all'interno di una carta costituzionale. È necessario che essi divengano una questione istituzionale, o, detto diversamente, che divengano criteri interni alla prassi selettiva del ceto dei giuristi, e in particolare degli organi istituzionali. In linea di massima, i diritti fondamentali in un ordinamento devono essere intesi come norme di produzione o criteri di merito per tutte le attività normative istituzionali autorizzate, e come tali non devono gravare sulla sola responsabilità delle corti, né deve uniformarvisi il solo legislatore. Il legislatore deve assumersene la responsabilità, per la sua parte, sebbene l'attuazio-

ne dei diritti appaia un compito più vasto che dipende dal complesso delle tensioni tra attività giudiziarie, esecutive, amministrative, e l'opinione pubblica dei paesi democratici. Perché i diritti siano fondamentali in un sistema è dunque necessario che essi siano parte integrante dei criteri di merito della sua norma di riconoscimento. In quanto criteri di merito, i diritti fondamentali non sono soltanto norme ma anche valori e/o fini, dal momento che istituiscono parametri sostanziali cui deve uniformarsi l'attività normativa e l'azione di istituzioni pubbliche e cittadini privati.

Ma questa concezione dei diritti fondamentali ovviamente non sopporta una separazione tra norma, da un lato, e fini o valori, dall'altro, tra carattere deontologico e carattere assiologico e/o teleologico delle norme, perché al contrario addita ed espone questa relazione interna come il suo elemento rilevante, ossia condizione essenziale perché i diritti fondamentali divengano effettivi in un ordinamento, perché si traducano in criteri sostanziali cui deve uniformarsi nel merito un'attività pubblica e privata congruente con le strutture di riconoscimento di un sistema normativo determinato.

3.2.1. *Concezioni universalizzanti ed obiettive*

L'ineffettività di molti diritti costituzionali discende dal rifiuto di una loro dimensione assiologica oggettiva, laddove per oggettività debba intendersi quella in senso forte di inerenza all'oggetto. Le ragioni di questo scetticismo sono di duplice natura e fra loro connesse: da un lato si nega che esistano valori oggettivi *per sé* (scetticismo ontologico), mentre dall'altro si contesta che all'uomo sia data qualche forma di accesso conoscitivo ai valori oggettivi (scetticismo gnoseologico)[170]. Entrambe le obiezioni emergono nelle osservazioni che Norberto Bobbio compie in merito all'individuazione di una giustificazione assiologica della prassi di riconoscimento delle libertà fondamentali, specie sottolineando l'impossibilità di trovare un fon-

---

[170] F. Viola, *Etica e metaetica dei diritti umani*, Torino, G. Giappichelli, 2000, 194.

damento assoluto ai diritti poiché ciò richiederebbe una ragione assoluta dotata di evidenza o un concetto univoco di natura umana[171].

Dinanzi all'impossibilità di giustificare i vincoli giuridici in virtù del rispetto e del riconoscimento di un ordinamento di valori inerenti all'oggetto, e quindi predeterminati ed assoluti, le strade imboccate dall'interprete o dal legislatore al fine di edificare un sistema assiologico fondante devono essere diverse. Ciò principalmente perché i dati di partenza di cui tenere conto sono necessariamente i valori così come vengono creati e vissuti dagli uomini in un dato contesto sociale e in un dato momento storico, ossia le preferenze che gli uomini esprimono ed elaborano. Ma se questi sono i presupposti, com'è possibile individuare un sistema autorevole di valori etici applicabile a tutti indistintamente, senza che questo possa apparire come l'imposizione su tutti realizzata dal soggetto politicamente più forte?

Immanuel Kant, per primo, notò che le inclinazioni umane – intese come propensioni dell'uomo verso questo o quell'oggetto, determinate dalla costituzione psicofisica congiunta con l'esperienza passata – sono tutte senza eccezioni egoistiche, e come tali non possono costituire la base adeguata di un sistema di valori fondante. Siffatta inadeguatezza, intuibile in diversi passi della *Fondazione della metafisica dei costumi*, trova la sua massima esplicitazione nell'affermazione secondo cui "[f]ar del bene ogni volta che si può è un dovere; e, oltre a ciò, vi sono anime così partecipative che, anche senza alcun altro movente di vanità o interesse, provano un'intima soddisfazione a diffondere gioia intorno a sé, e possono gioire dell'altrui contentezza, sentendola come opera loro. Affermo, tuttavia, che in tal caso un'azione del genere, per quanto sia conforme al dovere e degna di apprezzamento, non possiede alcun vero valore etico, ma va di pari passo con altre inclinazioni: per esempio, con l'inclinazione dell'onore che, quando fortunatamente coincide con ciò che effettivamente giova al bene comune ed è conforme al dovere e perciò degna di onore, merita, bensì, lode e incitamento, ma non propriamente stima morale, perché la massima manca di con-

---

[171] N. Bobbio, *Sul fondamento dei diritti dell'uomo*, in Id., *Il problema della guerra e le vie della pace*, Il Mulino, Bologna, 1979, 121-129.

tenuto etico atto a far compiere queste azioni *per dovere* e non per inclinazione"[172].

Stando alla logica kantiana, né le inclinazioni umane né le preferenze soggettive potrebbero costituire la base adeguata di vincoli giuridici universali, salvo che non si prescinda completamente dalle preferenze del soggetto empirico riconducendo il *proprium* dei vincoli giuridici al riconoscimento di doveri oggettivi e sovra-individuali. Giacché, però, non esistono nemmeno per Kant criteri contenutistici – *ergo*, oggettivi in senso forte – per determinare che cosa sia oggetto di dovere, ciò che è doveroso può essere riconosciuto solo a partire dall'accordo di tutti i soggetti, non più empirici, ma razionali, laddove per ragione Kant intende la facoltà dell'incondizionato, capace di operare sia in campo conoscitivo, sia in ambito pratico nella determinazione della volontà[173]. Di qui la definizione kantiana di dovere come "il proprio volere necessario", inteso come la volontà purificata trascendentalmente di tutti i soggetti noumenici[174], e ben rappresentato nella *Metafisica dei costumi* all'interno di un passo dei Frammenti di un catechismo morale: "ciò che tende [nell'uomo] con ardore alla felicità è l'*inclinazione*; ciò poi che sottomette questa inclinazione alla condizione che [l'uomo] deve prima essere degno della felicità è la [sua] *ragione*, e il fatto che [l'uomo possa] con la [sua] ragione limitare e vincere la [sua] inclinazione, costituisce la libertà della [sua] volontà"[175].

Ciò nondimeno, anche gli utilitaristi – ovvero i teorici che sostengono la necessità, ai fini dell'individuazione di parametri normativi, di considerare i piaceri, gli interessi, le preferenze o altri aspetti centrali della vita individuale, giacché è in funzione di un valore di utilità che si deve stabilire la correttezza o scorrettezza dell'azione (*ergo*: è giusto fare ciò che massimizza l'utilità individuale) – riconoscono che le *singole preferenze*, ossia i contenuti delle volontà individuali, non pos-

---

[172] I. Kant, *Fondazione*, cit., 67.

[173] *Ibidem*, 56-67.

[174] *Ibidem*, 73, 93, 99, 103-105; anche il termine *noumeno* è da intendersi qui in senso kantiano, ovvero come oggetto del puro pensiero intellettuale cui manca, per esser conosciuto, la materia, che all'uomo è fornita unicamente dalla sensibilità.

[175] I. Kant, *La metafisica dei costumi*, a cura di G. Vidari, Laterza, Roma-Bari, 2004, 360.

sano costituire dei vincoli giuridici universali. John Stuart Mill, forse il più noto esponente della corrente utilitarista, esprime chiaramente la necessità di operare una mediazione delle preferenze soggettive individuali: "[c]onsidero l'utilità come il criterio ultimo su tutte le questioni etiche; utilità da intendersi però nel senso più ampio, fondata sugli interessi permanenti dell'uomo come essere che tende a proseguire. Io ritengo che tali interessi consentano la sottomissione della spontaneità individuale al controllo esterno solo per quelle azioni che coinvolgono gli interessi degli altri"[176]. Di qui la conferma che, anche nell'ottica utilitarista milliana, una teoria interpretativa dei valori accettabile, soprattutto in virtù della sua natura sociale, deve necessariamente uscire dal circuito chiuso delle preferenze personali ed attingere i suoi significati ad un livello transpersonale.

Emerge pertanto un dato. Esclusa la possibilità di giustificare i vincoli giuridici sui diritti fondamentali in virtù del rispetto e del riconoscimento di un ordinamento di valori inerenti all'oggetto, il giurista deve fare ricorso a procedure formali che consentano di selezionare e trascegliere le preferenze dei singoli agenti. Queste procedure, denominate generalmente come metodi di universalizzazione o di massimizzazione, non fanno chiaramente riferimento ad un metodo unitario, quanto piuttosto ad una famiglia di principi o di artificî preposti alla depurazione dei valori costituzionali da ogni forma di soggettività interpretativa.

Lo stesso Kant propone il test della generalizzabilità della massima. Egli considera la massima il principio soggettivo dell'azione, sicché il *punctum dolens* è sapere se la massima (soggettiva, a cui s'ispira l'azione individuale) corrisponda alla legge (*ergo*: al vincolo valido per tutti, oggettivamente). La caratteristica della legge è, infatti, l'universalità, ossia il suo prescindere da chi si trovi in una posizione piuttosto che in un'altra – non sarebbe una legge, ad esempio, quella che stabilisse che il debitore deve restituire il prestito se è X, mentre non deve restituirlo se è Y, giacché chi si troverà in quella posizione e chi nell'altra non si deve stabilirlo in anticipo. Parimenti, per valutare se una massima sia anche un vincolo normativo è ne-

---

[176] J.S. Mill, *Sulla libertà*, a cura di G. Mollica, Bompiani, Milano, 2003, 57, o più in generale Id., *Utilitarismo*, Cappelli, Bologna, 1981.

cessario generalizzarla, poiché in tal modo, stando a Kant, si riesce a stabilire se la decisione presa dal singolo prescinde dalla posizione che occupa il caro io nella fattispecie[177].

Non è questa la sede più adatta per svolgere un'analisi completa dei molteplici metodi di universalizzazione e delle loro reciproche relazioni, né sembra di particolare utilità ai fini di questo studio[178]. Ciò che qui è necessario rilevare è che tutti questi principi o artificî sono chiamati ad assolvere, entro la concezione soggettiva dei valori, il medesimo compito: quello di operare una mediazione, una scrematura tra le diverse preferenze soggettive dell'interprete, scartando quelle che derivano da una percezione meramente personale e scegliendo, all'opposto, quelle intersoggettivamente valide per tutti gli individui coinvolti in una situazione di decisione. È evidente, pertanto, che il rifiuto dei valori oggettivi di per sé non implica che la problematica dell'obiettività dei valori costituzionali sia accantonata. Questa, al contrario, deve essere ben presente sullo sfondo dell'argomentazione giuridica, ma nel senso recessivo di un'oggettività intesa come validità intersoggettiva e idealmente universale.

I metodi di universalizzazione sono la prova del fatto che l'oggettività dei valori costituzionali debba essere intesa in senso debole, giacché sia che si tratti di formule di aggregazione delle preferenze dei singoli o dei gruppi – come nelle concezioni utilitaristiche milliane – o dell'accordo fondato trascendentalmente da tutti i soggetti razionali – come nella concezione deontologica kantiana – l'idea di fondo è sostanzialmente analoga: non può esserci alcun'altra oggettività dei valori (*ergo*, delle loro norme costituzionali di riconoscimento) se non quella assicurata dalla loro validità intersoggettiva. Siffatti metodi, pertanto, debbono essere considerati come i procedimenti che consentono di fondare la dimensione dell'oggettività dei valori e dei diritti intesa come validità intersoggettiva.

L'interprete che venga messo di fronte a concezioni obiettive e razionali sul significato dei valori e dei diritti può facilmente rivede-

---

177 I. Kant, *Fondazione, cit.*, 71-77.

178 Per una panoramica ragionata si rinvia a B. De Mori, *Diritti morali ed etica normativa. Tra deontologismo kantiano e consequenzialismo utilitarista*, Pisa, ETS, 2002, 65-103.

re i suoi giudizi e uniformarli ai principi della teoria, anche laddove la teoria non si adatti perfettamente ai suoi giudizi preesistenti. Ciò accade più facilmente se si riesce a scoprire una spiegazione delle deviazioni che indeboliscono la fiducia dell'interprete nei suoi giudizi iniziali, e se la concezione proposta genera un giudizio che non può non accettarsi. La miglior rappresentazione che l'interprete può dare sul significato dei valori non è quella che si adatta ai suoi giudizi ancor prima di prendere in esame altre concezioni, ma piuttosto quella che corrisponde ai suoi giudizi in un equilibrio riflessivo e universalizzante. Questa concezione può essere elaborata solo dopo che l'interprete ha valutato concezioni differenti e ha rivisto i propri giudizi in armonia con una di queste, oppure ha mantenuto fede alle concezioni iniziali corrispondenti senza tuttavia essersi precluso la possibilità di apertura a possibili revisioni.

A tal fine, un metodo interpretativo che guardi ad un tempo alla prassi internazionale sui diritti umani e al diritto straniero può ben candidarsi fra le opzioni auspicabili, perché – questo emerge con particolare evidenza in *Lawrence* e *Toonen* – consente di individuare una sorta di consenso transnazionale, se non addirittura globale, riguardo alle concezioni interpretative più universalizzanti e ragionevoli. Un metodo con tali caratteristiche è anche quello meglio adattabile ai bisogni dei giuristi, ossia alle esigenze di un diritto costituzionale laico ed aperto alle differenze culturali. Sorpassando la giurisprudenza pregressa, *Lawrence* e *Toonen* mostrano come i diritti fondamentali, specialmente quelli di nuova generazione, esigano una certa fondazione dei contenuti, un certo carattere di universalità, cioè che le norme costituzionali che si pretende di far valere e applicare ai casi contestati siano sorrette da argomentazioni valoriali condivisibili da tutti i cittadini. Le argomentazioni razionali che sorreggono le concezioni accettabili dei valori sono necessarie per conferire ai diritti costituzionali contestati un certo livello di universalità, intesa, quest'ultima, come applicabilità ad una comunità specifica idealmente illimitata. *Lawrence* e *Toonen*, infatti, fanno ricorso a concezioni condivisibili di libertà ed eguaglianza per sostenere che *chiunque* ha il diritto di scegliere la persona con cui intrattenere rapporti sessuali, sempre che si tratti di persona consenziente e di età adatta.

Lawrence e *Toonen* confermano la necessità di una razionalità interpretativa di tipo comunicativo, che agevoli la reciproca comprensione e il consenso circa i significati da attribuire ai diritti e ai valori, i comportamenti giuridicamente corretti o censurabili. Diversamente si sfocerebbe nella preferenza individuale, nell'emotivismo, nel decisionismo, in altri termini nell'irrazionalismo. Un simile approccio, naturalmente, non può pretendere di applicare una razionalità rigorosamente geometrica, giacché non si dispone di premesse valide in assoluto, in senso forte, cioè di premesse evidenti a tutti. Ma, pur partendo da premesse valide non sempre, è necessario individuare almeno premesse valoriali valide nella stragrande maggioranza dei casi, ed a tal fine il metodo comparativo che ha informato l'interpretazione costituzionale di *Lawrence* e *Toonen* risulta essere il più appropriato.

3.2.2. *Concezioni moralmente aperte*

Si è già notato come sovente il discorso politico e giuridico attuale attorno all'orientamento sessuale mostri di considerare l'omosessualità nei termini di una minaccia per la società, intesa come corpo. La vita dell'intero corpo sociale è considerata molto più importante della vita delle sue singole articolazioni minoritarie, e anzi occorre proteggere la società nel suo complesso da possibili contaminazioni provenienti dalle frange immorali e depravate. In *Lawrence* Scalia dissente dall'opinione di maggioranza ritenendo, come si era fatto in *Hardwick*, che la promozione della morale sessuale maggioritaria potesse assurgere a legittimo interesse statale perché, se così non fosse, nessuna delle proibizioni penali contro la fornicazione, bigamia, adulterio, incesto, bestialità e oscenità sarebbe potuta sopravvivere a tutela della società. In *Kanane* Mwaikaso J. considera legittima la criminalizzazione della sodomia perché l'interesse morale sotteso alla legislazione penale garantisce il benessere di una società statale nel suo complesso e consente di preservarne la vitalità ed esistenza. In *Banana*, poi, McNally fa dei valori sociali il criterio per stabilire la legittimità del reato di sodomia, e finisce per dichiararne la sua compatibilità costituzionale previa constatazione – ge-

nerica e supportata unicamente da convinzioni personali – dell'esistenza di una società dai costumi sessuali conservatori.

L'idea di base è che le leggi penali sulla sodomia possano considerarsi giuste e legittime perché corrispondono alla riprovazione che le persone moralmente integerrime presumibilmente provano al pensiero di atti simili. Affermazioni di questo tenore ricordano da vicino le giustificazioni fornite da Patrick Devlin nella sua celebre conferenza *The enforcement of Morals* a sostegno delle legislazioni morali, tanto che Scalia e Mwaikaso lo citano espressamente. Devlin colse l'occasione del Rapporto Wolfenden rilasciato nel 1957 dalle autorità inglesi, nel quale si raccomandava la depenalizzazione della sodomia e ci si opponeva alla punizione della prostituzione, per affermare che "deve esserci tolleranza per la massima libertà individuale che sia coerente con la società nel suo complesso"[179]. Nella visione di Devlin le società giungono alla disgregazione se cessano di promuovere una moralità costituita che non sia largamente condivisa: "si produce una disgregazione quando una moralità condivisa non viene osservata, e la storia dimostra che l'allentamento dei vincoli morali rappresenta il primo stadio della disgregazione, sicché la società è giustificata se, per preservare il suo codice morale, prende le stesse misure che in realtà, adotta allo scopo di proteggere il governo e altre istituzioni fondamentali"[180].

In opposizione a queste argomentazioni, tuttavia, non manca chi sottolinea come la società necessiti certamente di un'etica condivisa, ma questa deve trovarsi nel nucleo centrale di valori politici che definiscono i diritti fondamentali sanciti dalla costituzione, e in ogni altro principio che sia richiesto per proteggere gli uomini dal ricevere nocumento nei confronti di tali diritti costituiti. In *Banana*, ad esempio, i giudici dissenzienti Gubbay e Ebrahim ritengono che la criminalizzazione della sodomia non sia conforme ai valori base delle società democratiche, sui quali deve sussistere condivisione affinché il loro contenuto normativo non divenga espressione di mere preferenze soggettive, ossia di valori culturali, morali, religiosi che contrassegnano solo porzioni limitate dell'umanità e che, così con-

---

[179] P. Devlin, *The enforcement of morals*, cit., 16.
[180] *Ibidem*, 13.

cepiti, non incarnerebbero al loro interno un'idea fondazionale ragionevolmente obiettiva e universale. Per determinare il contenuto minimo condivisibile dei valori base delle società democratiche Gubbay e Ebrahim guardano alla giurisprudenza del Sudafrica, a *Toonen* e ad altri *leading cases* del sistema CEDU.

I valori politici che definiscono i diritti fondamentali sanciti dalla costituzione possono aspirare all'universalità solo se abbracciano un'etica politico-liberale aperta, un'etica che tracci una distinzione tra i valori politici e costituzionali condivisi, da un lato, e altri aspetti della concezione morale, religiosa, o legata ad antropologie culturali particolari in merito all'ideale di vita buona e di dignità umana, dall'altro. Ne *Il principio responsabilità* – un bel saggio di filosofia in tema di fondazione di una macroetica per la civiltà tecnologica – Hans Jonas afferma che "[l]a fede è […] molto bene in grado di fornire il fondamento dell'etica, ma non è disponibile su ordinazione, per cui non è possibile appellarsi alla fede mancante o discreditata neppure con il fortissimo argomento della necessità. Per contro la metafisica è stata da sempre una faccenda della ragione e quest'ultima si può incomodare a richiesta"[181]. Ciò significa che, giacché tutti possono essere richiesti a ragionare, mentre non tutti sono tenuti a credere, è importante tentare una fondazione razionale ed oggettiva dei diritti/valori costituzionali – oggettiva in senso debole, chiaramente, ma auspicabilmente il meno debole possibile.

Se si considerano le concezioni morali delle persone come parametri per stabilire quale sia fra i vari beni giuridici quello più ragionevole si finisce per correre il pericolo di imporre ad alcuni l'idea del bene detenuta da altri. Avverte in merito Mill che "il 'popolo' che esercita il potere non coincide sempre con il popolo su cui il potere viene esercitato […] La volontà del popolo significa inoltre, in pratica, la volontà della *parte* più numerosa o più attiva di esso, vale a dire della maggioranza o di coloro che riescono a farsi accettare come tale. Il popolo, di conseguenza, *può* desiderare di opprimere una parte dei suoi membri; e le precauzioni contro questa eventualità si rendono tanto necessarie quanto quelle contro ogni altro abuso di

---

[181] H. Jonas, *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, a cura di P.P. Portinaio, Einaudi, Torino, 2002, 57.

potere"[182]. Non diversamente dalle altre forme dispotiche, la tirannia della maggioranza è pericolosa perché opera attraverso la legge e le attività delle autorità pubbliche, e anzi penetra molto più in profondità al punto da asservire l'anima stessa. Perciò – continua Mill – "ci si deve proteggere […] dalla tirannide dell'opinione e del sentimento prevalenti, dalla tendenza della società a imporre, con mezzi diversi dalle sanzioni civili, le proprie idee e le proprie pratiche a coloro che dissentono da essa, a ostacolare lo sviluppo – e, se possibile, a prevenire – la formazione di qualsiasi individualità non in armonia con i suoi schemi, e a costringere tutti i caratteri a uniformarsi ai propri modelli"[183].

La tirannia della maggioranza non sembra tuttavia preoccupare i giudici Scalia, Mwaikaso e McNally, né Patrick Devlin, i quali mostrano tutti di ritenere l'omogeneità dei valori come un bene sociale di gran lunga più importante. Costoro sono inclini a sacrificare tanto la diversità quanto, in una certa misura, la libertà al fine di perseguire il raggiungimento di quel bene. Considerano un vantaggio una concezione della legge che riduce la diversità e arrivi perfino a limitare la libertà delle persone, promuovendo però al contrario l'omogeneità dei valori nella comunità. Essi sembrano preferire una società monocromatica in cui l'identità delle persone è determinata da ciò che hanno in comune, piuttosto che da ciò che le divide. Un'identità che in molti casi può essere imposta dall'esterno in nome del pensiero morale maggioritario, anche a costo di privare le persone della libertà di scegliere ciò che è fondamentale nella ricerca del senso individuale della vita.

Le costituzioni liberali considerano la libertà di scelta come un valore di primaria importanza, assieme all'idea di eguaglianza e rispetto della dignità umana. Le libertà fondamentali sono sì norme, e come tali tutelano scelte fondamentali collegate ad individui, ma sono anche cardini delle scelte sostanziali su cui un ordinamento trae la propria fonte di legittimazione, al punto che tali scelte sono impresse nella norma di riconoscimento di un ordinamento cui i poteri pubblici e, in determinate circostanze, anche quelli privati, sono te-

---

[182] J.S. Mill, *Sulla libertà*, cit., 41.
[183] *Ibidem*, 43.

nuti a rispettare. L'importanza dei diritti discende dalla loro inerenza a diversi domini, dalla loro presenza non solo nella cultura giuridica, ma anche nelle varie visioni di giustizia politica. In tal senso i diritti fondamentali non rappresentano solo delle regole d'azione, ma anche la base costitutiva di principi e valori positivi che identificano i requisiti essenziali della giustizia politica nella società, sicché, da questo punto di vista, le costituzioni non possono dirsi agnostiche o indifferenti in materia di valori. Secondo Palombella "[s]e il diritto non si riduce […] alla mera abitudine di obbedienza al sovrano, esso non è spiegabile solo tramite descrizioni 'esterne', e richiede che qualcuno assuma l'atteggiamento di chi accetta il sistema normativo, possegga un'attitudine critico-interpretativa, intimamente permeata da (positivi) giudizi di valore: così gli aspetti 'ermeneutici' connessi alle norme rappresentano valori, la teoria delle norme 'non è senza valori', e 'i valori importanti sono *eo ipso* valori morali'. Questa connessione non impone di tradurre lo studio del diritto nello studio dei valori […] Semplicemente indica che il carattere deontologico dei diritti e delle regole morali o giuridiche non ha alcun senso senza che almeno qualcuno condivida lo sfondo di valore che il diritto possiede, gli scopi primari che persegue, il significato materiale, sociale, che assume. In altri termini, non possiamo dire che un sistema normativo esista se nessuno è disposto a seguire la sua norma fondamentale *perché ne accetta il suo fondamento teleologico-assiologico*"[184].

Tutti i cittadini sono dunque chiamati ad appoggiare l'organizzazione della società, sia per quanto concerne il bene della libertà sia per gli altri beni fondamentali di eguaglianza e dignità, e sono chiamati a sostenerne attivamente la loro intrinseca bontà. Ai cittadini è richiesto, almeno in parte, una concezione comune dei valori fondanti l'assetto sociale. Il modo più universalizzante ed obiettivo di concepire questa non indifferenza statale alle questioni di valore è quello di intenderla come una concezione morale in senso parziale, sulla quale possono anche convergere, per sovrapposizione o aggre-

---

[184] G. Palombella, *Diritti come norme e come fini*, cit., 85-86; *amplius* Id., *L'autorità dei diritti. I diritti fondamentali tra istituzioni e norme*, Roma-Bari, Laterza, 2002.

gazione, visioni morali ed etiche particolari e tra loro anche molto diverse, e non come una concezione in cui la morale non ha alcun posto. Così concepiti i diritti umani sono anche valori assimilabili ad una sorta di moralità giuridica comune, tendenzialmente universale, nella quale però la condivisione dipende proprio dall'irrilevanza di ogni specificazione, dalla massima generalità e dalla loro minore connotazione possibile. Rawls sostiene, ad esempio, che le opinioni diverse attualmente esistenti in una società contemporanea complessa non sono poi diverse a tal punto da far sì che chi le detiene non possa concordare su una concezione comune. Le diverse religioni, filosofie e dottrine morali possono appoggiare i valori politici di libertà, dignità e uguaglianza considerandoli come una singola parte della loro concezione generale della vita, come una sorta di modulo cui possono essere aggregate concezioni particolaristiche che consentono agli individui di potersi collocare in differenti e relative dimensioni identitarie. I valori che costituiscono il fondamento del sistema costituzionale costituiscono per Rawls "il nucleo della moralità politica. Essi non soltanto specificano i termini della cooperazione tra le persone, ma definiscono un patto di riconciliazione tra i diversi credo morali e religiosi e le forme di cultura a cui essi appartengono"[185].

L'interprete dei diritti costituzionali deve partire dal principio universalizzante e obiettivo per cui non può mettersi a repentaglio il valore di eguale libertà "permettendo che la dottrina religiosa o morale dominante perseguiti o sopprima le altre a proprio piacimento. Anche dando per scontato (e ciò è discutibile) che è più probabile che si finisca con l'appartenere alla maggioranza (a patto che esista), giocare d'azzardo in questo modo dimostrerebbe che uno non prende sul serio le proprie convinzioni religiose o morali, oppure non valuta molto la possibilità di esaminare le proprie credenze. D'altronde, le parti non potrebbero neppure accettare il principio di utilità. In questo caso, la loro libertà sarebbe soggetta al calcolo degli interessi sociali, e esse autorizzerebbero una sua restrizione, se ciò portasse a un maggior saldo netto di soddisfazione"[186]. Così ragionando, compito dello

---

[185] J. Rawls, *Una teoria della giustizia*, cit., 191.
[186] *Ibidem*, 180.

Stato non è quello di occuparsi del contenuto di dottrine religiose o filosofiche, ma quello di disciplinare la ricerca, da parte degli individui, dei loro interessi morali e spirituali, in accordo con i valori che essi non potrebbero razionalmente non accettare. L'interprete deve ragionare supponendo una concezione di Stato laico non onnicompetente, perché in base ai valori di libertà, eguaglianza e dignità l'autorità pubblica non ha né il diritto né il dovere di fare ciò che esso o una maggioranza, o chiunque altro, voglia fare in questioni morali o religiose. Il suo dovere consiste unicamente nel promuovere le condizioni di eguale libertà e dignità delle concezioni morali o religiose degli individui. L'interprete che ragionasse diversamente abbraccerebbe una concezione relativa, perché garantirebbe un luogo privilegiato ad alcuni punti di vista rispetto ad altri, e una concezione simile non potrebbe certamente essere ragionevolmente condivisa da tutti.

Di qui non può che discendere l'inaccettabilità dell'idea di coloro – non pochi, come si è visto, e non certamente poco autorevoli – che ritengono giustificate e costituzionalmente legittime le leggi penali sulla sodomia perché corrispondono al sentimento che le persone moralmente integerrime presumibilmente, ossia ipoteticamente, provano al solo pensiero di atti simili. Al riguardo Mill ribadisce che "ogniqualvolta ci sia un determinato danno – o anche un *preciso* rischio di recare danno – al singolo individuo come pure alla società, il caso si pone fuori dalla sfera della libertà e si colloca in quella […] della legge. Se però il danno arrecato alla società è puramente fortuito ["constructive injury"], ossia è un danno che l'individuo provoca con una condotta che non viola alcun preciso dovere verso la società, né procura un danno evidente a nessun altro se non a se stesso, allora la società può permettersi di sopportare l'inconveniente dell'interesse del bene più grande qual è la libertà umana. Se persone adulte devono essere punite per non essersi prese abbastanza cura di se stesse, [bisognerebbe] che ciò venisse fatto nel loro interesse, piuttosto che col pretesto di impedire loro di menomarsi dalla capacità di offrire alla società dei vantaggi che quest'ultima sa di non avere il diritto di esigere"[187].

---

[187] J.S. Mill, *Sulla libertà*, cit., 255.

3.3. *Valori come principi sulla separazione tra le attribuzioni dei poteri giudiziario e legislativo*

Gli oppositori del diritto al libero orientamento sessuale obiettano di frequente che le corti non possano decidere questioni controverse in tema di nuovi diritti poiché carenti di legittimazione democratica, e per converso vedono nei parlamenti gli organi deputati a tale compito perché espressioni della sovranità popolare. È questa un'obiezione assai frequente dinanzi alla richiesta di estensione del matrimonio alle coppie dello stesso sesso, ma contrassegna anche l'opposizione nei confronti di altre istanze avanzate dalle minoranze sessuali. Il dibattito politico dello Zimbabwe e di altri paesi dell'Africa australe, come si è visto, mostra una certa omogeneità nel ritenere che le questioni sensibili o morali che incidono sui costumi sociali debbano necessariamente essere discusse nei parlamenti nazionali, ma l'atteggiamento di deferenza legislativa ha pervaso anche la giurisprudenza conservatrice di democrazie più o meno consolidate.

In *Lawrence*, il dissenziente Scalia sottolinea di non aver nulla in contrario se gli omosessuali, o altri gruppi, decidono di promuovere la loro agenda tramite mezzi democratici ordinari. A suo dire le percezioni sociali sulla moralità sessuale cambiano col tempo e ciascun gruppo ha ben il diritto di persuadere la cittadinanza che le visioni minoritarie del mondo sono in realtà le migliori per tutti. Gli omosessuali hanno spesso raggiunto i loro obiettivi, tanto che nel corso degli anni molti parlamenti hanno abolito il reato di sodomia sulla base della supposta ingiustizia nel punire siffatte condotte. Scalia avverte, tuttavia, che "persuadere i cittadini è una cosa, e imporre le proprie visioni in assenza di una volontà espressa da una maggioranza democratica è ben altra. Un giudice non può richiedere a uno Stato né di criminalizzare le condotte omosessuali – o, al proposito, di mostrare alcun segno di disapprovazione nei loro riguardi – né di vietargli di farlo. Ciò che il Texas ha deciso di fare rientra pacificamente nel raggio della normale azione democratica, e non dovrebbe essere ostacolato tramite l'invenzione di un 'diritto costituzionale' nuovissimo da parte di una Corte impaziente di attendere il cambiamento democratico"[188].

---

[188] *Lawrence v. Texas*, cit., 603 (Scalia J. *dissenting*, part V).

Di tenore analogo sono le parole di McNally in *Banana*. Egli ritiene che i sentimenti e le norme sociali conservatrici dello Zimbabwe siano un ostacolo alla decriminalizzazione della sodomia, e che queste valutazioni siano rilevanti anche ai fini dell'interpretazione costituzionale, giacché, a differenza dei parlamenti regolarmente eletti, le corti non hanno sufficienti credenziali democratiche.

Queste obiezioni sono infondate. I diritti esprimono valori quali la dignità umana, l'eguaglianza, la libertà; valori che attingono ad una sorta di *opinio iuris ac necessitatis*, la quale, certamente, non è nella disponibilità di nessuno in particolare. La protezione della dignità, dell'eguaglianza e della libertà in settori di profonda importanza per la persona umana costituisce un fine istituzionale condiviso, sicché la salvaguardia giudiziale che tali valori realizzano deve trovar spazio indipendentemente dall'andamento del processo politico[189]. Ciò è sostenibile, a maggior ragione, quando le domande di tutela giudiziale provengono da frange minoritarie poco influenti nel processo politico democratico[190]. Ronald Dworkin, ad esempio, sostiene che le costituzioni nazionali e, in particolare, i *Bill of Rights* siano finalizzati a proteggere singoli cittadini e gruppi minoritari da decisioni approvate a maggioranza lesive dell'eguale rispetto e considerazione, e che tale diritto possa farsi valere in giudizio anche quando l'interesse promosso dalla legge corrisponda all'interesse generale della comunità. Le argomentazioni avanzate in *Taking rights seriously* a sostegno di tale tesi sono senza dubbio le più persuasive. Queste prendono spunto dall'analisi del sistema costituzionale ame-

---

[189] H.H. Wellington, *Common Law Rules and Constitutional Double Standards: some Notes on Adjudication*, in 83 *Yale Law Journal*, 221 (1973); L.H. Tribe, *The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories*, in 89 *Yale Law Journal*, 1063 (1980); M.J. Perry, *The Constitution, the Courts and Human Rights: An Inquiry into the Legitimacy of Constitutional Policy-making by the Judiciary*, Yale University Press, New Haven, 1982.

[190] H. Wechsler, *Towards Neutral Principles of Constitutional Law*, in 73 *Harvard Law Review*, 1 (1959); A.T. Kronman, *Alexander Bickel's Philosophy of Prudence*, in 94 *Yale Law Journal*, 1567 (1985); J.H. Choper, *Judicial Review and the National Political Process: A Functional Reconsideration of the Role of the Supreme Court*, University of Chicago Press, Chicago, 1980; J.D. Grano, *Ely's Theory of Judicial Review: Preserving the Significance of the Political Process*, in 42 *Ohio State Law Journal*, 167 (1981).

ricano, ma i giudici di molti paesi ne hanno fatto tesoro per interpretare le rispettive costituzioni nazionali in senso garantista/progressista e, soprattutto, per affermare la competenza giudiziale a risolvere "hard cases" la cui soluzione postuli il ricorso a valori costituzionali o ad argomenti di principio.

Dworkin inizia distinguendo due modelli di regole costituzionali limitative del potere pubblico[191]. Alcune di queste hanno la forma di regole molto precise; si pensi, fra tante, a quella che richiede una giuria nei procedimenti per crimini federali. Altre, invece, "prendono la forma di ciò che sono spesso chiamati standard 'vaghi'; come, per esempio, la previsione che lo Stato non negherà il *due process of law* o la *equal protection of the laws*"[192]. La categoria normativa degli standard vaghi coincide con quella dei valori costituzionali. Gli standard vaghi, o valori – o qualunque altra categoria avente significato analogo –, sono stati scelti deliberatamente dai padri costituenti "al posto di regole più specifiche e limitate che avrebbero potuto varare. Ma la loro decisione di usare il linguaggio che usarono ha causato un numero notevole di controversie giuridiche e politiche, perché anche uomini ragionevoli di buona volontà divergono tra di loro quando cercano di elaborare, per esempio, i diritti morali che la clausola del *due process* o quella dell'*equal protection* trasferiscono nel diritto"[193].

Dworkin intuisce, dunque, che individuare i valori positivi è indubbiamente importante, ma ciò solo non risolve le numerose questioni cui l'interprete si trova di fronte nel maneggiarli ed utilizzarli. La *vexata quaestio* si sposta così nell'individuazione dei contenuti normativi accettabili discendenti dai valori, ossia nella necessità di determinare le modalità operative da seguire per trasformare standard vaghi, valori, principi o idee filosofiche recepite in costituzione in parametri interpretativi concreti e obiettivi. I valori presentano di norma un minor tasso di specificità rispetto ai diritti intesi come regole, e ogni questione giuridica la cui composizione postuli il ricorso a standard vaghi pone l'operatore del diritto di fronte ad un bivio, quello di decidere se interpretare tali clausole considerando l'inten-

---

191 R. Dworkin, *I diritti presi sul serio*, cit., 90.
192 *Ibidem*, 241.
193 *Ibidem*, 242.

zione specifica di coloro che le hanno adottate (originalismo), oppure, diversamente, chiamando in causa le culture o le filosofie politiche che sottostanno o che sono inserite o richiamate dalle regole di diritto positivo, e che meglio individuano i diritti che i singoli o i gruppi possono avanzare nei confronti della società. Con la prima tecnica l'interprete opera una connessione tra la giustificazione politica dell'idea generale che le costituzioni creano i diritti, da un lato, e la questione da risolvere che richiede di determinare quali diritti abbia creato una costituzione, dall'altro. Con la seconda modalità, invece, l'interprete opera una relazione tra la giustificazione politica della dottrina che casi simili dovrebbero ragionevolmente essere decisi in maniera analoga, da un lato, e i casi di difficile composizione nei quali non è chiaro l'orientamento della dottrina, dall'altro[194].

Dworkin critica il primo tipo di approccio ponendo la nota distinzione tra *concetto* e *concezione* dei valori all'interno di un caso-scuola, distinzione che è volta a criticare l'uso invalso di definire i valori come norme vaghe per trarne una sorta di insuscettibilità alla definizione giudiziale dei loro contenuti. "Supponiamo" – così inizia lo scienziato – "che io dica ai miei figli semplicemente che mi aspetto che loro non trattino gli altri in modo sleale. Ho senza dubbio in mente esempi della condotta che intendo scoraggiare, ma non accetterei che ciò che intendo sia limitato a questi esempi per due ragioni. Primo: mi aspetterei che i miei figli applichino le mie istruzioni a situazioni che non avevo pensato e che non potevo aver pensato. Secondo: sono pronto ad ammettere che qualche particolare azione che avevo pensato essere leale quando parlavo sia di fatto sleale, o viceversa, se uno dei miei bambini è capace di convincermi di ciò in seguito; in questo caso dovrei dire che le mie istruzioni comprendevano il caso che egli cita, non che io ho cambiato le mie istruzioni. Potrei dire che intendevo che la mia famiglia debba essere guidata dal *concetto* di lealtà, non da una qualsiasi particolare *concezione* della lealtà che potevo avere in mente"[195].

Scartata così la tesi che vede nell'individuazione giudiziale di nuove regole un *vulnus* alle intenzioni originarie dei costituenti e,

---

[194] *Ibidem*, 203.
[195] *Ibidem*, 244.

anzi, affermata l'idea che inquadra le nuove regole come qualcosa di analogo alle precedenti siccome tra loro razionalmente collegate da un valore di base, Dworkin rileva che "proprio sull'abitudine di chiamare 'vaghe' queste norme […] si può osservare un errore", giacché questi "sono vagh[i] solo se l[i] considerariamo come tentativi parziali o incompleti o schematici per porre particolari concezioni. Se noi l[i] consideriamo come appelli ai concetti morali non potrebbero essere rese più precise, anche se formulat[i] in modo più dettagliato"[196]. Ciò posto, Dworkin esclude che l'appello alla teoria democratica possa essere invocata per escludere la competenza giudiziale in materia di nuovi diritti. In linea di principio, infatti, "l'argomento presuppone che in una democrazia tutte le questioni non risolte […] debbano essere risolte solo da istituzioni politicamente responsabili, cosa che le corti non sono. Perché dovremmo accettare questa visione della democrazia? Affermare che questo è ciò che la democrazia significa non basta perché è sbagliato supporre che la parola, come tale, abbia un significato così preciso. E anche se lo avesse, dovremmo allora riformulare il nostro interrogativo domandandoci perché dovremmo avere una democrazia se ciò è quello che questo termine significa. Né è meglio affermare che questa visione della democrazia è stabilita nella Costituzione americana così radicata nella tradizione politica a cui siamo legati. Non possiamo sostenere che la Costituzione, che non prevede alcuna regola che limiti il controllo costituzionale a casi chiari, stabilisca una dottrina della democrazia che escluda un controllo più ampio; né possiamo affermare che le nostri corti abbiano, di fatto, accettato coerentemente una tale restrizione"[197].

La concezione formalistica della democrazia, *inaccettabile* per Dworkin, risulterebbe molto probabilmente tale anche se posta al vaglio della ragione di Bauman. La concezione formalistica della democrazia, infatti, presuppone che i diritti garantiti in costituzione, giustiziabili dalle corti, siano solamente quelli espressamente sanciti o quelli sicuramente garantiti dai padri costituenti, ma siffatto modo di interpretare non è certo il più razionale possibile, giacché, do-

---

[196] *Ibidem*, 246.
[197] *Ibidem*, 252-253.

vendo rinvenire la sua giustificazione ultima nel terreno inaffidabile e relativo delle concezioni di un ristretto gruppo storico, è assai improbabile che a distanza di anni possa esprimere il massimo grado di condivisione. Né, tanto meno, può dirsi che la concezione formalistica della democrazia incarni un'idea dal contenuto talmente unificante da richiederne l'accettazione necessaria da parte di uomini dotati di media razionalità.

Non solo. La concezione formalistica della democrazia è inaccettabile anche perché il novero dei diritti (non semplicemente *creati* bensì) riconosciuti dalle costituzioni non è restringibile in un numero determinato ed immutabile. Così facendo, infatti, si finirebbe per contraddire non solo il valore in base al quale la persona preesiste alla costruzione statale, ma anche l'idea di una basilare autonomia delle regole costituzionali intesa come *condicio sine qua non* della supremazia della costituzione. Senza questa idea, diritti e valori rischierebbero sempre di essere lettera morta.

4. *Orientamento sessuale fra diritti e valori: eguale dignità e libertà degli orientamenti*

Si è fin qui sostenuto che c'è un limite alla legittima interferenza dell'opinione comune sull'autonomia degli individui; trovare questo limite e difenderlo dai tentativi d'invasione è indispensabile per il buono stato dei rapporti umani e per la difesa dal dispotismo politico. A tal fine è necessario supportare un sistema all'interno del quale ciascuno accetta e sa che gli altri accettano i medesimi valori, e le istituzioni pubbliche soddisfano, e si sa che soddisfano, questi valori. Gli operatori del diritto devono assumere che i valori scelti sono concetti di pubblico dominio, e devono quindi valutarne le concezioni alla luce dei loro probabili effetti siccome standard universalmente riconosciuti. Poiché i valori sono condivisi alla luce di autentiche convinzioni generali sugli uomini e sul loro posto nella società, non c'è alcun bisogno di ricorrere a giustificazioni teologiche per sostenerli; è sufficiente giustificarne le concezioni tenendo presente le condizioni di vita così come sperimentate e conosciute dall'uomo. Una concezione razionale e intersoggettivamente valida

dei valori è presumibilmente anche effettiva e stabile, perché giustifica i diritti discendenti in modo da superare le inclinazioni soggettive, particolaristiche e disgregatrici. L'interprete ideale deve concepire i valori in modo da massimizzare con la ragione il numero dei potenziali soggetti protetti, in guisa che gli individui condividano quella concezione perché consente ad ognuno di perseguire i propri distinti scopi di vita. La stabilità di una concezione valoriale non implica che i diritti riconosciuti alle persone rimangano inalterati, soprattutto laddove gli assetti sociali evolvono o mostrano differenze al loro interno. In tale contesto, stabilità significa che, comunque cambino, i diritti e gli spazi di libertà continuano a rimanere ispirati ai medesimi valori costituzionali fondanti, ed eventuali sacrifici individuali devono essere valutati entro limiti tollerabili alla luce dei medesimi valori.

Queste sono le linee che *devono* ispirare l'attività degli organi delle democrazie costituzionali, ma le vicende sull'orientamento sessuale sono la dimostrazione vivente di come tali principi possano cadere nel dimenticatoio laddove prevalga il senso irrazionale di panico e sovversione morali, che impedisce di collegare il diritto al libero orientamento sessuale a valori che informano l'intero disegno costituzionale, sino a determinarne la parziale o totale ineffettività[198]. Perché si affermi il diritto all'eguale libertà degli orientamenti sessuali è necessario – lo confermano sia *Toonen* che l'opinione di maggioranza in *Lawrence* – che la libertà sia limitata solo in nome dell'eguale libertà stessa. Questo implica almeno due ordini di idee condivisibili: (1) che il diritto al libero orientamento sessuale debba essere riconosciuto a tutti gli uomini in modo eguale; e (2) che il diritto al libero orientamento sessuale possa essere per tutti limitato solo in nome del valore di eguale libertà degli orientamenti sessuali, in guisa che nessuno abbia più libertà di un altro. Tali idee implicano

---

[198] Wilets esprime al riguardo che "[i]n practice, […] in the context of sexual minorities, each substantive right tends to be treated with reference to the unique rights or benefits in question. For example, many states have recognized that sexual minorities are entitled to the right of privacy, but do not extend this equality of treatment under the laws to other areas such as marriage": J.D. Wilets, *International Human Rights Law and Sexual Orientation*, in 18 *Hastings International and Comparative Law Review*, 49 (1994).

un ordine di priorità dei valori rispetto ai diritti che ne sono espressione, e tale priorità discende a sua volta dall'idea, qui sostenuta, di considerare i valori come oggetto di accordo e condivisione in condizioni che caratterizzano gli uomini come esseri razionali.

Questa costruzione richiama la nozione kantiana di autonomia della volontà, che conduce all'idea, anch'essa tutta kantiana, di *regno dei fini* fondato sul super-valore di *dignità umana*. "Per regno intendo" – afferma Kant – "il collegamento sistematico di diversi esseri razionali mediante leggi comuni. Ora, poiché le leggi determinano gli scopi per la loro universale validità, se si astrae dalle differenze personali tra gli esseri razionali e, con ciò, da ogni contenuto dei loro scopi privati, sarà possibile pensare in connessione sistematica una totalità dei fini (tanto degli esseri razionali come fini in sé quanto dei singoli scopi che, ciascuno per sé, essi si possono proporre…). Infatti, tutti gli esseri razionali si trovano sotto la legge secondo cui ciascuno di loro deve trattare se stesso, e tutti gli altri, *mai come un semplice mezzo*, ma sempre anche *al tempo stesso come un fine*. Di qui nasce un collegamento sistematico degli esseri razionali mediante leggi oggettive comuni, cioè un regno che, avendo tali leggi in vista appunto le relazioni di esseri razionali tra loro come mezzi e fini, può ben chiamarsi regno dei fini (sia pure come ideale). Ma un essere razionale appartiene come *membro* al regno dei fini quando vi si trovi, bensì, come legislatore da un punto di vista universale, ma anche, a tempo stesso, sia sottomesso lui stesso a quelle leggi. Vi appartiene, per contro, come *capo supremo* se, essendone legislatore, non è sottomesso alla volontà di nessun altro"[199].

Ne consegue che una persona agisce autonomamente quando i principi della sua azione sono scelti da lui come l'espressione più adeguata e possibile della sua natura di essere razionale libero ed eguale. Imporre all'uomo limitazioni alla libertà di agire conformemente al proprio orientamento sessuale in nome di principi, tradizioni, regole morali di particolari società significa imporre limitazioni eteronome all'agire umano, ossia negare a siffatta persona la dignità umana intesa come principio razionale in base al quale ogni

---

[199] I. Kant, *Fondazione,* cit., 155.

uomo deve essere considerato sempre e solo come un fine in sé, e mai come mezzo per il raggiungimento di un fine. Il rispetto della dignità umana costituisce un imperativo categorico in senso kantiano, perché deve applicarsi a una persona in virtù della sua natura di essere razionale libero ed eguale, a prescindere dai suoi desideri o scopi personali. Concepire la dignità umana come imperativo categorico significa applicarla ai casi umani indipendentemente dai suoi scopi particolari, sempre che, sia ben inteso, il suo agire non leda concretamente, e non solo ipoteticamente, l'eguale libertà altrui.

In modo analogo Vincent Samar, rifacendosi alle teorie di Alan Gewirth, ritiene che la giustificazione ultima ("independent ground") di tutti i diritti umani risieda nel fatto di considerare ciascun uomo come un agente dotato di volontà, sì che ogni uomo può orientare le proprie scelte per il raggiungimento di un fine ritenuto, nella di lui prospettiva ("the internal 'conative standpoint' of an agent"), essenziale o fondamentale per la vita. Correlativamente, il fine ultimo dell'eguale libertà consiste nel riconoscere ad ogni uomo il potere di compiere autonomamente scelte strumentali al conseguimento di un bene fondamentale – nella di lui prospettiva – per la vita umana. E ciò necessariamente a prescindere da fattori quali l'età, la razza, il sesso, l'orientamento sessuale, e così via, poiché solo in tal modo è possibile rendere effettivo il principio dell'universalità dei diritti umani ("[t]his is an illustration of the Principle of Universalizability")[200].

Così concepita la dignità umana costituisce una sorta di supervalore fondante di qualunque diritto/valore costituzionale[201]. Il Pre-

---

[200] Circa i singoli passaggi del ragionamento si rinvia a V.J. Samar, *"Family" and political Landscape for Lesbian, Gay, Bisexual and Transgender People (LGBT)*, cit., 996-1008. Martha Nussbaum sviluppa tale concetto affermando che "[t]he core idea is that of the human being who shapes his or her own life in cooperation and reciprocity with others, rather than being passively shaped or pushed around by the world in the manner of a 'flock' or 'herd' animal. A life that is really human is one that is shaped throughout by these human powers of practical reason and sociability": M.C. Nussbaum, *Women and Human Development: the Capabilities Approach*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, 96.

[201] G. Rolla, *Il valore normativo del principio della dignità umana. Brevi considerazioni alla luce del costituzionalismo iberoamericano*, in *Diritto Pubblico comparato ed europeo*, 2003, IV, 1870-1880.

ambolo della UDHR avverte che la proclamazione della Dichiarazione trova il suo fondamento nella intrinseca dignità umana, che accomuna tutto il genere umano – "[c]onsiderato che il riconoscimento della dignità umana inerente a tutti i membri della famiglia umana, e dei loro diritti, uguali ed inalienabili, costituisce il fondamento della libertà, della giustizia e della pace del mondo […] l'Assemblea Generale proclama la presente Dichiarazione". La stretta correlazione fra dignità umana, eguaglianza e nozione di essere umano come soggetto capace di compiere scelte fondamentali trova conferma nell'art. 1 della UDHR, giacché, dopo essersi affermato che "[t]utti gli esseri umani nascono liberi ed uguali in dignità e diritti", al comma secondo si aggiunge che "[e]ssi sono dotati di ragione e coscienza e devono agire gli uni verso gli altri con spirito di fratellanza". Siamo così giunti, di nuovo, al punto da cui siamo partiti, ma con la consapevolezza – a dire il vero già intuibile dalla citazione in epigrafe – che nelle costituzioni democratiche vi sono tutti gli elementi per desumere il diritto/valore dell'eguale dignità e libertà degli orientamenti sessuali.

Capitolo II

IL DIRITTO ALL'EGUAGLIANZA E AL RISPETTO DELL'ORIENTAMENTO SESSUALE

Ciascuno di noi è il tagliando d'un uomo: come le sogliole, dimezzato, due da uno. Perciò ciascuno, ostinatamente, cerca l'altro tagliando di se stesso. Esistono uomini risultato della spaccatura di quel vivo nodo che, allora, si chiamava uomodonna: sono amatori della donna, questi, e la risma degli adulteri, quasi tutta, alligna qui; ed ecco anche le donne appassionate d'uomo, specialmente adultere, tutte dello stesso ceppo. Donna nata da spaccatura di donna, non fa tanto caso all'uomo, quanto si orienta sulle altre donne: da qui le donne che vanno con le donne. Chi è taglio di maschio, bracca il maschio: finché sono ragazzetti, porzioni piccole di maschio, si fanno intimi di uomini maturi, e il loro piacere è sdraiarsi con quelli, stare fra le loro braccia. Sono i giovani e i giovanotti migliori, questi: hanno radici più maschili. Qualcuno dice che sono scandalosi: è una calunnia. Non compiono quell'atto per istinto osceno: anzi, è tutto cuore, fibra maschia, d'uomo vero, è l'attrazione, in loro, per natura affine. Documento sicuro di questo: solo questi, fattisi maturi, riescono sicuri in politica. Poi, uomini fatti, amano ragazzi. A nozze e a nascite di figli non pensano neanche. È l'istinto. Subiscono la normalità sociale, quello sì: però il loro ideale resta la convivenza maschio maschio, scapoli. Ad ogni modo, l'essere così diventa pederasta o bimbo compiacente sempre, perché attratto dalla fibra uguale. Certo, può capitare che un tipo così rincontri la sua antica metà; e sia lui un pederasta o altro tipo, in quell'attimo sono fulminati – ed è mistero – da un riconoscersi interiore, fondo, che è eros, e non ammettono, si può dirlo, di stare separati, neanche per una briciola di tempo.

Platone, *Simposio*

La timidezza e la delicatezza naturali e decorose che sono proprie del sesso femminile lo rendono evidentemente inadatto a molte occupazioni della vita civile. La costituzione dell'organizzazione familiare che si basa sull'ordine divino, come anche sulla natura delle cose, indica che la sfera domestica appartiene propriamente all'ambito della femminilità. All'armonia, per non dire all'identità degli interessi e dei punti di vista che appartengono o dovrebbero appartenere all'istituto della famiglia, ripugna l'idea della donna che adotta una carriera diversa e indipendente da quella del marito […]. Il destino e la missione sommi della donna consistono nell'adempiere i nobili e benefici compiti di mo-

glie e madre. Questa è la legge del Creatore. E le regole della società civile devono essere adattate alla generale condizione delle cose.

Bradwell v. Illinois *(83 U.S. [16 Wall.] 130, del 1872)*

1. *Eguaglianza, imperativi egualitari e categorie interne*

Le clausole costituzionali di eguaglianza riflettono la condivisa concezione etico-politica di giustizia su cui si fonda l'intero disegno istituzionale; al contempo, però, stabiliscono meccanismi o imperativi egualitari che consentono di realizzarla, a loro volta organizzati secondo categorie contenutistiche interne (fattori vietati di differenziazione, criteri di giudizio, presunzioni normative, ecc.). Nella prima accezione l'eguaglianza opera come fine/valore istituzionale. Nella seconda funziona come strumento tecnico-giuridico che dà contenuto alla prima. Fini, strumenti e contenuti, si sa, difficilmente possono essere analizzati secondo la logica dei compartimenti stagni, e per questo il discorso sull'eguaglianza si collega ad un tempo tanto a profili di valore, quanto a precisi vincoli contenutistici che gli ordinamenti devono rispettare.

Vista nella sua dimensione assiologica, l'eguaglianza giuridica è un valore espansivo che si sviluppa su una linea continuata, i cui poli sono idealmente rappresentati da finalità formali (eguaglianza formale, o delle regole, o dei punti di partenza) e sostanziali (eguaglianza sostanziale, o fattuale, o di risultato). Ciascun sistema sceglie di promuovere l'una o l'altra concezione di eguaglianza, oppure di spostarsi in grado minore o maggiore dall'uno all'altro punto dell'asse secondo il contesto e le circostanze sociali. Eguaglianza formale e sostanziale sono concezioni distinte del medesimo valore, e non sono incompatibili fra loro. L'eguaglianza sostanziale in realtà può essere intesa come garanzia d'inveramento di quella formale, giacché quest'ultima da sola non vale ad impedire l'ineguaglianza sostanziale concreta, determinata da ostacoli d'ordine economico e sociale. L'eguaglianza formale assicurerebbe così la titolarità universale dei diritti fondamentali, mentre quella sostanziale accorderebbe l'eguale possibilità di esercitarli in fatto.

Storicamente sono esistiti sistemi giuridici in cui si è fatto riferimento a vincoli egualitari pur mancando un vero e proprio atto di riconoscimento formale dell'eguaglianza. Nessun ordinamento giuridico, infatti, può per definizione difettare di un minimo grado d'eguaglianza. Così intesa, l'uguaglianza è la conseguenza diretta del fatto che un sistema giuridico, perché tale, è relativo ad un complesso di soggetti; e tutti i soggetti sono eguali proprio in questo, cioè nell'essere assoggettati ad un medesimo ordinamento. Si è trattato chiaramente di sistemi giuridici con una concezione rudimentale di giustizia, giacché di fronte ad odiose discriminazioni si poteva sostenere che vi fosse completa parità fra tutti nell'essere egualmente soggetti allo stesso ordinamento e, paradossalmente, "nell'essere egualmente indifesi di fronte all'arbitrio assoluto del monarca"[1].

Nel moderno stato costituzionale di diritto l'eguaglianza giuridica non può certamente essere ridotta alla generica sottoposizione di una comunità di soggetti ad una medesima autorità, giacché questa costiuisce un valore fondante del sistema assieme alla dignità umana e alla libertà. Dignità e libertà, intese come estrinsecazioni del valore costituzionale che pone ogni concreta persona umana come fine ultimo dell'ordinamento, si ricongiungono in vario modo al principio di eguaglianza. Libertà ed eguaglianza, infatti, pur essendo in linea teorica valori tendenzialmente antitetici – la libertà assoluta elimina l'eguaglianza, mentre l'eguaglianza assoluta abolisce la libertà – si riconnettono entrambe al valore primario del libero sviluppo della persona umana, implicito nel concetto di dignità umana, realizzabile nel massimo equilibrio tra condizioni di libertà e condizioni di eguaglianza[2]. Molte costituzioni moderne sembrano riconoscere il legame tra dignità umana ed eguaglianza – l'art. 3 cost. italiana, per esempio, afferma che "[t]utti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge" – ma va delineandosi un *trend* interpretativo sempre più diffuso che collega finalisticamente i due valori.

Così interpretato, il principio di eguaglianza riconosce in primo luogo a tutti gli uomini – in quanto soggetti potenzialmente dotati

---

[1] L. Paladin, *Il principio costituzionale di eguaglianza*, Milano, 1965, 5 ss.

[2] J. Rawls, *Una teoria della giustizia*, a cura di S. Maffettone, Feltrinelli, Milano, 1983, *passim*.

di capacità razionali (art. 1 UDHR), e quindi capaci di determinarsi autonomamente – il diritto al riconoscimento delle libertà fondamentali, nessuna esclusa. Sotto quest'aspetto l'eguaglianza non costituisce unicamente un meta-diritto, ossia uno strumento che garantisce l'equa distribuzione di libertà *altre*, ma si configura essa stessa come interesse autonomo della persona collegato alla sua dignità, giungendo così ad integrare un vero e proprio diritto (valore) con efficacia *erga omnes*[3]. Il nucleo forte dell'eguaglianza – si è già visto – intende garantire a chiunque, a prescindere da un giudizio circa la moralità di determinate condizioni e/o scelte sociali-personali, le libertà inviolabili, sicché né la religione, né altri possibili fattori di selezione normativa, possono essere assunti come criteri validi di differenziazione per l'adozione di discipline legislative attinenti ai diritti fondamentali. Il nucleo forte è un vincolo giuridico imprescindibile teso a garantire la supremazia dei diritti e valori costituzionali, e come tale costituisce parte del contenuto di gran parte degli imperativi egualitari ("equal protection clause", "privileges and immunities clause", divieto di *bill of attainder*, non-discriminazione, eguaglianza davanti alla legge, ecc.) e richiede effettività qualunque sia l'accezione di eguaglianza recepita (formale, sostanziale, pari opportunità e/o *equal consideration*)[4].

Nucleo forte a parte, esistono altri vincoli o strumenti finalizzati alla realizzazione dell'eguaglianza. È ormai condivisa l'idea che l'eguaglianza definisca anzitutto la forza e l'efficacia generalizzata della legge, giacché quest'ultima si applica sia ai governanti sia ai go-

---

[3] L.E. Weinrib, *Human dignity as a rights-protecting principle*, in 17 *Nat'l J. Const. L.*, 325 (2005); O. Schacter, *Human dignity as a normative concept*, in 77 *Am. J. Int'l L.*, 848 (1983).

[4] La Corte costituzionale italiana, ad esempio, ha asserito con sentenza n. 56/58 che "la differenza di culto non forma eccezione al godimento dei diritti civili e politici ed all'ammissibilità alle cariche civili e militari". Ciò equivale a stabilire un divieto assoluto di differenziazione in materia di diritti fondamentali, ossia riconoscere l'esistenza di un nucleo forte intangibile sussumile sotto l'imperativo egualitario di non discriminazione. Lo stesso può dirsi rispetto a molti altri standard di giudizio desunti in giurisprudenza da imperativi egualitari diversi: si pensi, ancora, allo *strict scrutiy* tratto dall'*equal protection clause* statunitense, oppure al test di *unfair discrimination* elaborato dalla Corte costituzionale sudafricana in collegamento con l'idea di dignità umana (sez. 10 cost. finale) ed eguaglianza sostanziale (sez. 9(2) cost. finale).

vernati ("equality under the law"), e che da questa derivi altresì un presumibile divieto di leggi singolari o personali ("equal privileges and immunities clause", divieto di *bill of attainder*, ecc.). Tuttavia, eccezion fatta per il nucleo forte, dal principio di eguaglianza (formale) non scaturisce un divieto assoluto di differenziare tra diverse categorie soggettive, giacché un ordinamento il quale non distingua situazione da situazione non è nemmeno pensabile, anche perché finirebbe in sostanza col non disporre regola alcuna. In particolare, la giurisprudenza costituzionale di molti Stati, aderendo alla tesi in base alla quale l'eguaglianza non si esaurisce nei singoli divieti di discriminazione, e bensì rappresenta una norma generale di massimo grado concernente l'intero ordinamento giuridico ("equal protection of the law", "equal benefit of the law", "common benefits of the law", ecc.), ha desunto un generale canone di coerenza dell'ordinamento normativo (giudizio di ragionevolezza, "rational basis test", "mere differentation test") suscettibile di modulazioni secondo le molteplici realtà normative e nel rispetto delle peculiarità e differenze individuali ("right to be diferent").

Il valore di eguaglianza è sovente perseguito mediante clausole antidiscriminatorie ("non-discrimination clause") che pongono un vincolo a non differenziare a motivo di fattori vietati – tradizionalemente sesso, razza, lingua, religione, opinioni politiche, condizioni personali e sociali, ma oggi anche genere, orientamento sessuale, gravidanza, condizone coniugale, handicap, età – e dalle quali discendono presunzioni relative d'illegittimità costituzionale per i trattamenti normativi fondati proprio sui fattori vietati (si pensi allo "strict scrutiny" o al test intermedio desumibili dall'*equal protection doctrine* statunitense).Tuttavia, data la natura relativa della presunzione d'illegittimità – l'esistenza di una presunzione *iuris et de jure* è da escludere, giacché verrebbe meno anche la possibilità (quasi mai negata dagli Stati) di adottare misure legislative di favore per le categorie vulnerabili – non è il puro e semplice fatto della distinzione sospetta che lede l'eguaglianza, bensì la sua irragionevolezza o ingiustificatezza. Ciò conduce, da un lato, a consentire distinzioni nei casi che sembrerebbero espressamente vietati ("affermative action"), e, dall'altro, ad espandere razionalemente il divieto di discriminazione per alcuni fattori non espressamente menzionati. La ragionevolezza

e giustificatezza di entrambe le operazioni, infatti, risiederebbe nella dimostrazione che queste sono intese a promuovere il fine prioritario del pieno sviluppo della personalità umana, sul fondamento che non può esservi effettiva dignità umana se non è garantita a tutti l'essenziale capacità di esercitare i diritti fondamentali.

Rispetto al quadro sin qui tracciato, la mancata inclusione dell'orientamento sessuale fra i fattori vietati di discriminazione appare irragionevole per almeno due ordini di motivi. Il primo è che esiste una stetta conessione e una certa sovrapposizione fra le categorie di sesso, genere, ed orientamento sessuale, sicché l'inclusione di una di queste all'interno di una clausola di eguaglianza richiede l'implicita inclusione delle altre. Il secondo è che gli imperativi egualitari, ed in particolare le clausole di non discriminazione, devono essere interpretati come disposti aperti perché preposti a proteggere e promuovere la dignità intrinseca in ogni essere umano[5]. Perciò è plausibile ritenere che la giurisprudenza prossima di molti Stati democratici – ispirandosi *in primis* all'autorevole casistica delle Corti di Canada e Sudafrica, oppure seguendo il tracciato più recente della Corte Europea dei diritti dell'uomo – ritenga ingiustificate (*ergo*: costituzionalmente illegittime) quelle classificazioni normative che, sebbene non fondate su fattori espressamente vietati, abbiano come unico scopo quello di svantaggiare una minoranza sessuale sgradita o impopolare, ossia producano l'effetto di ledere il diritto fondamentale al rispetto del libero orientamento sesuale che, come si è detto, è strettamente connesso all'idea prioritaria e incomprimibile di dignità umana.

Scopo principale di questo capitolo è illustrare i due distinti argomenti che richiedono la necessaria inclusione dell'orientamento sessuale fra i fattori vietati di distinzione, o comunque fra le categorie protette dei vari imperativi egualitari, analizzandone le implicazioni e connessioni reciproche, le ramificazioni interne, le proiezioni rispetto ad altri fattori o categorie dell'eguaglianza giuridica. A tal fine si ritiene di dover partire meglio chiarendo: (1) la connessione fra eguaglianza e dignità nella giurisprudenza inaugurale della Corte

---

[5] D.G. Reaume, *Discrimination and dignity*, in 63 *La. L. Rev.*, 645 (2003).

Suprema canadese; (2) il modello dell'eguaglianza comunitaria e i suoi contenuti normativi. Così facendo si chiariscono alcuni presupposti che agevolano il lettore nella comprensione di molte parti di questo capitolo, ma soprattutto si illustrano tratti essenziali di esperienze giuridiche per vari aspetti singolari circa il modo in cui hanno garantito la protezione da discriminazioni fondate sul sesso, genere, orientamento sessuale e altre categorie egualitarie. Circa l'eguaglianza comunitaria poi, si è gia visto come l'art. 13 Trattato CE – in vigore solo dal 1999 – abbia per primo sancito una norma di rango sovra-costituzionale volta a vietare in specifici settori di competenza comunitaria le discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale. Ciò considerato, tuttavia, si è deciso di affrontare qui l'esame dell'ordinamento comunitario non solo in ragione della sua originaria e maggioritaria appartenenza al modello di tutela implicita, ma anche perché, diversamente dalle clausole costituzionali espresse, allo stato attuale manca una clausola egualitaria *vigente* suscettibile di fondare un potere autonomo della Comunità a legiferare in tema di lotta alle discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale in *generale*, qualunque sia il settore materiale implicato. Sotto questo punto di vista, dunque, il processo di posizivizzazione dell'orientamento sessuale resta ancora non interamente compiuto. Il lettore va in gni caso avvertito che in un'area in cui il diritto evolve rapidamente, come mostra il recente fermento comunitario attorno al tema dell'orientamento sessuale, l'approccio metodologico può subire mutamenti repentini, e gli schemi utilizzati possono risultare obsoleti in breve tempo. La validità futura dello schema qui utilizzato rispetto all'ordinamento comunitario dipenderà pertanto dagli esiti della costituzione europea e dal ruolo che la giurisprudenza e gli organi comunitari assegneranno all'imperativo egualitario sulla non-discriminazione enunciato all'art. II-81 della (futura) costituzione.

1.1. *Eguaglianza come eguale dignità della persona e dei gruppi: l'esperienza canadese*

Come diritto o interesse giuridicamente tutelabile, la dignità umana può essere rivendicata autonomamente in giudizio, ma il suo

ruolo centrale risiede eminentemente nel fatto che, come valore fondante, informa l'interpretazione dell'eguaglianza, del principio di non discriminazione e di tutte le altre libertà fondamentali. La dignità umana si compone dell'insieme dei valori cui un individuo è portatore, e che lo rendono un *unicum*, e questa subisce lesioni se non si consente agli individui di vivere secondo gli ideali che lo realizzano come persona. Vi è, pertanto, sia un dovere istituzionale all'astensione – nel senso che nessuno può impedire, tramite arbitrarie differenziazioni, la realizzazione in concreto dei valori cui ciascuna persona è portatrice –, sia un dovere istituzionale di collaborazione affinché ogni individuo possa inverare se stesso nel corso della vita e in ogni suo aspetto. Ledere la dignità della persona significa *in primis* negare la possibilità al soggetto di scegliere come vivere, ossia negare il diritto all'autodeterminazione individuale.

Il nesso esistente fra non-discriminazione e dignità umana trova anzitutto conferme nella giurisprudenza della Corte Suprema canadese, che proprio al riguardo ha elaborato nuovi schemi ermeneutici dell'eguaglianza. Per la prima volta con *McKinney v. University of Guelph*[6], Wilson J. afferma che "il fine della garanzia di eguaglianza è la promozione della dignità umana"[7]. In *Egan v. Canada*, poi, l'Heureux-Dubé J. asserisce che "una persona o un gruppo di persone subiscono disriminazione vietata dalla sez. 15 della Carta quando i membri di quel gruppo hanno in qualche modo percepito, per effetto della contestata distinzione legislativa, di essere trattati come se fossero meno capaci, o meno meritevoli di riconoscimeno o valore come esseri umani o come membri della società canadese, mentre avrebbero meritato eguale preoccupazione, rispetto e considerazione"[8].

Coerentemente, Mc Lachlin J. in *Miron v. Trudel* rileva che "l'ampio scopo della garanzia di eguaglianza contenuta nella Carta è di impedire le violazioni della dignità umana e delle libertà tramite l'impo-

---

[6] *McKinney v. University of Guelph*, (1990) 3 S.C.R. 229; per un commento critico si v. R. Gibbins, *How in the world can you contest equal human dignity? A response to Professor Errol Mendes "Taking equality into 21st century: establishing the concept of equal human dignity"*, in 12 *Nat'l J. Const. L.*, 25 (2000-2001).

[7] *Ibidem*, 391.

[8] *Egan v. Canada*, (1995) 2 S.C.R. 513, §39.

sizione di limitazioni, svantaggi o oneri la cui applicazione si fondi su sterotipi o presunte caratteristiche del gruppo invece che sul merito, capacità o altre circostanze"[9], e così anche Cory e Iacobucci JJ. in *Vriend v. Alberta*, per i quali "l'ampio scopo e la fondamentale giustizia riflessa nella sez. 15(1) si è concretizzata nel riconoscimento della capitale importanza dell'innata dignità dell'individuo.

Da ultimo, in *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*[10]– caso in cui si nega che la distinzione in base all'età, recepita dal regime pensionistico canadese, discrimini la ricorrente Nancy Law (vedova di trent'anni, senza figli a carico e non affetta da invalidità) poiché la legge non crea distinzione in base al valore degli individui ma poggia solamente sulla considerazione del loro naturale ciclo di vita – la Corte Suprema canadese sostiene all'unanimità, a voce di Iacobucci J., che la portata discriminatoria della distinzione deve essere individuata nella "violation of essential human dignity". Si ribadisce che "il fine della sez. 15(1) è impedire la lesione dell'essenziale dignità umana e della libertà tramite l'imposizione di svantaggi, stereotipi, pregiudizi politici o sociali, e di promuovere una società in cui tutte le persone godano di fronte alla legge dell'eguale riconoscimento come esseri umani o membri della società canadese, egualmente capaci e meritevoli di cura, rispetto e considerazione"[11].

1.2. *Eguaglianza fra i sessi, uomini e donne e orientamenti sessuali: l'esperienza comunitaria*

Nel processo di costruzione dell'Unione Europea, né il principio di eguaglianza né quello di pari opportunità assunsero una valenza fondante originaria. A parte l'iniziale riferimento normativo al "principio della parità di retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile" (art. 141 Trattato CE, in origine

---

[9] *Miron v. Trudel*, (1995) 2 R.C.S. 418, §131.

[10] *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, (1999) 1 S.C.R. 497.

[11] *Ibidem,* § 51.

art. 119 Trattato CEE), lo sviluppo di un principio d'eguaglianza più ampio è il frutto di una pedissequa azione comunitaria che tuttora vede impegnati in varia misura tutti gli organi dell'istituzione.

Partendo proprio dall'ineffettività del principio di pari retribuzione salariare negli Stati membri, il Consiglio emanò dapprima la Direttiva 75/117, per poi proseguire l'opera di costruzione egualitaria tramite l'enucleazione di un più vasto principio di parità di trattamento fra uomini e donne. Detto principio fu stabilito con riguardo all'accesso al lavoro, alla formazione e promozione professionali e alle condizioni di lavoro (Direttiva 76/207); in seguito fu esteso al settore dei regimi professionali di sicurezza sociale (Direttiva 86/378, così come emendata dalla Direttiva 97/97) e si disposero regole relative l'onere della prova nei casi di discriminazione basata sul sesso (Direttiva 97/80, così come emendata dalla Direttiva 98/52).

In parallelo all'azione legislativa, la Corte di Giustizia mostrò di concepire il principio di uguaglianza come uno dei pilastri portanti del diritto comunitario, e dunque di considerare le clausole antidiscriminatorie contenute nel Trattato CE e nella normazione secondaria come specificazioni di un più generale principio di uguaglianza o di non discriminazione che accompagna tutta la legge e la politica comunitarie[12].

La materia ha conosciuto significativi cambiamenti con il Trattato di Amsterdam e la Carta dei diritti di Nizza (Capo III, art. 20-26)[13]. Anzitutto il principio di eguaglianza passa da un riconosci-

---

[12] *Eckhard Kalanke* v. *Feie Hansestadt Bremen*, causa C-450/93 (Racc. I-3051-3080); *Marschall* v. *Land Nordrhein – Westfalen*, causa C-409/95 (Racc. I-6363-6395).

[13] P. Mori, *La parità tra uomo e donna nel trattato di Amsterdam*, in Aa.Vv., *Il trattato di Amsterdam*, Milano, Giuffré, 1999, 317; D. La Rocca, *La "scommessa" egualitaria nella costruzione della cittadinanza europea*, in L. Califano, *Donne, politica e processi decisionali*, Torino, Giappichelli, 2004, 65; G. De Simone, *Eguaglianza, differenze, discriminazioni. Recenti sviluppi del diritto comunitario*, in L. Califano, *Donne, politica e processi decisionali*, cit., 79; C. Favilli, *Uguaglianza e non discriminazione nella Carta dei diritti dell'Unione europea*, in U. De Siervo, *La difficile costituzione europea*, Bologna, Il Mulino, 2001; U. Gerhard, *Cittadinanza di genere*, in G. Bonacchi, *Una Costituzione senza Stato*, Bologna, Il Mulino, 2001, 327; E. Denninger, *Il principio di eguaglianza: sulla parità di trattamento tra uomini e donne*, in G. Bonacchi, *op. cit.*, 477.

mento giurisprudenziale implicito ad una formalizzazione esplicita; questo è ribadito in modo trasversale in vari punti del Trattato, e la parità di trattamento tra uomini e donne diventa espressamente principio informatore e valore/finalità dell'azione della Comunità[14]. Inoltre, l'eguaglianza diviene un vero e proprio diritto fondamentale che, pur non alterando in alcun modo le competenze dell'Unione, assume rilievo nell'attuazione del suo diritto. Come diritto fondamentale, l'eguaglianza risulta dunque declinata in diversi nuclei contenutistici: come eguaglianza di fronte alla legge, come divieto di discriminazione, come pari opportunità da realizzarsi anche tramite misure positive, e altri ancora.

L'art. 12 Trattato CE ribadisce il divieto di discriminazioni in base alla nazionalità e, assai significativamente, l'art. 13 introduce il principio di non discriminazione con riferimento ad una nutrita casistica di possibili ipotesi di pregiudizio sociale. In particolare, si prevede che "il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo, può prendere i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali" (art. 13 Trattato CE). Infine si dà espressa copertura alle azioni positive, stabilendosi che "allo scopo di assicurare l'effettiva e completa parità fra uomini e donne nella vita lavorativa, il principio della parità di trattamento non osta a che uno Stato membro mantenga o adotti misure che prevedano vantaggi specifici diretti a facilitare l'esercizio di una attività professionale da parte del sesso sottorappresentato ovvero a evitare o compensare svantaggi nelle carriere professionali" (art. 141, c. 4 Trattato CE)[15].

---

[14] L'art. 2 Trattato CE colloca la parità tra uomini e donne fra i compiti della Comunità; l'art. 3 Trattato CE proclama il carattere strategico dell'obiettivo dell'eliminazione delle ineguaglianze e della promozione della parità tra uomini e donne.

[15] Sui casi *Badeck* (C-158/97), *Abrahamsson* (C-407/98), *Schnorbus* (C-79/99) affrontati dalla Corte di Giustizia in tema di pari opportunità fra uomini e donne cfr. B.H. Oxman, *European Community – Principle of Equal Treatment – Sex Discrimination – Positive Action in Employment of Women*, in 96 *Am. J. Int'l L.* 453 (2002); sul caso *Lommers* (C-476/99) si v. B. Mitchell, *Unfair discrimination or necessary for equal opportunity? The ECJ upholds positive action in* Lommers v. Minister Van Landbouw, in 26 *Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev.* 469 (2004);

Gli imperativi egualitari della Carta di Nizza sono oggi trasfusi nel Trattato che adotta una costituzione per l'Europa[16], ancora in fase di ratifica da parte degli Stati membri. Dopo essersi precisato, nel Preambolo della Carta dei diritti fondamentali (Parte II), che "l'Unione si fonda sui valori indivisibili e universali della dignità umana, della libertà, dell'uguaglianza e della solidarietà", la costituzione in parola designa all'uguaglianza una sezione specifica (Parte II, Titolo III). Si sancisce il principio per cui "tutte le persone sono uguali davanti alla legge" (art. II-80); si bandisce "qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul *sesso*, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le *caratteristiche genetiche*, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, la disabilità, l'età o l'*orientamento sessuale*" (art. II-81); si salvaguardia la *diversità culturale*, religiosa e linguistica (art. II-82); si afferma che "*la parità tra donne e uomini deve essere assicurata in tutti i campi*, compreso in materia di occupazione, di lavoro e di retribuzione" e che "il principio di parità non osta al mantenimento o all'adozione di misure che prevedano vantaggi specifici a favore del sesso sottorappresentato" (art. II-83); si salvaguardano i diritti del minore (art. II-84), degli anziani (art. II-85) e delle persone con disabilità (art. II-86)[17].

La questione egualitaria non è rimasta a livello di mera affermazione di principio da Amsterdam ad oggi, bensì si è tradotta in normative secondarie di grande rilievo. Di qui l'approvazione di Direttive per l'attuazione del principio di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica (Direttiva 2000/43), per

---

per una prospettiva d'assieme si v.: M. Cartabia, *Unione Europea e parità dei sessi ni processi decisionali: vincoli giuridici e auspici politici*, in R. Bin, G. Brunelli, A.Pugiotto, P. Veronesi, *La parità dei sessi nella rappresentanza politica*, Torino, Giappichelli, 2003, 148; A. D'Aloia, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Padova, CEDAM, 2002, 322-359; L. Hayes, *International Affermative Action Approaches in International Trade Serving as a Possibile Model for Minority Groups*, in 12 *Currents: Int'l Trade L.J.* 78 (2003); C.D. Totten, *Constitutional Precommitments to Gender Affermative Action in the European Union, Germany, Canada and the United States: a Comparative Approach*, in 21 *Berkeley J. Int'l L.* 27 (2003).

[16] In *Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea*, Serie C-310 (16 dicembre 2004).

[17] Corsivo aggiunto.

combattere le discriminazioni fondate sulla religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o e tendenze sessuali in tema di occupazione e condizioni di lavoro (Direttiva 2000/78), per l'attuazione del principio di parità di trattamento tra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro (Direttiva 2002/73, che modifica la Direttiva 76/207). Da ultimo è stata emanata la Direttiva 2004/113, detta anche "non labour market directive" poiché questa attua il principio di parità di trattamento tra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso a beni e servizi e la loro fornitura, ossia perché, in armonia con gli art. 3 e 13 Trattato CE, promuove l'eguaglianza fra i sessi in campi di interevento non riconducibili all'art. 141 Trattato CE[18].

Considerata la pluralità di normative discendenti dall'art. 141 Trattato CE emanata dagli anni Settanta ad oggi, Parlamento europeo e Consiglio hanno di recente (5 luglio 2006) riunito in un unico documento, a mo' di consolidazione, la disciplina concernente l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento tra uomini e donne in materia di occupazione e impiego (Direttiva 2006/54)[19]. In particolare, scopo di detta Direttiva – organizzata attorno a quattro Titoli[20] – è quello di attuare il principio di parità

---

[18] Sulle Direttive di seconda generazione si vedano, fra tutti: K. Waaldijk, M. Bonini-Baraldi, *Sexual Orientation Discrimination in the European Union*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006; S. Fredman, *Equality: a New Generation?*, in 30(2) *Ind. L.J.*, 145 (2001); S.M. Eneva, *The European Union Gender Equality Laboratory: its Effect on Eastern European Candidate Countries*, in 15 *S. Cal. Rev. L. & Woman's Stud.*, 147 (2005); M. Guglielmo, *The Amended Equal treatment Directive: How Will it Impact Sexual Harassment Legislation in European Union Member States?*, in 29 *Suffolk Transnat'l L. Rev.* 289 (2006); Aa.Vv., *Directive 2004/113/EC on Sexual Equality in Access to Goods and Services: Progress or Impasse in European Sex Discrimination Law?*, in 12 *Colum. J. Eur. L.*, 323 (2005/2006).

[19] La Direttiva 2006/54/CE (art. 34) abroga a decorrere dal 15 agosto 2009 tutte le Direttive precedenti che trovano la loro giustificazione normative nell'art. 141 Tratt. CE (Dir. 75/117/CEE; Dir. 76/207/CEE, Dir. 2002/73/CEE; Dir. 86/378/CEE; Dir. 96/97/CE; Dir. 97/80/CE; Dir. 98/52/CE) mentre mantiene in vita quelle che, seppur relative alla disciplina del genere, hanno un fondamento normativo diverso o un campo di azione più ampio (Dir. 2004/113/CE; Dir. 86/613/CEE; Dir. 79/7/CEE).

[20] Titolo I "Disposizioni generali" (artt. 1-3); Titolo II "Disposizioni particolari" (artt. 4-16); Titolo III "Disposizioni orizzontali" (artt. 17-30); Titolo IV "Disposizioni finali" (artt. 31-36).

di trattamento per quanto riguarda: (a) l'accesso al lavoro, alla promozione e alla formazione professionale, (b) le condizioni di lavoro, compresa la retribuzione, (c) i regimi professionali di sicurezza sociale (art. 1).

Deve notarsi che la Direttiva 2006/54 adotta un concetto ampio di discriminazione in base al sesso (art. 2). Questa comprende la discriminazione diretta – da intendersi come una situazione nella quale una persona è trattata meno favorevolmente in base al sesso di quanto un'altra persona sia, sia stata o sarebbe trattata in una situazione analoga – e indiretta – ossia la circostanza nella quale una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere in una situazione di particolare svantaggio le persone di un determinato sesso, rispetto a persone dell'altro sesso, salvo che detta disposizione, criterio o prassi siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il loro conseguimento siano appropriati e necessari. Inoltre, assai significativamente, ai fini della direttiva la discriminazione in base al sesso comprende anche le molestie – ossia le situazioni in cui "si verifica un *comportamento indesiderato connesso al sesso di una persona* avente lo scopo o l'effetto di violare la dignità di tale persona e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante od offensivo" (art. 2, c. 1, lett. c)[21] –, le molestie sessuali, l'ordine di discriminare persone a motivo del loro sesso, e "qualsiasi trattamento meno favorevole riservato ad una donna per ragioni collegate alla gravidanza o al congedo per maternità ai sensi della Direttiva 92/85/CEE" (art. 2, c. 1, lett. d)[22].

2. *Il sesso*

La scienza medica insegna che la determinazione del sesso dipende da una specifica coppia cromosomica all'interno delle complessive ventitré esistenti. Nell'ambito della coppia che determina

---

[21] Sul collegamento fra discriminazione, molestia e dignità umana si veda G.S. Friedman, J.Q. Whitman, *The European transformation of harassment law: discrimination versus dignity*, in 9 *Colum. J. Eur. L.*, 241 (2003).

[22] Corsivo aggiunto.

il sesso, l'ovulo può fornire solo l'unità cromosomica X, mentre lo spermatozoo può apportare sia quella X che quella Y. La coppia cromosomica XX sviluppa il sesso *definito* – per convenzione – femminile, quella XY produce quello *nominato* maschile. Nei casi di peculiari alterazioni genetiche, però, la distinzione degli individui in due sole categorie sessuali cromosomiche – XX femmina, XY maschio – può risultare inesatta o insufficiente. La persona affetta dalla sindrome di Turner, ad esempio, possiede solo un cromosoma X, a cui consegue lo sviluppo del solo sesso genitale femminile esterno e la totale assenza dell'apparato riproduttivo interno. Se qualifichiamo come sesso femminile solo gli esseri appartenenti alla coppia cromosomica XX, e viceversa come sesso maschile coloro che rientrano nella coppia XY, ne deriva l'impossibilità di attribuire un sesso ai soggetti colpiti da questa sindrome.

Un criterio alternativo di classificazione potrebbe essere quello fondato sulla presenza o assenza del cromosoma Y: i soggetti con uno o più cromosomi X apparterrebbero tutti indistintamente, per convenzione, al sesso femminile, mentre quelli che possiedono uno o più cromosomi Y dovrebbero essere considerati di sesso maschile[23]. Questo criterio di classificazione presenta il pregio di distinguere tutti gli esseri umani in due categorie separate e certe – le configurazioni possibili sono solo due, secondo che sia o no presente il cromosoma Y – ma ha il limite di effettuare raggruppamenti difficilmente concepibili alla luce della comune percezione delle categorie sessuali di maschio e femmina, collegata eminentemente alla presenza di organi genitali interni ed esterni caratterizzanti ciascun sesso. Come considerare, ad esempio, i veri ermafroditi, cioè coloro che pur potendo appartenere sia alla coppia cromosomica XX che XY, o anche ad altra configura-

---

[23] D.J. West, *Supposed Origins of Homosexuality and Implications for social Control*, in D. J. West, R. Green (eds.), *Sociolegal control of Homosexuality. A multi-nation Comparison*, Plenum Press, New York-London, 1997, 315; J. Money, *Gay, Straight, and In-Between: The Sexology of Erotic Orientation*, Oxford University Press Inc., New York, 1988, 29: l'A. sottolinea sette diversificati criteri tramite cui stabilire il sesso della persona ("chromosomal sex", "H-Y antigenic sex", "gonadal sex", "prenatal hormone sex", "internal morphologic sex", "external morphologic sex", "pubertal hormonal sex"), nessuno dei quali, tuttavia, è da solo in grado di classificare in maniera univoca le persone in due sessi separati.

zione anomala, possiedono sia un testicolo che un'ovaia, e i cui organi genitali esterni mostrano sembianze miste? E, ancora, come classificare gli pseudoermafroditi, che pur potendo appartenere sia alla coppia cromosomica XX che XY, o anche ad altra anomala configurazione, possiedono congiuntamente il tipico apparato genitale interno maschile e quello genitale esterno femminile, o viceversa? E quale fra i possibili criteri deve considerarsi decisivo al fine dell'attribuzione del sesso, soprattutto in ipotesi dubbie?[24]

A queste ed altre questioni non può rispondersi esaurientemente in questa sede. Deve tuttavia specificarsi che col concetto di sesso le culture mediche e giuridiche intendono di norma un dato biologico, alludendo prevalentemente alla conformazione morfologica degli organi genitali esterni al momento della nascita. È noto, infatti, che durante la gestazione è possibile determinare il sesso cromosomico maschile o femminile del feto, ma questo assume un ruolo recessivo se al momento della nascita il neonato palesa configurazioni atipiche degli organi genitali esterni. Alla presenza di conformazioni morfologiche sessuali ambigue la chirurgia ritiene opportuno intervenire per eliminare o minimizzare i tratti più deboli, a prescindere dalla composizione cromosomica[25]. Similmente, l'attribuzione del sesso ai fini giuridici avviene tendenzialmente – il Regno Unito è una fra le poche eccezioni – al momento della nascita in base alla conformazione esterna e ai caratteri sessuali prevalenti[26].

---

[24] La possibile mancanza di coincidenza tra sesso cromosomico e apparato genitale (interno e/o esterno), da un lato, e la necessità di attribuire un sesso secondo l'alternativa maschio-femmina, dall'altro, appare difficilmente componibile anche alla luce di ulteriori criteri classificativi eventualmente configurabili. Si pensi, tra tutti, a quello della presenza o meno di caratteri sessuali secondari, tendenzialmente riconducibili ad un sesso o all'altro: barba, baffi, sviluppo di peluria e toni bassi di voce nei maschi; sviluppo del seno, voce squillante e flusso mestruale nelle femmine. Tali caratteri, infatti, potrebbero non essere riscontrabili, in misura parziale o totale, in tutti i soggetti che appartengono ad un certo sesso cromosomico o che presentano una determinata configurazione dell'apparato genitale interno e/o esterno.

[25] S.J. Kessler, *Lessons from the Intersexed*, New Brunswick N.J., Rutgers University Press, 1998, 1-193; Id., *The Medical Construction of Gender. Case Management of Intersexed Infants*, 16(1) *Signs: A Journal of Women in Culture and Society*, 3-26 (1990).

[26] Si noti, al riguardo, che anche la legge italiana 14 aprile 1962, n. 164 (in *Gazzetta Ufficiale* n. 106, 19 aprile 1982) dispone, all'art. 1, che la rettificazione

Riconoscere che vi siano dei caratteri sessuali biologici *prevalenti* o *più o meno deboli* significa, tuttavia, negare in principio la validità, da un punto di vista empirico, della tesi che postula il sesso come categoria distinta allineata su due poli separati (o maschio, o femmina), giacché questa ignora che in natura – qui tale termine vuole assumere un'accezione eminentemente realistica – esistono anche categorie intermedie. Un conto è definire ciò che il sesso *è* in sé e per sé; altra cosa è l'esigenza medica, giuridica, o d'altra scienza, di ridurre o eliminare le categorie intermedie o *lato sensu* ambigue[27].

Non distinguere i due piani d'indagine significa cadere nell'errore di definire l'essenza delle cose assumendo come criteri di definizione le categorie costruite dall'uomo, ivi compresi le concezioni culturali e i pregiudizi. E ben noto, infatti, come al determinismo dei paradigmi e dei modelli esplicativi si associ il determinismo delle convinzioni e delle credenze che, quando regnano sulla cultura di una società, impongono a tutti e a ognuno la forza imperativa della natura, la forza normalizzatrice della tradizione, la forza proibitiva del sacro. Il punto nevralgico risiede dunque nel fatto che gli uomini conoscono, pensano e agiscono secondo i paradigmi inscritti culturalmente in loro, che a loro volta costituiscono dei sistemi collettivi di significato con cui si attribuisce senso, spesso inconsapevolmente, anche alle categorie del diritto che plasmano l'esistenza umana e la realtà sociale. Preferenze e convinzioni sono dunque adattive[28], ma seguendo il suggerimento di Edgar Morin "possiamo utilizzare anche le possessioni che subiamo a opera delle idee per lasciarci possedere dalle idee di critica, di autocritica, di apertura, di complessità"[29], affinché le idee che si vanno criticamente a difende-

---

di attribuzione di sesso rispetto a quello enunciato nell'atto di nascita possa avvenire solo "a seguito di intervenute modificazioni dei suoi *caratteri sessuali*" (corsivo aggiunto).

[27] E. Stein, *The Mismeasure of Desire: the Science, Theory, and Ethics of Sexual Orientation*, Oxford-New York, Oxford University Press, 1999, 30: "[t]here are […] problems with this account of sex as a general term since it does not really capture many of our intuitions about what sex many people are".

[28] M.C. Nussbaum, *Diventare persone. Donne e universalità dei diritti*, Bologna, Il Mulino, 2001, 167 ss.

[29] E. Morin, *I sette saperi necessari all'educazione del futuro*, Milano, Raffaello Cortina, 2001, 32.

re non siano tanto idee che possediamo, ma idee che mano a mano ci possiedono.

Edward Stein analizza criticamente il concetto di sesso ponendo la distinzione preliminare tra categorie distinte (o separate) e categorie continue, avuto riguardo alla natura delle entità cui queste sono applicate. Una categoria è distinta se tutte le entità che vi rientrano vi appartengono in eguale misura e se sussiste una linea netta di demarcazione rispetto ai non appartenenti – tutte le donne in stato interessante, ad esempio, non possono essere gravide in misura minore o maggiore, e si differenziano nettamente rispetto a coloro che non lo sono. Una categoria è continua se fra le entità incluse possono scorgersi diversi gradi d'appartenenza e se non sussiste una netta scissione rispetto agli esclusi, ovvero sfuma in categorie solo apparentemente contrapposte – tra la categoria dei calvi, ad esempio, vi sono coloro che lo sono in modo minore e maggiore, e fra l'essere calvo e il non esserlo vi sono posizioni intermedie decrescenti.

Stein prosegue asserendo che l'inclusione del sesso nell'una o nell'altra categoria dipende essenzialmente dal significato che si intende attribuire a tale concetto. Se, infatti, determinassimo il sesso secondo un modello binario, in funzione della presenza o assenza del cromosoma Y, saremmo indubbiamente di fronte ad una categoria separata: o si ha il cromosoma Y nella propria composizione genetica, oppure non si ha per nulla. Tale ipotesi deve però essere scartata perché – rileva anche Stein – potrebbe dar luogo a raggruppamenti lontani dalla comune percezione del sesso[30]. È invece preferibile concepire i sessi femminile e maschile secondo la visione bipolare e continuata, come fattispecie contrapposte nell'ambito di una scala graduata, i cui gradi intermedi sono rappresentati da tutti quei casi che presentano configurazioni biologiche ambigue (tra cui gli ermafroditi o pseudoermafroditi). Questo sia perché non solo mancano prove scientifiche in grado di confutare la concezione continuata del sesso, ma anche perché "[siffatta] visione è particolar-

---

[30] E. Stein, *The Mismeasure of Desire: the Science, Theory, and Ethics of Sexual Orientation*, Oxford University Press, Oxford-New York, 1999, 30: "There are […] problems with this account of sex as a general term since it does not really capture many of our intuitions about what sex many people are".

mente adatta considerata l'esistenza di tante differenze tra i membri della società"[31].

Portata in ambito guiridico, la riflessione di Stein suggerisce la necessità, oggi ancor più sentita, di una meticolosa opera di ripensamento, decostruzione e riconcettualizzazione di quelle categorie normative che, seppur caratterizzate da un'apparente intelligibilità, nascondono in realtà radicati irrigidimenti attorno a concezioni culturali settoriali ostili ad ogni altra forma di reale diversità. Fallire in questa delicata operazione di rivisitazione del significato delle categorie giuridiche significa inevitabilmente svilire la portata garantistica e protettiva delle norme in questione, specie di quelle che sono state adottate proprio a fini antidiscriminatori. Di qui l'idea, ben espressa da Katherine Franke, secondo cui "[t]he authority to define particular categories or types of people and to decide to which category a particular person belongs is a profoundly powerful social function"[32], sicché anche l'operazione umana di distinzione degli individui in categorie di sesso richiede di essere posta al centro di una discussione critica in sede di determinazione delle politiche pubbliche[33].

Intersesso a parte – questi rappresentano più un caso di scuola che un'ipotesi reale –, le fattispecie di transessualismo rappresentano una vera sfida giuridica, un terreno su cui distinti ordinamenti stanno misurando le proprie capacità d'innovazione nel delineare

---

[31] *Ibidem*, 31. Non mancano in letteratura tentativi di definire il sesso in termini di categoria separata; A. Fausto-Sterling, *TheFive Sexes. Why Male and Female Are not Enough*, March/April *The Sciences* 20-24 (1993) crea categorie autonome per le fattispecie di intersesso: i *true hermaphrodites,* ovvero coloro che possiedono un'ovaia, un testicolo, e a seconda dei casi o il clitoride o il pene o altra configurazione mista; i *merms*, che hanno due testicoli e il clitoride (o configurazione simile); i *ferms*, che possiedono due ovaie e il pene (o configurazione simile).

[32] K.M. Franke, *The Central Mistake of Sex Discrimination Law: The disaggregation of sex from gender*, in 144 *U. Pa. L. Rev.*, 1 (1995), 1.

[33] P. Sevastano, *An Anthropologist among Attorneys: Thoughts on Biological Sex, Gender, Marriage and the Family*, in 25 *Women's Rts. L. Rep.,* 213 (2004); D. Réaume, *Comparing Theories of Sex Discrimination: the Role of Comparison*, in 25 *Oxford J. Legal Stud.,* 547 (2005); J.A. Greenberg, *What do Scalia and Thomas really think about Sex? Title VII and Gender Non-Conformity Discrimination: Protection for Transsexuals, Intersexuals, Gays and Lesbians*, in 24 *T. Jefferson L. Rev.* 149 (2002); R.A. Cichowski, *Women's Rights, the European Court, and Supranational Constitutionalism*, in 38 *Law & Soc'y Rev.* 489 (2004).

soluzioni che appaghino ad un tempo esigenze di certezza, giustizia e rispetto delle identità minoritarie. Rispetto a questi fenomeni la concezione legale del sesso deve contemperare aspetti di natura biologica con fattori di altra natura, come ad esempio il sesso psicologico (*brain sex*, o identità sessuale) o il ruolo sociale rivestito (*gender*, o identità di genere), la considerazione sociale di un individuo in termini sessuali, la presenza di trattamenti chirurgici ed ormonali volti ad attribuire le fattezze esteriori di un dato sesso, e così via. Recenti sviluppi – fra cui il caso *Christine Goodwin v. United Kingdom*[34] della Corte Europea dei diritti dell'uomo – hanno dimostrato di aderire a concezioni continuate di sesso e di conferire rilevanza a criteri diversi dai meri fattori biologici, riconducendo così al concetto di sesso anche aspetti che, a rigore, appartengono al genere.

3. *Il genere*

Il genere individua le caratteristiche, i ruoli, l'immagine o gli stereotipi culturali che un dato contesto sociale, in una determinata epoca storica, collega all'appartenenza a ciascun gruppo sessuale. Più precisamente, i termini maschio e femmina individuano categorie sessuali, mentre quelli di uomo e donna designano categorie di genere maschile e femminile. I generi sessuali sono prodotti culturali, perché sono originati dal paradigma sociale che prescrive e proscrive che certi comportamenti e costumi sociali siano tipiche espressioni di mascolinità e di femminilità. È l'idea per cui, ad esempio, di norma i lavori domestici sono presunti come compiti del sesso femminile, mentre l'esecuzione di mestieri pesanti e la gestione della cosa pubblica sono tendenzialmente associati al sesso maschile[35].

---

[34] *Christine Goodwin v. United Kingdom*, ECHR, App. N. 28957/95 (11/07/2002).

[35] J. Money, *Linguistic Resources and Psychodynamic Theory*, 28 *British Journal of Medical Psychology* 264-266 (1955); R. Brown, *Social Psychology*, New York, Free Press, 1986², 313; A. Pantazis, *Meanings of Transsexualism*, in 13(3) *SAJHR,* 468 (1997), 471: "gender […] refers to psychological sex – one's self-perception as a member of a sex characteristic – and to social sex – one's perception by others as belonging to a particular sex".

Il concetto di genere è talora utilizzato come sinonimo di sesso. Ciò perché nei casi di *gender conformity*, ossia nella maggioranza dei casi, è solo una questione di *nuances* distinguere gli individui in ragione del sostantivo sessuale o di genere. Il maschio e la femmina che rispecchiano e riproducono paradigmatici comportamenti di tipo maschile e femminile sono visti dalla società come uomo e donna, sicché l'utilizzo fungibile dei termini maschio/uomo, o di femmina/donna, non genera sconvolgenti mutamenti di significato. Per cultura dominante il maschio è anche uomo, e la femmina è anche donna. Sesso e genere perdono dunque la loro funzione connotativa specifica, assumendo il valore di sinonimi che alludono complessivamente a differenze sessuali di varia natura (biologiche, psicologiche, culturali, ecc.). Tuttavia, l'esatta individuazione del significato, dei confini, delle implicazioni fra sesso e genere è di capitale importanza laddove, in concreto, nella vita dei singoli, non si verifica sovrapposizione fra i due.

Esiste in merito un condivisibile filone di pensiero che critica l'utilizzo del termine genere nella sua accezione ristretta, tesa a designare esclusivamente aspetti notoriamente psicologici, sociali e culturali di mascolinità o femminilità. Tale dottrina propone una concezione più ampia di genere, includendo anche quegli aspetti dell'essere donna o uomo che, pur avendo origine in fattori certamente biologici, contrassegnano l'organizzazione sociale unicamente in virtù di una performante e normativa visione culturale che collega acriticamente ruoli e funzioni umane alla biologia dei sessi. In tal senso Kessler e McKenna affermano che "il termine genere è stato usato di norma per designare aspetti psicologici, sociali e culturali di mascolinità e femminilità […] [e il termine] sesso designa generalmente i fattori biologici di mascolinità e femminilità […] Noi […] utilizziamo genere, piuttosto che sesso, anche laddove ci si riferisce a quegli aspetti dell'essere donna (ragazza) o uomo (ragazzo) che di norma sono percepiti come biologici. In tal modo si vuole enfatizzare l'idea per cui gli elementi di costruzione sociale sono di primaria importanza in tutti gli aspetti dell'essere femmina o maschio"[36].

---

[36] S. Kessler, W. McKenna, *Gender: An Ethnomethodological Approach*, New York, Wiley, 1978, 12.

Rispetto alla concezione ristretta di genere, quella sposata da Kessler e McKenna presenta il pregio di richiamare e inglobare a sé aspetti "solo per cultura biologici" – ascritti pertanto dal pensiero adattivo dominante alla dimensione fissa e immutabile del sesso –, creando così le basi per destituire di fondamento l'argomento della natura laddove l'imposizione di ruoli si perpetui, di fatto, in ragione di costumi e prassi sociali sessisti e gerarchizzanti. A tal stregua, ad esempio, la forza fisica permane una caratteristica biologica presente in maggior misura nel sesso maschile, ma deve riconoscersi che assegnare ai maschi i lavori più pesanti e alle femmine quelli più leggeri costituisce una prassi sociale consolidata (modificabile) di organizzazione del lavoro, e non l'esito di una prassi normativa riflessiva di un'atavica legge naturale immodificabile. Nessuna legge biologica, infatti, esclude in principio né l'esistenza di una minoranza femminile forte, né l'impossibilità di rinvenire soggetti deboli fra il sesso maschile. Similmente, la gravidanza, il parto e l'allattamento sono certamente ascrivibili alla biologia femminile, ma assegnare unicamente alla madre il compito della crescita della prole è frutto di un'invalsa consuetudine sociale (modificabile) fondata sull'idea – carica di pregiudizio culturale e sovente finalizzata alla gerarchizzazione di un gruppo ad un altro – che il sesso femminile (ma non quello maschile) sia per natura più adatto alla cura del focolare familiare. Nessuna legge biologica o naturale che dir si voglia, infatti, impedisce ad una donna di rivestire ruoli di potere o ad un uomo di prestare tempo e cura alla crescita della prole.

È evidente che escludendosi la validità della visione ristretta di genere si finisce per confermare l'inesistenza di una netta scissione fra sesso e genere, ossia per auspicare la generazione di una categoria concettuale comprensiva e uniduale di sesso/genere[37]. Una simile decostruzione e riconcettualizzazione della categoria normativa sesso è in linea non solo con le tradizioni costituzionali democratiche dei Paesi aderenti all'Unione Europea, ma anche con la lettera e lo spirito delle previsioni contenute nella Convenzione sull'Eliminazione di ogni forma di Discriminazione nei Confronti della Donna

---

[37] K.M. Franke, *The Central Mistake of Sex Discrimination Law*, cit., 5.

(CEDAW; 1979)[38]. Nel Preambolo, infatti, si specifica "che il ruolo tradizionale dell'uomo nella famiglia e nella società deve evolversi insieme a quello della donna se si vuole effettivamente addivenire ad una reale parità tra uomo e donna", e all'art. 5, lett. (a), si legge che è obbligo degli Stati aderenti prendere ogni misura adeguata "al fine di modificare gli schemi ed i modelli di comportamento socio-culturale degli uomini e delle donne e di giungere ad una eliminazione dei pregiudizi e delle pratiche consuetudinarie o di altro genere, che siano basate sulla convinzione dell'inferiorità o della superiorità dell'uno o dell'altro sesso o sull'idea di ruoli stereotipati degli uomini e delle donne".

4. *L'orientamento sessuale*

La tendenza a distinguere gli esseri umani in categorie le più varie non è una prassi sociale esclusivamente moderna. Nel *Simposio* di Platone, il poeta comico Aristofane, intento a celebrare in termini di poesia la potenza e la natura di Eros – dio primordiale della generazione e della vita –, rivela nella sua orazione la mutevolezza delle categorie umane, e in maniera suggestiva propone "una lezione preliminare sulla fibra umana"[39] descrivendo la realtà dei sessi.

"Tanto tempo fa" – narra Aristofane – "la nostra forma umana non era come adesso, ma diversa. Per cominciare, i generi umani erano tre, non come oggi, due: maschi e femmine. Allora se ne aggiungeva un terzo, partecipe d'entrambi i sessi. Sopravvive il nome, il genere s'è estinto. L'uomodonna esisteva come sesso a parte, allora. Aspetto e nome ripresi dalla coppia d'altri sessi, maschio e femmina. Oggi non ne sopravvive che un nome, coperto di vergogna.

---

[38] J. Neuwirth, *Inequality Before the Law: Holding States Accountable for Sex Discriminatory Laws under the Convention on Elimination of all Forms of Discrimination Against Women and through the Beijing Platform for Action*, in 18 *Harv. Hum. Rts. J.*, 19 (2005); S. Crutcher, *Stoning Single Nigerian Mothers for Adultery: Applying Feminist Theory to an Analysis of Gender Discrimination in International Law*, 15 *Hastings Women's L.J.*, 239 (2004).

[39] Platone, *Simposio*, 189d, in E. Savino (a cura di), *Platone. Simposio, Apologia di Socrate, Critone, Fedone*, Arnoldo Mondadori, Milano, 1993, 67.

Poi l'intero disegno della figura umana era sferico, schiena e fianchi chiusi in tondo; le mani erano quattro, gambe in numero pari alle mani. Due volti, identici perfettamente, sopra un collo come arrotondato al tornio. Un solo cranio a ricoprire tutt'e due le facce, volte ad orizzonti opposti. Quattro orecchie, genitali in coppia e tutto il resto in coerenza, come ben si può capire dai dettagli detti […] Dunque i sessi erano tre, e di tal forma: la ragione era che il maschio discendeva in origine dal sole, la femmina dalla terra, e quello intriso d'entrambi dalla luna, poiché anche la luna partecipa dell'uno e dell'altra"[40].

Racconta Aristofane che gli esseri umani erano mostri di aggressività e di resistenza, che con il loro orgoglio assalirono le divinità, e per questo Zeus e gli altri dèi discussero su quale trattamento riservare loro. L'unica alternativa allo sterminio era quella di tenere in vita l'uomo, ma indebolendolo al punto tale da far scemare la sua superbia. Così tutti gli uomini furono spaccati in due, essi raddoppiarono e la loro forza calò; ma dopo il dimezzamento della figura umana, ogni parte rimpiangeva quel suo doppio e vi aderiva. Da qui nasceva la reciproca attrazione dei viventi, e il desiderio sessuale diveniva il riunificatore dell'originaria forma, proteso a ricreare nella coppia l'unità.

Quattro sono le categorie umane di orientamento sessuale che Aristofane enuclea nel racconto sull'alba del genere umano, riportato in epigrafe[41]: (a) maschi che cercano l'unione con altri maschi; (b) maschi che cercano l'unione con femmine; (c) femmine che cercano l'unione con altre femmine; (d) femmine che cercano l'unione con maschi. L'uomo *costruisce* categorie distintive, e l'orientamento sessuale è uno fra i possibili criteri di classificazione. Vi è però differenza fra l'orientamento sessuale come componente costante e universale della natura umana e le categorie umane di orientamento sessuale, le quali sono costruite dall'uomo ed hanno pertanto validità in un dato tempo, spazio e contesto di riferimento. Aristofane stesso intuisce la necessità di una distinzione fra i due aspetti sottolinenado la mutevolezza delle categorie interne al concetto di ses-

---

[40] *Ibidem,* 67.
[41] *Ibidem,* 71-73 (enfasi aggiunta).

so: un tempo esistevano tre sessi – maschio, femmina, uomodonna – anziché due. A distanza di secoli, poi, lo stesso schema di Aristofane sui desideri sessuali necessita di un aggiornamento, devendosi aggiungere i bisessuali, gli unici apparentemente sconosciuti all'immaginazione degli antichi[42].

Così come le categorie di maschio e femmina sono convenzioni sociali, poiché nella realtà esistono gli organi genitali (interni ed esterni), i cromosomi, i caratteri sessuali secondari, e non le categorie sessuali in quanto tali, similmente le distinzioni di orientamento sessuale non possiedono una validità esplicativa universale[43]. Letto in tal chiave potrebbe anche dirsi che il mito narrato da Aristofane non riguardi affatto l'orientamento sessuale, giacché la cultura greca interpretava il desiderio sessuale in maniera sensibilmente diversa da quella odierna che, al contrario, appare fortemente concentrata attorno a quest'idea concettuale[44]. Potrebbe dirsi anacronistico ed inesatto sostenere che Aristofane, sin dall'antichità, distinguesse all'interno del genere umano quattro orientamenti sessuali, poiché così interpretando si proietterebbero erroneamente nella sua mente concetti ed idee che egli non avrebbe potuto nemmeno conoscere. Aristofane avrebbe potuto conoscere il fenomeno della pederastia, ben diverso dall'orientamento sessuale[45].

---

[42] Nel *Simposio* di Platone i bisessuali non costituiscono una categoria autonoma, ma ad essi il filosofo pare far cenno quando riferisce di coloro che pur cercando la loro stessa metà sessuale "subiscono la normalità sociale": *ibidem,* 73.

[43] E. Stein, *The Mismeasure of Desire,* cit., 84-85: "I use the term natural human kind for a natural kind that applies to people, in other words, a human kind that plays a certain sort of role in scientific explanations and laws […]. Also, just as there are many ways that things can be grouped that are not natural kinds, there are many ways people can be grouped that are not natural human kind. […]. Such human kinds do not refer to groups that exist in nature, rather, these groups have a social existence – they are created and sustained by human intentions. Like artifactual kind, social human kinds come into existence at particular moments; they did not existed before humans created them".

[44] M. Foucault, *History of Sexuality. An Introduction*, a cura di R. Hurley, vol. I, Random House, New York, 1978, 43.

[45] J.D. Weinrich, W.L. Williams, *Strange Customs, Familiar Lives: Homosexualities in Other Cultures*, in Aa.Vv., *Homosexuality. Research Implications for Public Policy*, J.C. Gonsiorek, J.D. Weinrich (eds.), Sage Publications, Newbury Park-London-New Delhi, 1991, 44-59; D. Halperin, *One Hundred Years of Homosexuality and Other Essays in Greek Love*, Routledge, New York, 1990, 20 ss.

Le interpretazioni del mito di Aristofane richiamano il dibattito sulle concezioni essenzialiste e costruzioniste dell'orientamento sessuale. L'essenzialismo tradizionale considera la sessualità come un fenomeno individuale, e postula che l'orientamento sessuale sia una caratteristica obiettiva degli esseri umani, riconducibile a fattori genetici e biologici. Il costruzionismo, d'altro canto, attribuisce grande importanza ai fattori sociali e culturali, e ritiene che le preferenze e le identità sessuali siano apprese e modellate dall'interazione dell'individuo con gli altri. Per il primo, l'orientamento sessuale è involontario, innato, estraneo a qualunque scelta soggettiva, resta fisso nel corso della vita ed è universale, in altre parole non muta secondo la società e il periodo storico. Per il secondo, l'orientamento è costruito socialmente, costituisce (entro certi limiti) una scelta personale, varia nel corso della vita, dello spazio e dell'epoca storica[46]. Siffatte concezioni informano gli studi sociali, scientifici ed umanistici, ma toccano anche il discorso legale, perché si è spesso collegata l'interpretazione costituzionale a studi sulla natura dell'orientamento sessuale[47].

L'idea di fondo qui avallata è che le categorie di orientamento sessuale – non l'orientamento sessuale per sè, inteso come componente erotica presente in ogni persona – siano delle espressioni linguistiche adottate dall'uomo e dalla società per contrassegnare peculiari desideri sessuali dell'essere umano; come tali sono variabili (relative) in ragione del tempo, dello spazio e del fine per il quale sono create. Stabilire *le categorie* di orientamento sessuale è operazione diversa dal definire *la categoria* dell'orientamento sessuale, o dall'analizzare l'interesse sessuale che ciascuno, in ogni cultura e in ogni periodo storico, nutre nei confronti dei sessi[48]. Diverse so-

---

46 M. Barbagli, A. Colombo, *Omosessuali moderni*, Il Mulino, Bologna, 2001, 11, ove si ritiene che la concezione essenzialista sia "vera" (valida) non solo in presenza di fattori genetici determinanti nello sviluppo dell'orientamento sessuale, ma anche qualora fosse accertato che quest'ultimo dipendesse da ragioni di natura psicologica.

47 D.J. West, *Supposed Origins of Homosexuality*, cit., 313 ss.

48 M. Barbagli, A. Colombo, *Omosessuali*, cit., 38: "Ma perché il sospetto di essere omosessuale possa prendere corpo è necessario avere un vocabolario di parole e di motivi. Occorre essere consapevoli che queste categorie esistono, aver sentito dire o letto i sostantivi e gli aggettivi che le designano, sapere cosa significano. L'acquisizione di questo vocabolario avviene però in modo e tempi diversi a seconda delle persone".

no le questioni spinose e i profili coinvolti in ciascuna operazione, ma si è volutamente deciso di affrontare solo quegli aspetti del dibattito scientifico funzionali alla comprensione dei differenti modelli di tutela del libero orientamento sessuale. Di qui discende pure la necessità di considerare distintamente la natura dell'orientamento sessuale, da un lato, e le categorie interne e/o i criteri utilizzati per distinguerle, dall'altro. La prima analisi ci consentirà di analizzare le prassi costituzionali di riconoscimento – o non riconoscimento – dell'orientamento sessuale; la seconda di affrontare i profili giuridici connessi alle discriminazioni fondate sulle diverse categorie di orientamento.

5. *La natura dell'orientamento sessuale*

Parte consistente della letteratura scientifica ha ritenuto che le ricerche sull'orientamento sessuale fossero essenziali per fornire soluzione a questioni di natura etica, politica e legale[49]. Molti studiosi hanno nutrito la speranza di poter curare l'omosessualità[50], di depurare la società da vizi e anticonformismi sessuali contaminanti, di individuare il gene dell'orientamento sessuale, o anche di addivenire ad una selezione preventiva dei feti, attutendo così le ansie di tanti genitori omofobici[51]. Altri studiosi, motivati da tutt'altra spinta emotiva, hanno invece ritenuto di adoperarsi per migliorare la con-

---

49 S. Epstein, *Gay Politics, Ethnic Identity. The Limits of Social Constructionist Controversy*, in 93/94 *Socialist Review*, 9-54 (May-August 1987); S. LeVay, *Queer Science. The Use and Abuse of Research into Homosexuality*, MIT Press, Cambridge, Mass., 1996; A. Sullivan, *Virtually Normal. An Argument about Homosexuality*, Knopf, New York, 1995; B. Bower, *A Place at the Table. The Gay individual in American Society*, Poseidon, New York, 1993.

50 C. Silverstein, *Psychological and Medical Treatments of Homosexuality*, in Aa.Vv., *Homosexuality,* J.C. Gonsiorek, J. D. Weinrich (eds.), cit., 101-114; J.C. Gonsiorek, *The Empirical Basis for the Demise of the Illness Model of Homosexuality*, in Aa.Vv., *Homosexuality,* J.C. Gonsiorek, J.D. Weinrich (eds.), cit., 115-136; G.C. Davison, *Constructionism and Morality in Therapy for Homosexuality*, in Aa.Vv., *Homosexuality,* J. C. Gonsiorek, J.D. Weinrich (eds.), cit., 137-148.

51 W. Eskridge Jr, N. Hunter, *Sexuality, Gender and the Law*, Foundation Press, Westbury-New York, 1997, 774-778; J. Robertson, *Children of Choice. Freedom and the New reproductive Techniques*, Princeton University Press, Princeton, 1995.

dizione sociale delle minoranze sessuali. Costoro hanno tentato di dimostrare come l'orientamento sessuale sia un carattere radicato in fattori genetici e biologici, e/o come sia completamente estraneo al dominio umano[52].

Gli attivisti omosessuali hanno guardato con favore ai *biological argument studies*, ritenendoli importanti per promuovere il mutamento del panorama legale. Pure il discorso giuridico e politico intorno ai *gay rights* ha più volte ravvisato la necessità di provare che l'orientamento sessuale sia un tratto geneticamente o biologicamente determinato. In *Baehr v. Lewin*, per esempio, il giudice hawaiano Burns ha ritenuto che per decidere se esistesse un obbligo statale ad estendere il matrimonio a coppie composte da persone dello stesso sesso fossero "questioni di fatto rilevanti stabilire se l'eterosessualità, omosessualità, bisessualità e asessualità [fossero] biologicamente determinate"[53].

Più in generale può dirsi che la protezione costituzionale del libero orientamento sessuale si fa spesso dipendere dalla dimostrazione di fondamenti in qualche modo riconducibili alla tesi della determinazione genetica e/o biologica. Tre, in particolare, sono le argomentazioni più in voga, ammettendosi che le clausole di eguaglianza debbano salvaguardare le minoranze sessuali solo nella misura in cui l'orientamento sessuale possa essere considerato: (1) una caratteristica umana naturale, (2) un tratto indipendente dalla volontà umana, come tale insuscettibile di costituire oggetto di scelta, (3) una condizione immutabile. Queste argomentazioni sono avanzate da sole o cumulativamente.

---

[52] D.J. West, *Supposed Origins of Homosexuality*, cit., 314: "[b]ecause biological influences are thought (sometimes wrongly) to produce unmodifiable effects, they have been often been cited as support for the contention that homosexuals have a recognizable and unalterable 'condition' for which they are in no way responsible".

[53] *Baehr v. Lewin*, 852 P. 2d 44 (Haw. 1993), p. 69; cfr. anche *Communication No 488/1992: Toonen v. Australia*, U.N. Human Right Committee Doc. CCPR/C/50/D/488/1992, Australia 4/4/1994, perché la *concurring opinion* asserisce che "the Committee found that in its view, the reference to term 'sex' […] is to be taken as including sexual orientation. I concur with this view, as the common denominator for the ground 'race, colour and sex' are biological or genetic factors".

5.1. *Natura-essenza umana o cultura-costruzione sociale?*

Per secoli si è considerata l'omosessualità un fenomeno innaturale, oggetto di sdegno e condanna morali. I sodomiti sono di norma ritenuti dei pervertiti, o deviati, o anormali, e in passato si è sovente chiesto loro di sottoporsi a laceranti terapie psicologiche di conversione. Per molti codici penali – si è visto – la sodomia è, o è stata, un reato. Laddove non esiste una fattispecie penale di sodomia, alle condotte omosessuali si applica spesso la norma dei "crimini contro natura", o "atti innaturali", e in alcuni casi si è perfino equiparato il rapporto sessuale fra persone adulte consenzienti dello stesso sesso – ritenuto atto contro natura – con la condota sessuale intercorsa tra un uomo e una bestia. Sino al 2003, con l'avvento di *Lawrenece*, il codice penale dell'Oklahoma puniva sino a dieci anni di reclusione "ogni persona che [fosse] colpevole di un detestevole e abominevole crimine contro natura commesso con il genere umano o con una bestia"[54].

Ragionamenti incentrati sulla presunta innaturalità dell'omosessualità rappresentano in vario modo il fondamento giustificativo al mantenimento di vessanti forme discriminatorie nei confronti delle minoranze sessuali in ambito penale, sociale, lavorativo, e familiare. Autorevole e nota è l'opinione di Finnis, secondo cui la *ratio* della mancata protezione di ogni forma di sesso extra-coniugale risiede nel fatto che "l'unione degli organi riproduttivi della moglie e del marito fa sì che veramente i due corpi si uniscano biologicamente (e la loro realtà biologica è parte, e non mero strumento, della realtà personale); la riproduzione è una funzione e pertanto, in rispetto di quella funzione, i coniugi sono una realtà, e dunque la loro unione sessuale può realizzare e permettere loro di concretizzare il bene comune – il loro matrimonio […] Ma il bene comune di amici che non sono o non possono essere sposati (per esempio due uomini, un uomo e un minore, due donne) non ha nulla a che vedere col fatto che

---

[54] Oklahoma Stat. Tit. 21 § 886 (1994); *Commonwealth v. Balthazar*, 336 Mass. 298, 318 N. E.2d 478 (1974): qui sono in considerazione gli "unnatural and lascivious act[s]"; *Wainwright v. Stone*, 414 U.S. 21, 94 S.Ct. 190, 38 L.Ed.2d 179 (1973); *Rose v. Locke*, 423 U.S. 48, 96 S.Ct. 243, 46 L.Ed.2d 185 (1975); *Balthazar v. Superior Court*, 573 F.2d 698, 702 (1st Cir.1978).

questi possano avere bambini, e i loro organi riproduttivi non permettono loro di divenire a una biologica (e quindi personale) unità. Così il sesso di costoro non produce ciò che questi immaginano o vorrebbero. Giacché l'attivazione di uno o anche entrambi gli organi riproduttivi non può concretizzare e attualizzare il bene coniugale – diversamente dal rapporto coniugale […], anche se i coniugi sono sterili –, la sola cosa che può fare è quella di dare individualmente ad ogni partner un po' di gratificazione" [55].

Le parole di Finnis rievocano il tono di moltre argomentazioni avanzate per contrastare l'ingresso del *same-sex marriage*, sostenendosi l'invalidità delle unioni coniugali fra persone dello stesso sesso perché non esistenti in natura, o contro natura, o non vero matrimonio[56], laddove in realtà il suddetto contrasto con le leggi della natura si riduce al fatto che, in principio, a queste unioni è preclusa la filiazione naturale (ma non quella adottiva o medicalmente assistita). In *Singer v. Hara*, ad esempio, la Corte d'Appello di Washington ha negato a due maschi la licenza matrimoniale argomentando che "marriage exists as a protected legal institution primarly because of societal values associated with the propagation of the human race"[57].

Il giudizio sull'innaturalità e immoralità della condizione omosessuale e bisessuale è diffuso ovunque nella società, e gran parte di questo prende forma sotto la veste di minaccia ai valori sociali più cari. In particolare, com'è emerso anche dalla vicenda riguardante l'Emendamento 2 del Colorado – questione che ha investito la Corte Suprema americana in *Romer v. Evans*[58] – le minoranze sessuali sono tendenzialmente raffigurate come nemiche della famiglia e come pericoli per i bambini. Lo Stato del Colorado, difendendo innanzi alla Corte l'Emendamento apertamente discriminatorio nei confronti di tutte le minoranze sessuali, sostenne di avere sei interessi primari nel mantenere in vigore il disposto in questione. Tra questi erano compresi un presunto interesse fondamentale dello Stato a

---

[55] J.M. Finnis, *Law, Morality, and Sexual Orientation*, in 69 *Notre Dame Law Review* 1066 (1994).

[56] M. Strasser, *The Challenge of Same-Sex Marriage. Federalist Principles and Constitutional Protections*, Praeger, Westport-London, 1999, 159-185.

[57] *Singer v. Hara*, 522 P2d 1187 (Wash. Ct App. 1974).

[58] *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 (1996).

mantenere la riservatezza della famiglia e un altro presunto interesse primario nel promuovere il benessere fisico e psicologico dei minori. Inoltre, lo Stato sosteneva l'esistenza di un suo interesse primario inerente alla pubblica moralità collegata al rispetto della natura umana.

Più in generale può notarsi che l'obiezione naturalistica è invocata per escludere le minoranze sessuali dalle categorie protette dalle clausole di eguaglianza. Anche durante la redazione del *Bill of Rights* sudafricano, l'unico *draft* sull'*equality principle* che non menzionava l'orientamento sessuale fra i fattori vietati di discriminazione era quello proposto dal Governo e dalla *South African Law Commission*, e la giustificazione da questi addotta a fondamento di siffatta esclusione era che l'eguaglianza doveva proteggere unicamente le "natural characteristics" o quei gruppi i cui membri "non avevano mai scelto di rientrare in una particolare condizione […], poiché ciò era avvenuto tramite un processo di assegnazione naturale"[59].

Simili e altre obiezioni naturalistiche, oltre ad essere *ictu oculi* irrazionali e a sollevare la ben nota questione del rapporto fra diritto positivo e diritto naturale, invitano alla riflessione su questioni di duplice natura. Da un lato occorre domandarsi che cosa renda un comportamento, un carattere, un'aspirazione innaturale, e in quali casi un desiderio e una condotta sessuale siano considerabili contro natura; dall'altro occorre chiedersi il tipo di relazione che le clausole costituzionali di egualglianza e i *Bill of Rights* instaurano, rispettivamente, con le supposte categorie naturali o artificiali.

Il dibattito essenzialista/costruzionista ha dedicato ampio spazio al tema della natura delle categorie umane e dell'orientamento sessuale. L'essenzialismo considera l'orientamento sessuale come una caratteristica intrinseca all'essere umano ("deep category of human nature"), mentre il costruzionismo lo ritiene una mera creazione sociale ("artifactual kind"), estranea alla natura umana, tale per cui gli individui si considerano omosessuali od eterosessuali semplicemente perché indotti a credere che gli esseri umani siano nell'uno o nell'altro modo, mentre in realtà "sarebbero semplice-

---

[59] E. Cameron, *Sexual Orientation and the Constitution,* cit., 465.

mente sessuali"[60]. Il primo concepisce l'orientamento sessuale come *natural human kind*, come una categoria non arbitraria governata da una serie comune di leggi naturali, nella quale è *possibile* che ciascun uomo si immedesimi a prescindere dal tempo e dalla cultura, e l'espressione orientamento sessuale altro non è che il mezzo linguistico per categorizzare scientificamente il mondo e i suoi componenti – un *natural kind term*, appunto. Il secondo, inversamente, ritiene l'orientamento sessuale una *merely social human kind*, o una *non-natural kind*, siccome incapace di esplicare un qualunque ruolo nella spiegazione del mondo e delle leggi di natura[61].

Stein nota acutamente che "l'essenzialismo e il costruzionismo sono tesi empiriche, vale a dire sono affermazioni che possono essere validamente avanzate solo a seguito di osservazione e/o sperimentazione"[62]. Da tale riflessione si può quindi desumere che chi s'interroga sulla natura dell'orientamento sessuale deve focalizzare l'indagine non tanto – anzi, non solo – sulla teorica natura della causa, genetica o ambientale, ma sul carattere *empiricamente naturale* – e, in questo senso, innato – della direzione del desiderio sessuale. Così ragionando, la validità della tesi essenzialista non postula necessariamente che l'orientamento sessuale abbia un fondamento causale esclusivamente genetico; viceversa, il costruzionismo può mostrare validità esplicativa pur in assenza di matrici esclusivamente ambientali[63]. La gravidanza, d'altronde, è un fenomeno naturale ed obiettivo, ma il fatto che certe donne siano madri e che altre non lo siano non trova (sempre e/o necessariamente) spiegazione in fattori di natura biologica e/o genetica. Analogamente, se, per esem-

---

[60] J. Boswell, *Revolution, Universals and sexual Categories*, in M. Duberman, M. Vicinus, G. Chauncey (eds.), *Hidden from History. Reclaiming the gay and Lesbian Past*, New American Library, New York, 1989, 18.

[61] E. Stein, *The Mismeasure of Desire,* cit., 78-79.

[62] *Ibidem*, 103.

[63] J.A.W. Kirsch, J.D. Weinrich, *Homosexuality, Nature, and Biology: Is Homosexuality Natural? Does It Matter?*, in Aa.Vv., *Homosexuality*, J.C. Gonsiorek, J.D. Weinrich (eds.), cit., 30 "Human homosexuality is as biologically natural as human heterosexuality. This is a carefully worded statement. Its only social consequence is that biological arguments cannot be used to distinguish morally between homosexuality and heterosexuality. Like left- and right-handedness, the two are expressions of a single humane nature that can be expressed differently in different individuals".

pio, l'orientamento sessuale fosse connesso all'interazione emotiva che ciascuno ha con i genitori, o con il sesso della persona con cui si è avuta la prima esperienza sessuale gratificante, o con qualunque altra ragione ambientale, da ciò solo non potrebbe escludersi a priori la sua essenzialità e naturalità. È noto come i fattori ambientali determinino reazioni psicologiche che incidono fortemente sullo sviluppo dei gusti individuali – comprese le forme e la direzione del desiderio sessuale –, i quali, pur non essendo necessariamente e/o esclusivamente geneticamente determinati, appaiono ciò nonostante immodificabili, oltre che naturali e spontanei.

Kinsey sostiene che la sessualità degli uomini e delle donne non dipenda solo dai geni, dagli ormoni o dai processi biologici, ma anche da fattori sociali e culturali. Molto importanti sono i campioni di comportamento appresi durante l'infanzia e l'adolescenza, quei complessi di regole che indicano per quali ragioni, con chi, dove, quando si possono avere rapporti sessuali, quali sono i comportamenti erotici socialmente consentiti. L'ambiente sociale e le sue regole incidono sui comportamenti e sulle percezioni. Essi favoriscono alcune condotte e ne scoraggiano altre, stabiliscono ciò che è ammesso, e ciò che è bandito[64]. Molte differenze fra gli esseri umani, in termini di preferenze, sono ascrivibili alle esperienze individuali, al vissuto, e poco plausibili appaiono spiegazioni genetiche. Si pensi al perché ciascuno possiede certi gusti letterari, o perché si preferiscono alcuni luoghi di ritrovo, o certe amicizie, o perché si è appresa una lingua e non un'altra. Con ciò non si vuole negare il ruolo di fattori genetici o biologici nella determinazione dei caratteri di ciascuno – se così fosse, non sarebbe nemmeno possibile ipotizzare l'orientamento sessuale come carattere umano –, semplicemente si sostiene che le esperienze giocano un ruolo molto importante nella determinazione dei gusti sessuali.

Affinché possa affermarsi che una legge scientifica si applica all'uomo è sufficiente che sia certo che alcuni fattori ambientali conducono allo sviluppo naturale di un dato orientamento sessuale, tale da attivare quel processo psicologico che consente la formazione in ognuno di gusti omosessuali, bisessuali od eterosessuali. I gusti, le

---

[64] A.C. Kinsey, W.B. Pomeroy, C.E. Martin, *Sexual Behavior in the Human Male*, W. B. Saunders Co., Philadelphia, 1948, 633.

propensioni, le inclinazioni naturali non sempre presentano matrici genetiche, ma non per questo è possibile affermarne l'innaturalità o mutabilità. Si può, ad esempio, convertire radicalmente il piacere di mangiare cioccolato in disgusto? Oppure è più ragionevole pensare che sia possibile sacrificarsi a vita, astenendosi dal mangiare cioccolato, senza che in realtà il gusto in sé e per sé subisca modifiche? È possibile dimenticare la lingua madre, sino al punto di ignorare il fatto di aver saputo esprimersi secondo quel peculiare idioma, oppure è solo plausibile immaginare che si possa apprendere un'altra lingua, senza dimenticare le proprie origini?

L'idea qui sostenuta è che qualora esistano anche cause di matrice ambientale nella determinazione dell'orientamento sessuale, da ciò solo non devrebbe arguirsi la validità della concezione costruzionista che considera l'orientamento sessuale una *non natural kind category*[65]. Non si vuole negare che un carattere personale, determinato da fattori genetici, sia innato, e che in questo caso la tesi essenzialista sia valida. Anzi, l'ipotetica discendenza dell'orientameto sessuale da fattori genetici renderebbe la tesi essenzialista ugualmente valida, e, viceversa, risulterebbe falsa quella costruzionista. Tuttavia, si sostiene che anche per le caratteristiche personali plasmate da fattori di natura culturale o ambientale possa essere valida la concezione essenzialista, a condizione che l'indagine empirica provi la naturalezza di quel carattere pur in assenza di una base strettamente genetica[66]. D'altro canto, poi, nemmeno i principali filoni scientifici che collegano lo sviluppo dell'orientamento sessuale

---

[65] E. Stein, *The Mismeasure of Desire,* cit., 102: "According to some environmental theories of sexual orientation, sexual orientation is not innate, but constructionism would be false because, in virtue of psychological basis, sexual orientation would be a natural human kind. The simple connection commonly thought to hold between the nature of the categories of sexual orientation and the cause of sexual orientation do not in fact hold: essentialism does not entail nativism and environmentalism does not entail constructionism".

[66] M. Barbagli, A. Colombo, *Omosessuali*, cit., 36, aderisce implicitamente a tale tesi riferendo l'esperienza "empirica" di Nadia, la quale afferma: "[e]ro sempre vestita da maschio, giocavo a pallacanestro. E ho sentito che questa cosa non andava bene. Pian piano mi sono modellata a immagine di quello che ci si aspettava da me, non tanto dalla mia famiglia, ma dagli amici, dai coetanei. Ho cominciato a mettermi le gonne, che non avevo mai messo. Non mi sono mai truccata"; E. Stein, *The Mismeasure of Desire,* cit., 102: "natural human kinds need not have a genetic basis".

a fattori ambientali, o da un mix di cause ambientali e genetiche, rifiutano la concezione deterministico-essenzialista e la visione di questa componente umana nel suo aspetto, per così dire, naturale.

McGuire e alcuni suoi collaboratori attribuiscono importanza cruciale alle prime esperienze sessuali che ciascuno vive; secondo la maggiore o minore gradevolezza del primo (o dei primissimi) rapporti sessuali ciascuno maturerebbe l'idea di volere o non volere altri incontri con quel particolare sesso testato. L'orientamento sessuale risulterebbe dunque fortemente influenzato dal sesso della persona con cui si ha il primo approccio sessuale piacevole[67]. La tesi di McGuire prova come in determinati casi l'accostamento automatico fra essenzialismo/determinismo e costruzionismo/volontarismo non trovi riscontro. McGuire, infatti, aderisce ad una concezione essenzialista, pur non negando la possibilità di una scelta individuale concernente l'orientamento sessuale. Il punto è che per McGuire la scelta del partner opera come conseguenza naturale di un determinismo ambientale – anziché discendere da un innato patrimonio genetico –, sì che la supposta scelta dell'orientamento sessuale è piutto-

---

[67] R.J. McGuire, J.M. Carlisle, B.G. Young, *Sexual Deviations as Conditioned Behaviour. A Hypothesis*, in 2 *Behaviour Research and Therapy*, 185-190 (1965); A.P. Bell, M.S. Weinberg, S.K. Hammersmith, Sexual *Preference: Its Development in Men and Women*, Mitchel Beazley, London, 1981: tale studio prende a campione 686 gay, 293 lesbiche, 337 maschi eterosessuali, 140 donne eterosessuali, tutti viventi a S. Francisco, e presenta natura retrospettiva. A conclusione dell'indagine si giunge alla conclusione che l'orientamento sessuale "is likely to be established quite early in life and that childhood and adolescent sexual expression by and large reflect rather than determine a person's underlying sexual [orientation] […] Sexual experiences with members of the same sex were common among both the homosexual and the heterosexual respondents; so were experiences with members of the opposite sex. What differs markedly between the homosexual and heterosexual respondents, and what appears to be more important in signalling eventual sexual [orientation] […] is the way respondents felt sexually, not what they did" (p. 113). La società civile percepisce spesso l'omosessualità come risposta a relazioni eterosessuali insoddisfacenti: J.M. Coetzee, ad esempio, in *Gioventù* racconta la storia di un ragazzo inquieto e pieno di sensi di colpa che, mentre vive il fallimento di non riuscire consacrare la propria vita all'amore di donne d'eccezione, s'interroga ripetutamente sulla propria sessualità. Il giovane – narra l'A. – "[c]rede nell'amore passionale e nel suo potere trasfigurante. La sua esperienza, tuttavia, è che le relazioni amorose divorano il suo tempo, lo sfiniscono e danneggiano seriamente il suo lavoro. È possibile che lui non sia fatto per amare le donne, che in verità sia omosessuale? Se fosse così, ciò spiegherebbe le sue afflizioni dal principio alla fine" (J.M. Coetzee, *Gioventù*, Einaudi, Torino, 2004, 81-82).

sto la volizione pre-determinata da fattori che, nella sostanza empirica, sono parimenti naturali ed essenziali, al punto da ridurre a zero i margini di autonomia decisionale. Anzicché scegliere l'orientamento sessuale, all'uomo è più propriamente consentito di decidere di sopprimere con grande sacrificio la propria sessualità.

Secondo altri scienziati seguaci degli studi freudiani lo sviluppo dell'orientamento sessuale sarebbe prevalentemente determinato dal tipo di relazioni affettive che il bambino intesse con i genitori[68], circostanze, pure queste, che difficilmente l'infante riesce a controllare nei modi e nei contenuti in cui si dispiegano. Fra le correnti scientifiche empiriche, poi, è nota la tesi che vede i ruoli di genere come fattori maggiormente influenti sullo sviluppo dell'orientamento sessuale, anch'essi difficilmente influenzabili dalla volontà umana perché semplicemente appresi per mezzo delle prassi sociali. L'infante che assume comportamenti culturalmente conformi al suo sesso svilupperebbe un orientamento eterosessuale, e viceversa. Richard Green riassume tale filone scientifico con la nota espressione "Barbie dolls at five, sex with men at twenty-five"[69].

---

[68] K. Freund, R. Blanchard, *Is the Distant Relationship of Fathers and Homosexual Sons Related to Sons' Erotic Preference for Male Partners, or to Sons? Atypical Gender Identity, or to Both?*, in Aa.Vv., *Homosexuality and Social Sex Roles*, The Haworth Press, New York, 1983, 7-26; I. Bieber, H.J. Dain, P.R. Dince, M.G. Drellich, H.G. Grad, R.H. Grundlach, M.W. Kremer, A.H. Rifkin, C.B. Wilbur, T.B. Bieber, *Homosexuality: A psychoanalytic study of Male Homosexuals*, Basic Book, New York, 1962, *passim*; D.J. West, *Supposed Origins of Homosexuality*, cit., 317; C.A. Mallen, *Sex Roles Stereotypes, Gender Identity and Parental Relationship in Male Homosexuals and Heterosexuals*, in Aa.Vv., *Homosexuality and Social Sex Roles*, cit., 55-75; I. Šìpovà, A. Brzek, *Parental and Interpersonal Relationship of Transsexuals and Masculine and Feminine Homosexual Men*, in Aa.Vv., *Homosexuality and Social Sex Roles*, cit., 75 ss.

[69] R. Green, *Sugar and Spice: Scientific Study Attempting to Link Child Tomboys to Adult Lesbians*, in *WESTLAW* (database) *#1995 wl 6295869*, 6; v. anche R. Green, *The "sissy boy syndrome" and the development of homosexuality*, Yale University Press, New Haven, 1997: questo studio prende a campione 56 bambini con profili di genere conformi al sesso di appartenenza ("controls") e 66 bambini che, viceversa, palesano comportamenti del genere opposto al sesso di appartenenza; lo studio critica altresì quelle tesi che legano lo sviluppo dell'orientamento sessuale alle dinamiche familiari. "A very weak trend emerged from fathers of 'feminine' boys to report having spent less time with their sons in the first year compared to fathers of 'masculine' boys. There was significant difference in reported father-son shared time in the second year, and the difference became greater in years three to five" (p. 70); "Whether [his] mother

La concezione essenzialista dell'orientamento sessuale non perde validità nemmeno ipotizzando che più concause, biologiche e ambientali, interagiscano variamente fra loro nello sviluppo dell'orientamento sessuale. Possedere un orientamento sessuale significa avere un'attitudine psicologica all'attrazione sessuale nei confronti di persone che appartengono ad uno o ad entrambi i sessi, e l'esistenza di molteplici strade che conducono allo sviluppo di un determinato stato psicologico non consente, per se solo, di negare a quest'ultimo un ruolo scientificamente esplicativo dello sviluppo naturale del desiderio sessuale verso i sessi.

In ultimo, pur concedendendosi che l'orientamento sessuale non rientri fra le pacifiche categorie scientifiche naturali, resta difficile comprendere perché dal requisito della naturalità/innaturalità di un carattere umano debba dipendere la fruibilità o non fruibilità, da parte delle minoranze sessuali, delle garanzie costituzionali d'eguaglianza e delle libertà fondamentali. Oltre a non essere compatibile con il nucleo forte di eguaglianza, alcune categorie soggettive godono della protezione antidiscriminatoria a prescindere dal fatto che gli appartenenti a quella categoria siano accomunati da un elemento propriamente naturale, in altre parole che si tratti di una *natural human kind category*. La lingua, lo status coniugale, le opinioni politiche, la religione, le origini nazionali, le condizioni sociali, lo status civile, questi e altri fattori di discriminazione vietati dalle varie clausole di eguaglianza sono, a rigore, categorie umane naturali nel senso di condividere una base genetica o biologica inscritta da sempre nel libro della Natura? La risposta – questa sì, certa – è negativa.

5.2. *Inclinazione innata o atto volontario?*

Il discorso politico-giuridico ostile all'orientamento sessuale spesso sottolinea come riconoscere le minoranze sessuali nei termini di soggetti meritevoli di protezione significhi inevitabilmente appoggiare e porre il sigillo statale a stili di vita non desiderabili.

---

or father was preferred by the boy was highly correlated with the extant of his 'femininity', with more feminine boys preferring [their] mother" (p. 77).

Gerstmann parla al riguardo di una problematica *endorsement question* per alludere ad un'eterogenea congerie di obiezioni, tutte incentrate sull'idea di volontarietà dell'orientamento sessuale[70]. I volontaristi sostengono, ad esempio, l'inopportunità politica e l'illegittimità costituzionale di appoggiare e promuovere il riconoscimento pubblico delle unioni fra soggetti dello stesso sesso perché ciò significherebbe agevolare una scelta poco confacente all'interesse della collettività, o comunque contraria all'ideale di vita umana. Di diverso avviso, i sostenitori dei *gay rights* affermano che proteggere le minoranze sessuali non significhi agevolare scelte di vita supposte indesiderabili, ma unicamente favorire l'accettazione sociale d'inclinazioni umane di fatto esistenti[71].

Gli oppositori volontaristi assumono l'orientamento sessuale come oggetto di una scelta individuale e volontaria. Ritengono che l'orientamento sia una determinazione che rifletta il modo di concepire e *volere* se stessi, e pertanto postulano l'esistenza di un atto di volizione all'origine delle conseguenti decisioni di vita intima e sociale. In questa prospettiva l'idea della scelta implica a sua volta quella di responsabilità, in base alla quale ciascuno è tenuto ad assumersi i rischi scaturenti dai propri atti di volontà, accettandone le conseguenze positive e negative. La concezione di giustizia di giudici e politici volontaristi invoca i valori di eguaglianza e solidarietà esclusivamente per le condotte estranee al dominio della volontà umana[72]; al contrario richiama il principio di responsabilità individuale per gli atti volontari, incluso l'orientamento sessuale. I volontaristi escludono dal concetto di discriminazione i casi in cui la disparità di trattamento sia la conseguenza voluta di una scelta. Nel caso dell'orientamento sessuale ritengono non possa invocarsi

---

[70] E. Gerstmann, *Same-sex Marriage and the Constitution*, Cambridge University Press, New York, 2004, 34.

[71] M. Strasser, *Domestic Relations Jurisprudence and the Great Slumbering Baehr: On definitional Preclusion, Equal Protection and Fundamental Interests*, 64 *Fordham Law Review*, 934 (December 1995).

[72] Giudici volontaristi americani hanno ad esempio riconosciuto il diritto a ricorrere a interventi chirurgici di riassegnazione del sesso a spese dello stato rifacendosi all'idea di involontarietà del transessualismo: *Doe v. State of Minnesota, Department of Public Welfare* 257 NW 2d 816 (Minn. SC 1977), 820; *Pinneke v. Preisser* 623 F 2d 546 (US CA 8th Circuit 1980), 550.

il concetto di discriminazione, perché le minoranze sessuali sceglierebbero di non rientrare fra i beneficiari dei trattamenti normativi. Detto diversamente le minoranze sessuali deciderebbero di autoescludersi o auto-discriminarsi, ma potrebbero ovviare all'esclusione compiendo scelte di vita diverse promosse dalla legge.

È in base a questi principi che in passato i volontaristi statunitensi sono riusciti a giustificare il mantenimento delle *sodomy laws*[73], mentre oggi la sfida si muove vittoriosamente sul campo del riconoscimento del *same-sex marriage*. In *Singer v. Hara*, il giudice Swanson ha sostenuto che il divieto di contrarre matrimonio tra persone dello stesso sesso non possa essere equiparato al divieto di matrimonio interrazziale – illegittimo in forza di *Loving v. Virginia* (1967) – poiché "ai ricorrenti non è precluso di accedere al matrimonio per ragioni connesse al sesso; piuttosto, a loro non è consentito accedervi perché la definizione di matrimonio è tale da presupporre una scelta d'ingresso tra due persone di sesso opposto"[74]. Con tale massima la Corte afferma in buona sostanza due cose. La prima è che le parti non hanno subito discriminazione in base al sesso, perché tanto ai maschi quanto alle femmine si sarebbe negato il diritto a contrarre matrimonio con una persona dello stesso sesso. La seconda è che i ricorrenti non hanno ottenuto la licenza matrimoniale a causa della loro volontaria resistenza nei confronti di un modello di matrimonio pre-definito; i ricorrenti avrebbero potuto decidere di contrarre matrimonio con una persona di sesso opposto, ma non lo hanno voluto, e le conseguenze devono ricadere sotto la loro diretta responsabilità.

Obiezioni volontariste hanno intriso anche al discorso politico e costituzionale canadese prima del riconoscimento giudiziale, nel dicembre 2004, del *same-sex marriage*[75]. In *Layland v. Ontario*

---

[73] Si veda, fra tutti, R. Poster, *Relations Between Consenting Adults: Sodomy Law and Homosexual Marriage*, a cura di R. Baird, S. Rosenbaum, Prometheus Books, Amherst, 1997, 188.

[74] *Singer v. Hara*, cit.

[75] *Reference re Same-sex Marriage* (2004) S.C.C. 79 (9 December 2004); si v. M. Montalti, *La battaglia legale per il same-sex marriage in Canada e Sudafrica: eguaglianza e dignità umana versus libertà religiosa*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 6/2004, 4819-4833.

si ritenne che "il diritto non [proibisse] il matrimonio per gli omosessuali, posto che questo [poteva] essere contratto fra persone di sesso opposto. Gli omosessuali infatti si [sposavano]. Il fatto che molti omosessuali [scegliessero] di non sposarsi, perché non [volevano] unioni con persone di sesso opposto, [era] il risultato di una loro preferenza, non un requisito della legge"[76]. Così ragionando, è evidente, la Corte canadese fece propria la concezione volontarista dell'orienamento sessuale, assumendo che a ciascun individuo sia data la libertà di scegliere se vivere da omosessuale, bisessuale od eterosessuale, così come di contrarre matrimonio con una persona di sesso opposto od identico.

Giuristi e politici volontaristi hanno contribuito a persuadere molti scienziati circa l'utilità di chiarire se l'orientamento sessuale sia o no l'oggetto di una scelta individuale, e se, dunque, sia corretto concepire questo tratto umano nei termini di mera *preferenza sessuale*[77]. Questo ha provocato l'intensificarsi di studi scientifici volti a dimostrare l'origine eminentemente genetica o biologica dell'orientamento sessuale. Dal punto di vista dell'etica medica, tra l'altro, una risposta positiva alle suddette questioni avrebbe consentito di affermare che gli uomini non scelgono il loro orientamento, e che dunque meritano il diritto ad essere protetti da arbitrarie forme di discriminazione e il riconoscimento delle libertà fondamentali[78]. Tuttavia, affermare che l'orientamento sessuale abbia origini biologiche, e che, di conseguenza, la volontà umana non abbia il potere di incidere *sullo stesso*, non necessariamente crea quei presupposti

---

[76] *Layland v. Ontario (Minister of Consumer and Commercial Relations)*, (1993) 14 O.R. (3d) 658 (Div. Ct); su *Layland* si v.: D.G. Casswell, *Lesbians, Gay men and Canadian Law*, Edmond Montgomery Publications Ltd., Toronto, 1996, 233; C. Fogo, *Cabining Freedom: a Comparative Study of Lesbian and Gay Rights in the United States and C0anada*, 6 *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, 425 (1998).

[77] J.C. Gonsiorek, J. D. Weinrich, *The Definition and Scope of Sexual Orientation*, in Aa.Vv., *Homosexuality*, J.C. Gonsiorek, J.D. Weinrich (eds.), cit., 1; S. LeVay, *Queer Science*, cit., 231-254; conformemente si v. anche A. Sullivan, *Virtually Normal*, cit., *passim*; B. Bower, *A Place at the Table*, cit., passim.

[78] E. Stein, *The Mismeasure of Desire,* cit., 287; D.J. West, *Supposed Origins of Homosexuality*, cit., 314, 322.

rilevanti da un punto di vista politico-costituzionale per il riconoscimento dei *gay rights*.

Non si pone qui in discussione la validità, nel merito, delle teorie scientifiche che attestano l'origine bilogica dell'orientamento sessuale; semplicemente si dubita che esse possano avere rilievo vincolante ai fini politico-giuridici. Pur assumendo per vera e valida la tesi dell'origine biologica dell'orientamento, non può ignorarsi il fatto che esistano molti aspetti di vita connessi che sono indiscutibilmente manifestazioni di volontà. Si pensi al consenso espresso al momento del rapporto sessuale omosessuale, alla partecipazione ad una parata di tendenza, all'adesione ad un circolo per sole lesbiche, alla scelta di coltivare una relazione intima con un partner dello stesso sesso. Pur ammettendosi, dunque, che l'orientamento sessuale sia determinato biologicamente o geneticamente, resta il fatto che gran parte degli aspetti cui questo si esprime sono ascrivibili alla volontà umana. Prova ne è che vi sono omosessuali che decidono di stabilire una relazione intima con una persona dello stesso sesso, mentre altri scelgono di vivere da single. Analogamente, un eterosessuale può scegliere di rimanere scapolo, o di impegnarsi sentimentalmente con una persona di sesso opposto.

Sostenere che lo Stato debba proteggere solo quegli aspetti umani biologicamente determinati, ma non quelli che conseguono a una scelta individuale, significa paradossalmente gettare dubbi sulla validità dei valori che costituiscono la base imprescindibile dei sistemi liberali e democratici, propensi, come noto, a valorizzare il ruolo dell'autonomia individuale perché coessenziale allo sviluppo della personalità umana. Non solo. Subordinare il riconoscimento dei *gay rights* alla presunta origine biologica dell'orientamento sessuale risulterebbe, assai paradossalmente, controproducente per le minoranze sessuali, perché sarebbe come asserire che chi nutre desideri sessuali nei confronti di persone dello stesso sesso non può essere discriminato limitatamente al fatto di provare tali desideri, o di avere una tale inclinazione, ma nulla impedirebbe allo Stato, nemmeno considerazioni di ordine etico, di punire condotte come i rapporti sessuali omosessuali, o di non riconoscere il matrimonio tra persone dello stesso sesso[79]. Il

[79] La persecuzione nazista contro gli omosessuali si fondò anzi sulla presunzione che l'omosessualità costituisse un carattere genetico ed ereditario, capace di

riconoscimento del diritto al diritto al libero orientamento sessuale, dunque, dipende molto di più dalla capacità di giudici e legislatori di mettere in discussione stereotipi culturali radicati, arbitrariamente richiamati per interpretare i *Bill of Rights* o per motivare le scelte politiche, che dai postulati medico-scientifici confermanti la discendenza biologica dell'orientamento sessuale. Per provare l'irragionevolezza delle affermazioni di giudici e politici volontaristi è sufficiente rifarsi ai postulati delle scienze giuridico-sociali, senza necessità di attingere argomentazioni, se non per mero supporto di contorno, da scienze mediche che ruotano attorno a principi e finalità diverse.

5.3. *Condizione personale immutabile o mutabile?*

È convinzione diffusa che innanzi alla dimostrazione medico-scientifica dell'immutabilità dell'orientamento sessuale debba conseguire l'obbligo, per lo Stato, di garantire alle minoranze sessuali la protezione da odiose forme di discriminazione e il riconoscimento delle libertà fondamentali[80]. Vi sono costituzioni che vietano espressamente trattamenti normativi differenziati in ragione di non definite condizioni personali. La costituzione italiana è fra queste, stabilendo all'art. 3, comma 1, che "[t]utti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzioni […] di condizioni personali o sociali". Altre costituzioni non fanno espressa menzione alla categoria delle condizioni personali, ma la prassi applicativa delle clausole egualitarie sembra condizionare la protezione dei gruppi vulnerabili all'idea che questi incarnino "immutable status"[81].

La scienza medica più recente è sostanzialmente concorde nel riconoscere l'immutabilità dell'orientamento sessuale. I sostenito-

---

diffondersi fra le nuove generazioni a scapito della purezza della razza ariana: si v. R. Plant, *The Pink Triangle*, cit., 122, 126-127.

[80] E. Stein, *The Mismeasure of Desire,* cit., 293.

[81] Sulla rilevanza di tale argomento nel contesto internazionale e costituzionale americano si rinvia a R. Wintemute, *Sexual orientation*, cit., *passim*; K. Yoshino, *Suspect Symbols: The Literary Argument for Heightened Scrutiny for Gays*, in 96 *Columbia Law Review* 1753-1834 (1996).

ri dell'origine genetica affermano che l'orientamento sessuale non possa essere oggetto di conversione, perché stampato nel patrimonio genetico o determinato da fattori biologici[82]. I fautori dell'origine psicologico-ambientale sono concordi nell'affermare che la direzione dei desideri sessuali sia immutabile oltre un certo stadio dello sviluppo della personalità[83]. Nemmeno in questo caso si pone qui in discussione la validità, nel merito, delle teorie scientifiche che attestano l'immutabilità dell'orientamento sessuale. Semplicemente si dubita della necessità di stabilire un'alleanza sinergica fra medici e giuristi al fine di argomentare il riconoscimento costituzionale dei gruppi sessuali più vulnerabili. La prova scientifica dell'immutabilità dell'orientamento – apparentemente persuasiva, e in ogni caso già documentata – non dove condizionare il tipo di protezione costituzionale accordato ai gruppi sessuali vulnerabili[84]. Due sono le considerazioni da farsi al riguardo.

In primo luogo, è difficile sostenere che la norma giuridica possa determinare un trattamento normativo di sfavore in ragione di un moto interno dell'animo umano, agendo direttamente sullo stato interiore della persona. Ciò vale a prescindere da considerazioni sulla mutabilità delle condizioni umane, e quindi la qualificazione della condizione nei termini d'immutabilità risulta pressoché superflua. Prova ne è il fatto che anche laddove il ceto dei politici e dei giuristi non mostri di condividere l'idea dell'immutabilità dell'orientamento sessuale, il potere pubblico abbia comunque vietato le discriminazioni fondate su moti inespressi dell'animo umano. Emblematica è la vicenda statunitense del "Don't Ask, Don't Tell", che ha affron-

---

[82] S. LeVay, *Queer Science*, cit., 231-254.

[83] D.C. Haldeman, *Sexual Orientation Conversion Therapy for Gay Men and Lesbians: A Scientific Examination*, in Aa.Vv., *Homosexuality,* J.C. Gonsiorek, J.D. Weinrich (eds.), cit.,149-160; Id., *The Practice and ethics of Sexual orientation Conversion Therapy*, in 62 (2) *Journal of Consulting and Clinical Psychology*, 221-227 (1994); C. Silverstein, *Psychological and Medical Treatment of Homosexuality*, cit., 101-114; T. Murphy, *Redirecting Sexual Orientation. Techniques and Justifications*, in 29 *Journal of Sexual Research*, 501-523 (1992).

[84] D.J. West, *Supposed Origins of Homosexuality*, cit., 321: "[s]cience cannot yet produce unequivocal answers to many of the question that exercise politicians or excite moral debate"; J.A.W. Kirsch, J.D. Weinrich, *Homosexuality, Nature, and Biology*, cit., 22.

tato la delicata questione dell'ammissibilità di omosessuali dichiarati nell'ambito delle file dell'esercito militare. Nella prima campagna elettorale del 1992, l'ex Presidente Bill Clinton annunciò pubblicamente di voler consentire anche agli omosessuali di prender servizio nell'esercito militare, rilevando che "the emphasis should always be on people's conduct, not their status". Nel luglio 1993, durante una *hearing* congressuale, Clinton confermò la *policy* di subordinare il servizio militare "upon conduct, not […] sexual orientation", intendendo escludere soltanto coloro che avessero compiuto azioni omosessuali, ed impedendo altresì agli addetti al reclutamento di chiedere informazioni relative alle inclinazioni sessuali[85]. Nel 1994, il Congresso codificò la "Don't Ask, Don't Tell Policy" disponendo che il militare in servizio dovesse lasciare l'esercito nei casi in cui: (a) "[avesse], o tent[asse] di avere, o induc[esse] altri ad avere rapporti omosessuali"[86] (cd. *act prohibition*); (b) "dichiar[asse] di essere omosessuale o bisessuale, o utilizzasse espressioni simili per definirsi"[87] (cd. *statement presumption*); (c) "[avesse] contratto o tentato di contrarre matrimonio con persona dello stesso sesso"[88] (cd. *marriage prohibition*). Ciò conferma, dunque, la tesi da cui siamo partiti, e cioè che ai fini della protezione delle mere inclinazioni

---

[85] Espressioni tratte da R.A. Psonak, *"Don't Ask, Don't tell, Don't Discharge" at Least in Europe: a Comparison of the Policies on Homosexuals in the Military in the United States*, in 33 *Connecticut Law Review*, 347 (2000).

[86] 10 U.S.C. § 654 (b)(1) (1994).

[87] 10 U.S.C. § 654 (b) (2) (1994); la medesima disposizione precisa che la *statement presumption* non opera se "there is a further finding […] that the member has demonstrated that he or she is not a person who engages in, attempts to engage in, has a propensity to engage in, or intends to engage in homosexual acts".

[88] *Ibidem*; in dottrina si v. anche J.E. Halley, *The Status/Conduct distinction in the 1993 Revision to Military Anti-Gay Policy*, in 3 (2-3) *GLQ. A Journal of Lesbian and Gay Studies*, 159-252 (1996); D.L. DeLaet, *Don't Ask, Don't tell: Where is the Protection Against Sexual Orientation Discrimination in International Human Rights Law*, in 7 *Law & Sexuality: A Review of Lesbian & Gay Legal Issue*, 31-53 (1997); G. Ross, *A "Don't Ask, Don't Tell" Update*, in *Human Rights*, Fall 1995, 27; D.S. Alter, *Confronting the Queer and Present Danger. How to use the First Amendment when dealing with issue of sexual orientation speech and military service*, in *Human Rights*, Summer 1995, 22 ss.; M.S. Cooper, *Equal protection and Sexual Orientation in Military and Security context: An analysis of Recent Federal decisions*, in 3 *Law & Sexuality: A Review of Lesbian & Gay Legal Issue,* 201-243 (1993).

sessuali dell'animo non è affatto necessario che i giudici o i politici siano persuasi dell'immutabilità, seppur scientificamente accreditata, dell'orientamento sessuale.

Seconda considerazione. Il fatto che sotto una prospettiva etica si ritenga doveroso non discriminare in ragione di una condizione immutabile non può implicare una compressione tale della portata applicativa delle clausole egualitarie, che solitamente non qualificano la natura delle condizioni personali protette, sino al punto di considerare giustificate e ragionevoli le differenziazioni che colpiscono sfavorevolmente le condotte, siccome in principio mutabili. Le condotte o le scelte personali possono subire limitazioni per la protezione d'interessi altrui o della collettività, e non per il solo fatto di costituire un aspetto mutabile della persona. L'eguaglianza è anzi primariamente finalizzata a garantire pari opportunità ai membri di gruppi socialmente vulnerabili e a garantire l'esercizio discrezionale di libertà e scelte fondamentali altrimenti precluse, nel rispetto delle differenti esigenze e peculiarità. Il diritto a non subire discriminazioni in ragione dell'inclinazione sessuale avvertita nei confronti di persone dello stesso sesso – il solo aspetto che la scienza medica correttamente definisce immutabile – è ben poca cosa se non implica anche il diritto a non subire discriminazioni nelle scelte di vita emotivo-sessuali, le quali contribuiscono significativamente all'autentico inveramento di ogni persona umana[89]. Se si riconosce che l'inclinazione sessuale costituisca una caratteristica immutabile, allora deve coerentemente accertarsi anche l'idea che le condotte umane (tramite cui si esprime concretamente l'inclinazione) è sì mutabile, ma solo al costo di grandi sacrifici personali. Gli omosessuali che decidono di stabilire una relazione intima con una persona dello stesso sesso compiono un atto volontario in un certo senso determinato dalla loro inclinazione immutabile, al pari degli eterosessuali che scelgono di impegnarsi sentimentalmente con una persona di sesso opposto. Costoro potrebbero scegliere diversa-

---

[89] In *Able v. United States,* 880 F. Supp. 968 (E.D.N. Y 1995), 88 f.3d 1280 (2d Cir. 1996), 968 F. Supp. 850 (E.D.N. Y. 1997), 155 f.3d 628 (2d Cir. 1998) la giurisprudenza federale, dopo opinioni contrastanti, ha dichiarato che l'*act prohibition* e la *statement presumption* della *Don't Ask, Don't Tell Policy* non violano né l'Equal Protection Clause né il I Emendamento cost. USA; si v. diffusamente R.A. Psonak, *"Don't Ask, Don't tell, Don't Discharge"*, cit., 354.

mente, ma andrebbero contro la loro stessa naura. Di qui l'idea che le clausole di eguaglianza debbano ragionevolmente impedire distinzioni normative fondate tanto su condizioni personali immutabili quanto su quelle difficilmente mutabili.

6. *Le prassi costituzionali di riconoscimento (o non riconoscimento) dell'orientameno sessuale*

Le considerazioni sulla natura dell'orientamento sessuale pongono ora la necessità di stabilire se, pur in assenza di riferimenti costituzionali espressi, possa supporsi la vigenza di imperativi egualitari che in vario modo salavguardino le minoranze sessuali e vietino le discriminazioni arbitrarie fondate sull'orientamento sessuale. In altre parole, occorre stabilire se la categoria dell'orientamento sessuale debba trovare una sua collocazione all'interno dell'eguaglianza, con tutte le implicazioni che ne conseguono. La tesi sin qui avanzata è che sia scorretto subordinare il riconoscimento costituzionale delle minoranze sessuali all'idea che l'orientamento costituisca una *natural human kind category*, o che questo non rappresenti l'oggetto di una scelta individuale, o, infine, che esso incarni uno *status* o una condizione personale assolutamente immutabile. È scorretto perché ciò porterebbe a negazioni di riconoscimento o, alla meglio, ad inclusioni parziali che rivelerebbero l'irragionevole limitazione della portata applicativa delle clausole egualitarie, nonché il contrasto con l'idea condivisibile di giustizia promossa dai valori di eguaglianza, dignità e libertà. È questo ciò che può ricavarsi dall'analisi delle prassi canadese, Cedu e statunitense, che rispetto al riconoscimento delle minoranze sessuali hanno mostrato approcci diversi e non privi di contraddizioni.

6.1. *Il Canada*

Il Canada è uno dei leader mondiali per la forza che esprime nella protezione costituzionale avverso le discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale e per il significativo cammino in ascesa avviato ai fini dell'assicurazione di uguali diritti ed opportunità al-

le minoranze sessuali[90]. La costituzione federale canadese[91], la Carta dei Diritti e delle Libertà (1982) e la giurisprudenza della Corte Suprema hanno rivestito un ruolo fondamentale nell'espressione di quest'atteggiamento legale, fattosi evidente a partire dall'inserimento del principio di eguaglianza all'interno della section 15(1)[92] della *Canadian Charter*[93].

---

[90] D. Herman, *The good, the bad, and the smugly: Perspectives on the Canadian charter of rights and freedoms*, in 14(4) *Oxford Journal of Law Studies,* Oxford University Press, 590-604 (1994); C. Stychin, *Essential Rights and Contested Identities: Sexual Orientation and Equality Rights Jurisprudence in Canada*, in 8 *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 49-66 (1995); D.G. Casswell, *Lesbians, Gay Men and Canadian Law*, Emond Montgomery Publications, Toronto, 1996; C. Fogo, *Cabining Freedom: a Comparative study of Lesbian and Gay Rights in the United States and Canada*, in 6 *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, 425 (1998); K.A. Lahey, *Are We "Persons" Yet? Law and Sexuality in Canada*, University of Toronto Press, Toronto-Buffalo-London, 1999; B. MacDougall, *Queer Judgements: Homosexuality, Expression and the Courts in Canada*, University of Toronto Press, Toronto, 2000; J.A. Yogis, R.R. Duplak, J.R. Trainor, *Sexual Orientation and Canadian Law: an Assesment of the Law Affecting Lesbian and gay Persons*, 1996, Emond Montgomery, Toronto, 1-153; L'Heureux-Dubé, *Realizing equality in the twentieth century: the role of the Supreme Court of Canada in comparative perspective*, in 1 *International Journal of Constitutional Law*, 35 (Jan. 2003); N. Laviolette, *The immutable refugees: sexual orientation in* Canada (A.G.) *v.* Ward, in 55(1) *University of Toronto Faculty of Law Review*, 1-41 (1997); R. Wintemute, *Sexual Orientation and the Charter: The Achievement of Formal Legal Equality (1985-2005) and Its Limits*, in 49 *McGill Law Journal*, 1143 (2004); J. Fisher, *Outlaws or In-laws?: Successes and Challenges in the Struggle for LGBT Equality*, in 49 *McGill Law Journal*, 1183 (2004).

[91] *Constitution Act 1982* (succeduto al *Constitution Act 1867*; entrambi i testi sono visionabili integralmente su http://laws.justice.gc.ca/en/const/index.html).

[92] *Canadian Charter*, cit., section 15 *Equality Rights*: "(1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability. (2) Subsection (1) does not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups including those that are disadvantaged because of race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability".

[93] In Canada il processo graduale di riconoscimento del principio di non discriminazione in base all'orientamento sessuale si è sviluppato in tre stadi (F. Rosa, *The Court's interpretation of the principle against sexual orientation discrimination prior to the entry into force of the 1982 Charter of Rights and Liberties*, in E. Ceccherini (ed.), *Sexual Orientation in Canadian Law*, Giuffrè, Milano, 2004, 57-58). Inizialmente, il legislatore federale e le Corti hanno riconosciuto il diritto personale di ciascuno a scegliere il proprio partner senza tuttavia attribuire efficacia

Il 17 aprile 1982, data dell'entrata in vigore della Carta, le parole "sexual orientation" non apparivano nella sezione 15(1) accanto a "race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability", e questo nonostante il parlamentare Svend Robinson avesse proposto alla Commissione parlamentare, il 29 gennaio dell'anno precedente, un emendamento – rigettato con 22 voti contrari e 2 a favore – per l'aggiunta di detta categoria tra i fattori di non discriminazione[94]. In quel contesto, l'allora Ministro della Giustizia Jean Chrétien aveva però ammesso la successiva possibilità di una lettura aperta e in espansione dei *grounds of discrimination* così come sanciti nella predetta sezione[95], recependo forse le avvisaglie di un periodo in fermento su cui si affacciavano la raggiunta depenalizzazione della sodomia maschile[96] e l'avvenuta codificazione di una legislazione antidiscriminatoria, nella giurisdizione del Québec[97].

Su questa scia, nel marzo 1986, in risposta al rapporto depositato il 25 ottobre 1985 dal Comitato Parlamentare dei Diritti di Eguaglianza creato dalla Camera dei Comuni, il Governo ricordava che "il Dipartimento della Giustizia [era] dell'idea che le Corti avrebbero ricompresso l'orientamento sessuale nella garanzia della sezione

---

legale alle *same-sex relationships and homosexual cohabitations*; successivamente, l'entrata in vigore nel 1982 della *Canadian Charter of Rights and Liberties* e la rettifica in corso dei *provincial Human Rights Codes* nel senso di includere il *principle against sexual orientation discrimination* hanno portato le Corti a sviluppare tale principio e ad applicarlo alle questioni legali di diritto amministrativo concernenti le coppie omosessuali; infine, la decisione della Suprema Corte nel caso *Egan v. Canada* (1995) ha generato l'interpretazione del principio di eguaglianza, di cui alla sez. 15 della Carta, nel senso di ricomprendervi la previsione del divieto di ogni tipo di discriminazione in ragione dell'orientamento sessuale.

[94] *Minutes of Proceedings and Evidence of the Special Joint Committee of the Senate and of the House of Commons on the Constitution of Canada,* 1st Sess., 32d Parl., Issue No.48, 48:20-21, 48:31-34.

[95] *Ibidem*, cit., 48, 33: "We have explained that there are other grounds of discrimination that will be defined by the courts. We wanted to have an enumeration of grounds and we do not think it should be a list that can go on forever".

[96] *Criminal Law Amendment Act*, 1968-69, Statutes of Canada 1968-69, chapter 38, section 7.

[97] *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q. 1975, chapitre C-12, section 10 (*orientation sexuelle* aggiunta nel 1977). Vale la pena sottolineare che la *Charte québécoise*, a differenza di quella canadese, trova piena applicazione tanto nelle relazioni tra Stato e cittadini – in tutti gli ambiti della sua giurisdizione – quanto in quelle tra persone sia fisiche sia giuridiche.

15 della Carta. Nel frattempo il Governo [avrebbe dovuto] prendere ogni misura necessaria al fine di assicurare che l'orientamento sessuale [divenisse] un fattore proibito di discriminazione in rapporto a tutti i settori di competenza federale"[98]. La previsione governativa si rivelò esatta.

La Suprema Corte canadese si occupò per la prima volta dell'interpretazione della section 15(1) in *Andrews v. Law Society of British Columbia*[99], riguardante la mancata concessione dell'abilitazione alla pratica forense ad un candidato britannico, dotato di tutti i requisiti richiesti ad eccezione del possesso della cittadinanza canadese. La Corte affermò che non ogni distinzione o diversità di trattamento in base a "any ground" dava luogo a "discrimination", e restrinse l'ambito d'applicazione della sez. 15(1) della Carta definendo il concetto di discriminazione come: (i) una distinzione (o una regola neutrale con un effetto simile) (ii) fondata su un *enumerated* od *analogous ground* (iii) che fosse discriminatoria in senso sostanziale[100], nel senso di costituire una violazione dell'essenziale dignità umana[101]. Pertanto, da

---

[98] Department of Justice of Canada, *Toward Equality: The Response to the Report of the Parliamentary Committee on Equality Rights* (1986), 13.

[99] *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143. Si v.: W. Black, L. Smith, *Andrews* v. *Law Society of British Columbia*, in 68 *Canadian Bar Review* 591 (1989); A.F. Bayefsky, *A Case Comment on the First Three Equality Rights Cases Under the Canadian Charter of Rights and Freedoms: Andrews, Workers' Compensation Reference, Turpin*, in 1 *Supreme Court Law Review,* (2d) 503 (1990); D.W. Elliott, *Comment on* Andrews v. Law Society of British Columbia *and section 15(1) of the "Charter": the Emperor's New Clothes?*, 35 *McGill Law Journal,* 235 (1990).

[100] *Andrews v. Law Society of British Columbia*, cit., p. 174.

[101] *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, § 51: "It may be said that the purpose of s. 15(1) is to prevent the violation of essential human dignity and freedom through the imposition of disadvantage, stereotyping, or political or social prejudice, and to promote a society in which all persons enjoy equal recognition at law as human beings or as members of Canadian society, equally capable and equally deserving of concern, respect and consideration" (§51). Si tenga a mente, tuttavia, che la conclusione di Iacobucci J. giunse al termine di un percorso argomentativo fondato sulla riflessione del valore, come precedenti in tal senso, delle *opinions* rese in altri *equality's cases* rispettivamente da Wilson J. in *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, 391, L'Heureux-Dubé J. in *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, §39), Mc Lachlin J. in *Miron v. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418, §131, e Cory e Iacobucci JJ. in *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, §67); si v. infatti *Law v. Canada*, cit., §§47, 49, 48, 50.

Andrews in avanti solo le classificazioni normative fondate su un *enumerated* od *analogous ground* possono divenire una "discrimination" lesiva della sez. 15(1) della Carta, da giustificare alla luce della sez. 1 – quest'ultima ammette le lesioni delle sole libertà costituzionali nella misura in cui esse sono sottoposte "only to such a reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society". Viceversa, le distinzioni normative fondate su fattori diversi da quelli elencati od analoghi ("other grounds") non possono assurgere a "discrimination": queste, pertanto, fuoriescono dall'ambito applicativo dell'*equality clause* e non richiedono alcuna giustificazione ai sensi della sez. 1 della Carta.

Dopo *Andrews* restava quindi da chiarire se l'orientamento sessuale potesse qualificarsi come fattore analogo di discriminazione o meno. Le Corti inferiori dell'Ontario e dell'Alberta si pronunciarono coraggiosamente nel senso di concepire il *sexual orientation* come *analogous ground of discrimination*, in riferimento alle proprie leggi sui diritti della persona – applicabili, a differenza della Carta, sia alla sfera pubblica che a quella privata –, rispettivamente nel 1992[102] e nel 1994[103]. La questione giunse poi all'attenzione della Suprema Corte nell'ambito del caso *Egan v. Canada*[104], deciso il 25 maggio del 1995.

---

[102] *Haig & Birch v. Canada,* [1992] 94 D.L.R. (4th) 1, 9 O.R. (3d) 495 (Ont. C.A.). La Corte concluse per la necessità di interpretare ed applicare l'art. 3 del *Canadian Human Rights Act*, R.S.C. 1985, chapter H-6, nel senso che l'orientamento sessuale figurasse tra i motivi di distinzione illecita. In attuazione di questa decisione, nell'aprile del 1996 venne elaborato dal Governo il *Bill C-33, An Act to amend the Canadian Human Rights Act*, proponente l'aggiunta del *sexual orientation* tra i "prohibited grounds of discrimination" della Legge canadese sui diritti della persona, il quale fu approvato ed entrò in vigore nel giugno del 1996.

[103] *Vriend v. Alberta,* [1994] 152 A.R. 1 (Q.B.). La Corte ricorse ad un'interpretazione estensiva per ricomprendere il divieto di discriminazione a motivo dell'orientamento sessuale nell'*Individual's Rights Protection Act*, R.S.A. 1980, ch. I-2, inserimento precedentemente rifiutato dal Governo – per diverse ragioni tra cui il fatto che "sexual orientation is a "marginal" ground; that human rights legislation is powerless to change public attitudes; and that there have only been a few cases of sexual orientation discrimination in employment brought to the attention of the Minister" (v.: *Vriend v. Alberta,* [1998], cit., §4) –, di contro alle continue richieste avanzate dall'Alberta Human Rights Commission.

[104] *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513. Si v.: D. Gibson, *Analogous Grounds of Discrimination Under the Canadian Charter: Too Much Ado About Next to Nothing*, 29 *Alberta Law Review* 772 (1991).

In *Egan* il collegio si espresse a maggioranza per il riconoscimento dell'orientamento sessuale tra gli *analogous grounds* riconducibili alla sez. 15(1) della Carta, e le argomentazioni avanzate al riguardo confermano l'idea condivisibile che il riconoscimento costituzionale delle minoranze sessuali non debba essere subordinato alla prospettazione dell'orientamento sessuale nei termini ristretti di una categoria umana biologico-naturale, o di mera inclinazione personale assolutamente immutabile. "L'orientamento sessuale" – afferma la Corte "è analogo ai fattori di discriminazione enumerati alla sez. 15(1). Le storiche discriminazioni sofferte in passato dalle persone omosessuali sono state ampiamente riconosciute e documentate. L'orientamento sessuale è più di una semplice condizione che un individuo incarna: è qualcosa che si esprime nella condotta di un individuo tramite la scelta di un partner. Allo stesso modo in cui la Carta protegge le convinzioni religiose e la pratica religiosa come aspetti della libertà religiosa, allo stessa stregua dove riconoscersi che l'orientamento sessuale comprende aspetti di '*status*' e di 'condotta', e che entrambi devono ricevere protezione"[105].

Due furono i differenti ordini di motivi che portarono la Corte a seguire detta linea interpretativa. Condivisibile è la linea seguita da Peter Cory e Frank Iacobucci JJ – dando voce al parere di un gruppo formato da cinque giudici – i quali posero l'accento sulla condizione personale e sociale caratterizzante gli omosessuali come gruppo, senza timore di dover ulteriormente qualificare questo *status*: "gli omosessuali formano una minoranza identificabile che ha sofferto e continua a soffrire svantaggi sociali, politici ed economici"[106]. Apprezzabile, poi, è anche l'opinione del giudice Gérard La Forest – espressa unitamente ad altri quattro – in base alla quale "sia o no l'orientamento sesuale fondato su fattori biologici o psicologici, questione in realtà ancora controversa, questa è una radicata caratteristica personale che può essere tanto immutabile quanto mutabile solo a costo di inaccettabili sacrifici personali"[107]. L'opinione conferma come l'uguaglianza canadese debba coprire sia le caratteristiche

---

[105] *Egan v. Canada*, cit., p. 518 (Cory e Iacobucci JJ. *dissenting*).
[106] *Egan v. Canada*, cit., p. 602.
[107] *Egan v. Canada*, cit., p. 528.

personali *unchangeable* sia quelle *changeable only at unacceptable personal costs* che, a rigore, appartengono alla categoria dei tratti umani mutabili. Pregevole, poi, il fatto che La Forest intuisca il doppio livello d'indagine intorno all'orientamento sessuale, ma lasci intendere la necessità di interpretare la costituzione secondo schemi autonomi rispetto a quelli utilizzati dalla scienza medica.

Il 2 aprile 1998, raccogliendo l'eredità dei precedenti giudizi condotti sul caso *Vriend*[108], la Corte Suprema concluse che l'omesso inserimento dell'orientamento sessuale tra i motivi di distinzione illeciti dell'*Individual's Rights Protection Act* costituiva una negazione dei diritti di libertà di fronte alla legge. Essa potè affermare questo, forte della consapevolezza – acquisita a seguito di *Egan* – che l'orientamento sessuale "è un fattore analogo alle altre caratteristiche personali elencate nella sez. 15(1)"[109] – poiché, come precisò meglio M.me L'Heureu-Dubé, riprendendo la dimostrazione fatta da McLachlin J. in *Miron v. Trudel*, "un indicatore di un fattore analogo può essere il fatto che il gruppo colpito abbia storicamente sofferto svantaggi […]. Un altro può essere il fatto che il gruppo costituisca una "discrete and insular minority". Un altro è che si tratti di una distinzione fondata su una caratteristica personale"[110]. Sul tracciato di *Egan* e *Vriend*, tutte le successive pronunce della Corte Suprema sono state fondate sul dato, ormai acquisito, dell'inserimento del *sexual orientation* tra gli *analogous grounds of prohibited discrimination*[111].

6.2. *La CEDU*

Va anzitutto rilevato che, nella posizione tenuta per lungo tempo della Corte europea sino a *Salgueiro*[112], l'art. 14 CEDU sul divieto di discriminazione non godeva d'esistenza autonoma, ma poteva essere applicato solo in presenza di una contestuale violazione di uno dei di-

---

108 *Vriend v. Alberta,* [1998] 1 R.C.S. 493.
109 *Vriend v. Alberta,* cit., §90 (Cory J. *opinion*).
110 *Vriend v. Alberta,* cit., §186.
111 Cfr. anche *M. v. H.,* [1999] 2 R.C.S. 3, §64.
112 *Salgueiro da Silva Mouta* v. *Portugal*, App. No. 33290/96 (21/12/1999).

ritti o delle libertà fondamentali previsti dalla Convenzione. Il principio di non discriminazione non rilevava dunque anche come diritto "autonomo e indipendente, poiché [aveva] effetto solamente rispetto ai diritti e alle libertà garantite dai disposti della Convenzione"[113]. Tale imperativo era desunto direttamente dal tenore dell'art. 14 CEDU, giacché stabilisce che *"[i]l godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione* deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita o ogni altra condizione"[114].

La Corte europea dei diritti dell'uomo ha affrontato i primi casi di discriminazione fondati sull'orientamento sessuale facendo ripetuto riferimento all'applicazione combinata degli art. 14 e 8 CEDU ("diritto al rispetto della vita privata e familiare")[115]. L'art. 8 CEDU rappresenta una fattispecie ampia che protegge una vasta congerie di situazioni. Esso si applica, però, in presenza di una delle quattro situazioni descritte nel primo comma, a cui si indirizza la tutela giuridica: vita privata, vita familiare, domicilio e corrispondenza. Sebbene la Convenzione sia piuttosto dinamica e dovrebbe essere interpretata alla luce delle circostanze vigenti, la Corte europea è sempre stata cosciente della sua posizione di Corte internazionale e del pericolo di decisioni che precorressero i tempi; per questo, per più di vent'anni, ha negato che la criminalizzazione degli atti sessuali compiuti fra adulti consenzienti dello stesso sesso fosse contraria all'art. 8 e quindi lesiva della riservatezza della *vita privata* dei soggetti[116].

---

[113] *Inze* v. *Austria*, App. No. 8695/79 (28/10/1987), § 36.

[114] Corsivo aggiunto.

[115] Art. 8 CEDU – Diritto al rispetto della vita privata e familiare: "1. Ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza. 2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria per la sicurezza nazionale, per la pubblica sicurezza, per il benessere economico del paese, per la difesa dell'ordine e per la prevenzione dei reati, per la protezione della salute o della morale, o per la protezione dei diritti e delle libertà altrui".

[116] Dal 1955 al 1977, i ricorsi aventi ad oggetto la proibizione di ogni attività sessuale consensuale tra uomini furono ripetutamente dichiarati "manifestly ill-

In tutti i casi, la conclusione espressa fu sempre la stessa, nota anche altrove: la Convenzione consente agli Stati contraenti di punire l'omosessualità giacché il diritto al rispetto della vita privata può, in una società democratica, subire limitazioni legislative ai fini della protezione della salute e della moralità.

Solamente con *Dudgeon*[117] (1981), prima, e con *Norris*[118] (1988) e *Modinos*[119] (1993), poi, la Corte di Strasburgo ha censurato le *sodomy laws* irlandesi (di Irlanda del Nord e Repubblica di Irlanda) e cipriota, ritenendo che la penalizzazione degli atti omosessuali commessi in privato tra adulti consenzienti, per la sua ampiezza ed assolutezza, sottoponesse costantemente gli individui coinvolti ad un *ingiustificato sacrificio* del rispetto delle *scelte* più intime della vita privata[120]. Più recentemente, la Corte europea ha stabilito che la garanzia offerta dall'art. 8 tutela le persone omosessuali dal licenziamento fondato sull'orientamento sessuale, quale *innata caratteristica personale* (indipendente da alcuna condotta erotica) oggetto di forte e persistente pregiudizio, nonché causa di difficoltà operativa sul luogo di lavo-

---

founded under article 27(2)" dalla Commissione: *X v. Germany* (App. No. 104/55) (1955); *X v. Germany* (App. No. 167/56) (1956); *X v. Germany* (App. No. 261/57) (1957); *X v. Germany* (App. No. 530/59) (1960); *X v. Germany* (App. No. 600/59) (2 Aprile 1960); *X v. Germany* (App. No. 704/60) (1960); *X v. Austria* (App. No. 1138/61) (1963); *X v. Germany* (App. No. 1307/61) (1962); *X v. Germany* (App. No. 2566/65) (1967); *X v. the United Kingdom* (App. No.7215/75) (1977); *X v. R.F.A.* (App. No.5935/72) (1975).

[117] *Dudgeon v. United Kingdom*, App. N. 7525/76 (22/10/1981).

[118] *Norris v. Ireland*, App. N. 10581/83 (26/10/1988).

[119] *Modinos v. Cyprus*, App. N. 15070/89 (22/04/1993).

[120] *Dudgeon v. United Kingdom*, cit., § 41.Tuttavia, nella sentenza *Laskey, Jaggard and Brown v. the United Kingdom*, App. no. 21627/93, 21826/93, 21974/93, (19 febbraio 1997), §50, la Corte europea ha definito le pratiche omosessuali sadomasochiste suscettibili di giustificare l'ingerenza (*i.e.* sanzionamento penale) dello Stato in quanto "necessary in a democratic society for the protection of health within the meaning of Article 8 para. 2 of the Convention". Da tale decisione sembra doversi trarre l'insegnamento che "il diritto alla piena autonomia dei singoli avviene pur sempre intendendo l'individuo, aristotelicamente, quale membro della società, e che come tale deve dimensionare la propria autonomia e realizzazione della propria personalità entro il complesso sistema del consorzio umano" (P. Pallaro, *I diritti degli omosessuali nella Convenzione europea per i diritti umani e nel diritto comunitario*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 2000, 1, 111 nota 17).

ro: in *Lustig-Prean* e *Smith*[121] (1999), la Corte ha reputato illegittime, in quanto contrarie alla protezione della vita privata, le invasive indagini preliminari condotte sui gusti sessuali dei militari inglesi, nonché il loro successivo esonero dai ranghi delle forze armate e della marina, una volta appreso il fatto della loro omosessualità[122].

Rispetto al divieto di discriminazione sancito all'art. 14 CEDU, tuttavia, deve sottolinearsi una tendenza fondamentale inaugurata da *Salgueiro da Silva Mouta* v. *Portugal*, divenuta definitiva il 21 marzo 2000. La citata decisione ha infatti segnato un importante superamento della pregressa visione giurisprudenziale dell'art. 14 poiché, per la prima volta, la Corte europea, riconoscendo la differenza di trattamento adoperata tra il padre (omosessuale) e la madre, separati, ai fini dell'affidamento in custodia della figlia, ha inteso l'orientamento sessuale come motivo di discriminazione vietata ricompreso nella lista aperta dell'art. 14 CEDU[123]. In un futuro piuttosto immediato, un altro strumento permetterà di contrastare meglio ogni forma di discriminazione: si tratta del Protocollo n. 12 alla Convenzione[124]. L'art. 1 del Protocollo stabilisce che il godimento di

---

[121] *Lustig-Prean & Beckett v. the United Kingdom*, App. no. 31417/96 e 32377/96 (27/09/1999); *Smith & Grady v. the United Kingdom*, App. no. 33985/96 e 33986/96 (27/09/1999).

[122] *Lustig-Prean & Beckett v. the United Kingdom*, cit., §64 ("[i]n these circumstances, the Court is of the view that the investigations by the military police into the applicants' homosexuality, which included detailed interviews with each of them and with third parties on matters relating to their sexual orientation and practices, together with the preparation of a final report for the armed forces' authorities on the investigations, constituted a direct interference with the applicants' right to respect for their private lives. Their consequent administrative discharge on the sole ground of their sexual orientation also constituted an interference with that right"); *Smith & Grady v. the United Kingdom*, cit., §111 ("[i]n sum, the Court finds that neither the investigations conducted into the applicants' sexual orientation, nor their discharge on the grounds of their homosexuality in pursuance of the Ministry of Defence policy, were justified under Article 8 § 2 of the Convention").

[123] *Salgueiro Da Silva Mouta v. Portugal*, cit., §28: "[t]he Court is accordingly forced to conclude that there was a difference of treatment between the applicant and M.'s mother which was based on the applicant's sexual orientation, a concept which is undoubtedly covered by Article 14 of the Convention. The Court reiterates in that connection that the list set out in that provision is illustrative and not exhaustive, as is shown by the words 'any ground such as'".

[124] *Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, CETS No.: 177, Rome, 4/11/2000.

ogni diritto riconosciuto dalla legge (e dunque non solo di quelli tutelati dalla Convenzione) deve essere garantito in via generale, senza che venga fatta discriminazione di alcun tipo[125], comprese – dopo *Salgueiro* – anche quelle a motivo dell'orientamento sessuale.

6.3. *Gli Stati Uniti*

Dai contorni meno definiti e tuttora incompiuta è la prassi egualitaria statunitense di riconoscimento delle minoranze sessuali.

Si è già visto come la Corte Suprema degli Stati Uniti abbia interpretato l'*Equal Protection Clause* del XIV Emendamento nel senso di implicare standard di giudizio differenziati secondo il tipo di *class* o *classification* in questione, sì che alcuni gruppi considerati classi sospette ricevono forte protezione giudiziaria contro le leggi discriminatorie, ed altri, siccome classi quasi-sospette o non sospette, ottengono un livello intermedio o minimo di tutela. In ogni caso, qualunque sia la classificazione utilizzata, le *discriminatory laws* possono essere tollerate solo se poggianti su basi razionali, perché occorre dimostrare che la classificazione normativa è finalizzata al perseguimento di peculiari interessi pubblici[126].

La razza[127], l'origine nazionale[128] e la condizione di stranieri[129] sono considerate classificazione sospetta; in più, il sesso[130], il *marital*

---

[125] *Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, cit., Article 1 – General prohibition of discrimination: "1. The enjoyment of any right set forth by law shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status. 2. No one shall be discriminated against by any public authority on any ground such as those mentioned in paragraph 1".

[126] M.K. Curtis, *No State Shall Abridge: The Fourteenth Amendment and the Bill of Rights*, Duke University Press, Durham, N. C., 1986; W.E. Nelson, *The Fourteenth Amendment: From Political Principle to Judicial Doctrine*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 1988.

[127] *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967), 11.

[128] *Toyosaburo Korematsu* v. *United States*, 323 U.S. 214 (1944), 216.

[129] *Graham v. Richardson*, 403 U.S. 365 (1971), 371-372.

[130] *Mississippi University for Women v. Hogan*, 458 U.S. 718 (1982); *J.E.B. v. Alabama ex rel. T.B.*, 128 L Ed 2d 89, 114 S Ct 1419 (1994); *Frontiero v. Rich-*

status dei genitori[131] e lo *status* illegale d'immigrato di un bambino[132] sono ritenuti una classificazione quasi-sospetta. Non sono invece sottoponibili a scrutinio stretto o intermedio il reddito di una persona[133], l'età[134], l'inabilità mentale[135] e il legame di parentela[136]. Dinanzi a siffatto sistema è essenziale comprendere perché, nella prospettiva della Corte Suprema, certi gruppi soltanto possano essere ascritti alle gerarchie più protette. Perché le donne possono ricevere una protezione maggiore di quella accordata agli anziani? Perché i figli illegittimi e i loro genitori sono più protetti di gay e lesbiche?

Il "sistema di classi" discendente dall'*Equal Protection Clause* deve le sue origini alla famosa nota 4 apposta dal giudice Stone in margine alla sentenza *United States v. Carolene Products Co.*, nella quale si sottolineò la necessità di un controllo più pregnante nei confronti della legislazione penalizzante le impopolari "discrete and insular minorities"[137]. In quel caso Stone rilevò come il pregiudizio nutrito dalla maggioranza verso le minoranze impopolari influisse sul processo politico, e come per converso la Corte avrebbe dovuto sviluppare un controllo di costituzionalità particolarmente attento all'eguale protezione di questi gruppi minoritari. La giurisprudenza successiva a *Carolene* è risutata sensibile ai moniti di Stone.

Oggi sembra potersi ritenere che gli individui sfavoriti da una classificazione sospetta vadano intesi come coloro che incarnano cumulativamente le seguenti condizioni: (1) inferimento a loro danno, nel corso della storia, di un diverso trattamento intenzionale[138] (cd. "discriminazione legislativa"), (2) imposizione di uno stigma che so-

---

ardson, 411 U.S. 677 (1973), 688 dove la maggioranza ha espressamente chiarito che "that classifications based upon sex, like classifications based upon race, alienage, or national origin, are inherently suspect, and must therefore be subjected to strict judicial scrutiny".

[131] *Mills v. Habluetzel*, 456 U.S. 91 (1982).

[132] *Plyler v. Doe*, 457 U.S. 202 (1982).

[133] *San Antonio Independent School District v. Rodriguez*, 411 U.S. 1 (1973).

[134] *Massachusetts Board of Retirement v. Murgia*, 427 U.S. 307 (1973).

[135] *City of Cleburne v. Cleburne Living Center Inc.*, 473 U.S. 432 (1985).

[136] *Lyng v. Castillo*, 477 U.S. 635 (1986).

[137] *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938), 152 n. 4.

[138] *Lyng v. Castillo*, cit., 638; *City of Cleburne v. Cleburne Living Center Inc.*, cit., 441; *Massachusetts Board of Retirement v. Murgia*, cit., 313; *San Antonio In-*

cialmente li dipinge come esseri inferiori[139] (*ergo* violazione della dignità umana), (3) destinazione di pregiudizio ed ostilità particolarmente diffusi nei loro riguardi[140], (4) gravamento di concezioni stereotipate demolitrici delle loro abilità[141], (5) identificazione come "minoranza distinta e isolata" per la loro limitata capacità di partecipare al processo politico[142] e (6) attacco ad una loro caratteristica personale immutabile (spesso visibile)[143], (7) irrilevanza della caratteristica personale immutabile nella considerazione delle capacità dell'individuo di contribuire alla società ed a qualsiasi legittimo obiettivo pubblico[144].

La Corte Suprema non ha mai chiaramente definito la portata della distinzione tra classificazioni sospette e quasi-sospette, ma sembra che mentre le prime debbano sempre essere evitate dal legislatore – ossia quasi sempre evitate se non in presenza di circostanze impellenti (*compelling state interests*) –, le seconde debbano essere generalmente evitate ma possano divenire occasionalmente richia-

---

dependent School District v. Rodriguez, cit., 28; *Frontiero v. Richardson*, cit., 684-685.

[139] *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265, (1978), 357-358: "[n]or has anyone suggested that the University's purposes contravene the cardinal principle that racial classifications that stigmatize – because they are drawn on the presumption that one race is inferior to another or because they put the weight of government behind racial hatred and separatism – are invalid without more"; K. Karst, *Foreword: Equal Citizenship Under the Fourteenth Amendment*, in 91 *Harvard Law Review*, 23-24 (1977).

[140] V.: *City of Cleburne v. Cleburne Living Center Inc.*, cit., 440, 442-443; *Plyler v. Doe*, cit., 216 n. 14; *San Antonio Independent School District v. Rodriguez*, cit., 105 (Marshall J. *dissenting*).

[141] *Mississippi University for Women v. Hogan*, cit., 725; *Massachusetts Board of Retirement v. Murgia*, cit., 313; M.C. Nussbaum, *Giustizia sociale e dignità umana. Da individui a persone*, Il Mulino, Bologna, 2002, 82.

[142] *Lyng v. Castillo*, cit., 638; *City of Cleburne v. Cleburne Living Center Inc.*, cit., 445; *Plyler v. Doe*, cit., 216 n. 14; *Massachusetts Board of Retirement v. Murgia*, cit., 313; *San Antonio Independent School District v. Rodriguez*, cit., 28; *Frontiero v. Richardson*, cit., 686 n. 17; *Graham v. Richardson*, cit., 372; *United States v. Carolene Products Co.*, cit., 152 n. 4.

[143] *Lyng v. Castillo*, cit., 638; *City of Cleburne v. Cleburne Living Center Inc.*, cit., 442 n. 10; *Plyler v. Doe*, cit., 216 n. 14; *Frontiero v. Richardson*, cit., 686; *Parham v. Hughes*, 441 U.S. 347 (1979), 351; *Mathews v. Lucas*, 427 U.S. 495 (1976), 505-506.

[144] *City of Cleburne v. Cleburne Living Center Inc.*, cit., 442; *Frontiero v. Richardson*, cit., 686; *Mathews v. Lucas*, cit., 505.

mate a fronte di uno scopo pubblico legittimo. I primi cinque criteri finirebbero per designare i candidati allo *status* di classe sospetta, in quanto soggetti sufficientemente privati di un accesso ai rimedi politici e per i quali l'ordinamento giudiziario dovrebbe intervenire. Gli ultimi due criteri, poi, fonderebbero una presunzione legale contro la validità della classificazione che causa il danno del trattamento differenziato sulla base di una caratteristica personale immutabile irrilevante ai fini del trattamento normativo[145].

Il problema qui centrale è dunque stabilire se i criteri suggeriti dalla Corte Suprema siano applicabili anche alle classificazioni fondate sull'orientamento sessuale[146]. È ormai pacifico che l'orientamento sessuale soddisfi i primi quattro criteri elencati poiché la storia di un trattamento intenzionale diseguale, dell'imposizione di uno stigma, del pregiudizio/ostilità, e delle concezioni stereotipate riguardo gay, lesbiche e bisessuali è facilmente dimostrabile[147]. Sotto questi profili, dunque, l'uso dell'orientamento sessuale come ele-

---

[145] R. Wintemute, *Sexual Orientation and Human Rights. The United States Constitution, the European Convention, and the Canadian Charter*, Clarendon Press, Oxford, 1995, 63-64.

[146] Del problema, si sono occupati giuristi come E. Chaitin, R. Lefcourt, *Is Gay Suspect?*, in 8 *Lincoln Law Review*, 24 (1973); H. Miller, *An Argument for the Application of Equal Protection Heightened Scrutiny to Classifications Based on Homosexuality*, in 57 *Southern California Law Review*, 797 (1984); M. Strasser, *Suspect Classes and Suspect Classifications: On Discriminating, Unwittingly or Otherwise*, in 64 *Temple Law Review* 937 (1991); E. Roberts, *Heightened Scrutiny Under the Equal Protection Clause: A Remedy To Discrimination Based on Sexual Orientation*, in 42 *Drake Law Review*, 485 (1993); E. Gerstmann, *The Constitutional Underclass. Gay, Lesbians, and the Failure of Class-Based Equal Protection*, cit.; T.L. Binns, *Gay Rights: Are There Constitutional Protections of Suspect Classifications?*, in XULAneXUS, 2001-2002, 1, su http://www.xula.edu/xulanexus/issue1/Binns.html.

[147] R. Wintemute, *Sexual Orientation and Human Rights*, cit., 64; *Rowland v. Mad River School District, Montgomery County, Ohio*, 470 U.S. 1009 (1985), 1014: "homosexuals constitute a significant and insular minority of this country's population. Because of the immediate and severe opprobrium often manifested against homosexuals once so identified publicly, members of this group are particularly powerless to pursue their rights openly in the political arena. Moreover, homosexuals have historically been the object of pernicious and sustained hostility, and it is fair to say that discrimination against homosexuals is 'likely… to reflect deep-seated prejudice rather than… rationality'. State action taken against members of such groups based simply on their status as members of the group traditionally has been subjected to strict, or at least heightened, scrutiny by this Court".

mento di classificazione implicherebbe per le corti il dovere di giudicare la legittimità del trattamento normativo in questione in base allo *strict scrutiny*. Controversa, però, è l'aplicazione dei restanti criteri alle minoranze sessuali. Si è spesso negato che a queste manchi sufficiente potere politico per influire sul processo legislativo, oppure si è argomentato che il danno cagionato da una classificazione fondata sull'orientamento sessuale sia giustificabile in virtù del fatto che, così operando, la differenziazione normativa non colpisce una caratteristica personale a rigore immutabile. Su questi ultimi rilievi, dunque, è necessario spendere più parole.

Che spesso alle minoranze sessuali manchi sufficiente potere politico per incidere sul processo democratico maggioritario è un dato di fatto; infatti, molte iniziative adottate volutamente a detrimento delle minoranze sessuali sono state combattute tramite il ricorso agli organi giudiziari, essendo troppo debole il loro potere d'opposizione nell'ambito dell'arena politica. Fra i tanti casi d'iniziativa antiomosessuale[148], è sicuramente emblematico il caso dell'approvazione referendaria dell'Emendamento 2 della costituzione del Colorado, volto ad assicurare "[n]o protected status based on homosexual, lesbian or bisexual orientation"[149]. L'Emendamento 2, in ossequio al

---

[148] Sulla natura e sulla diffusione delle iniziative apertamente discriminatorie in ragione dell'orientamento sessuale si veda S. Shaw, *No longer a Sleeping Giant: The Re-Awakening of Religious Conservatives in American Politics*, in Aa.Vv., *Anti-gay Rights. Assessing Voter Initiatives*, S.L. Witt, S. McCorkle (eds.), Praeger, Westport-London, 1997, 7-17; D. Douglass, *Taking the initiative: Anti-Homosexual Propaganda of the Oregon Citizen's Aliance*, in Aa.Vv., *Anti-gay Rights*, S.L. Witt, S. McCorkle (eds.), cit., 18-32; D. Levin, *The Constitution as Rhetorical Symbol in western Anti-gay Rights initiative: The Case of Idaho*, in Aa.Vv., *Anti-gay Rights*, S.L. Witt, S. McCorkle (eds.), cit., 33-50; R.R. Smith, *Secular Anti-Gay Advocacy in the Springfield, Missouri, Bias Crime Ordinance debate*, in Aa.Vv., *Anti-gay Rights*, S.L. Witt, S. McCorkle (eds.), cit., 95-106; S.L. Witt, L.R. Alm, *The Correlates of Tolerance: Analyzing the Statewide Votes on Anti-gay Initiatives*, in Aa.Vv., *Anti-gay Rights*, cit., 127-132.

[149] L'*Amendment 2* era stato approvato in via referendaria il 3 novembre 1992 con il 53.4% dei voti a favore, ed aveva annullato gli interventi normativi antidiscriminatori varati, in riferimento a lavoro, istruzione ed abitazione, dalle città di Aspen, Denver e Boulder (*Aspen Municipal Code 13-98 (1977)*; *Denver Rev. Municipal Code, Art. IV 28-91 to 28-116 (1991)*; *Boulder Rev. Code 12-1-1 to 12-1-11 (1987)*). Immediate le reazioni degli attivisti gay i quali, il 15 gennaio 1993, ottennero con successo una *preliminary injunction* da parte del giudice Bayless del-

quale "nè lo Stato del Colorado tramite i suoi organi o dipartimenti, nè alcuna delle sue agenzie, suddivisioni politiche, municipalità o distretti scolastici, [avrebbero potuto] approvare, adottare o applicare clausole, regolamenti, ordinanze o prassi amministrative in cui l'orientamento omosessuale, lesbico o bisessuale [costituisse] o in ogni modo [fondasse], o [attribuisse] il diritto di ogni persona o classe di persone a rivendicare protezioni accordate alle minoranze, sistemi di quote preferenziali, il diritto a essere protetti o a non subire discriminazioni" è stato dichiarato incostituzionale dalla Corte Suprema il 20 maggio 1996, in *Romer v. Evans*[150].

---

la *District Court for the City and County of Denver* (1993 WL 19678 (Colo. Dist. Ct. 1993)), volta ad impedire l'inserimento dell'emendamento nella Costituzione, in ragione della sua possibile incostituzionalità e del danno irreparabile derivante dalla sua attuazione. A fronte dell'appello dello Stato, il 19 luglio 1993 la Corte Suprema del Colorado (854 P. 2d 1270 (Colo. 1993); *Evans I*) confermò l'*interim injunction* contro l'emendamento, e lo rinviò alla Corte Distrettuale perché venisse sottoposto a *strict scrutiny* in riferimento al XIV Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti, poiché violava l'*equal protection clause* nella misura in cui negava a gay e lesbiche il diritto fondamentale di partecipare al processo politico. Bayless J. ritenne che l'emendamento fallisse il test e lo dichiarò incostituzionale il 14 dicembre dello stesso anno (882 P. 2d 1335 (Colo. 1994); *Evans II*). Lo Stato del Colorado si appellò prima alla Corte Suprema statale (ma perse, l'11 ottobre 1994) e poi alla Suprema Corte degli Stati Uniti.

[150] *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 (1996). Sull'argomento si v.: S.P. O'Rourke, L.K. Lee Dellinger, *Romer v. Evans: The Centerpiece of the American Gay Rights Debate*, in Aa.Vv., *Anti-gay Rights*, S.L. Witt, S. McCorkle (eds.), cit., 133-140; C.L. Smith, *Undo Two: An Essay Regarding Colorado's Anti-Lesbian and Gay Amendment 2*, in 32 *Washburn Law Journal*, 367 (1993); S. Zamansky, *Colorado's Amendment 2 and Homosexual's Right to Equal Protection of the Law*, in 35 *Boston College Law Review*, 221 (1993); A. Leonard, *Courts Reject Voter Initiatives to Ban Laws That Protect Gays*, in 3(2) *Employment Testing: Law and Policy Reporter*, 24-31, 35 (February 1994); E. Wolfson, M.F. Melcher, *The Supreme Court's Decision in* Romer v. Evans *and Its Implications for the Defense of Marriage Act*, in 16 *Quinnipiac Law Review*, 217 (1996); A.M. Kimball, *"Romer v. Evans" and Colorado's Amendment 2: The Gay Movement's Symbolic Victory In The Battle For Civil Rights*, in 28 *University of Toledo Law Review*, 219 (Fall 1996); W.E. Adams, *Can We Relax Now? An Essay About Ballot Measures and Lesbian, Gay and Bisexual Rights after* Romer v. Evans, in 2(2) *The National Journal of Sexual Orientation Law*, 188 (1996); M.A. Fayer, Bowers v. Hardwick, Romer v. Evans, *and the Meaning of Anti-Discrimination Legislation*, in 2(2) *The National Journal of Sexual Orientation Law*, 207 (1996); A. Koppelman, Romer v. Evans *and Invidious Intent*, in 6 *William and Mary Bill of Rights Journal*, 89 (1997); A.L. Estin, *When "Baehr" meets "Romer": family law issues after Amendment 2*, in 68 *University of Colorado Law Review*, 349 (1997); S.A. Marcosson, *"Romer" and the limits of*

Sei giudici contro tre – Scalia, Rehnquist, Thomas JJ. – hanno sostenuto l'incostituzionalità del "pro-discrimination amendment" perché in tal modo si sarebbe creata, a detrimento delle minoranze sessuali, una classificazione arbitraria non ragionevolmente collegata alla tutela di un interesse statale legittimo: "l'Emendamento 2 classifica gli omosessuali non per promuovere un appropriato fine legislativo ma per renderli ineguali a ogni altra persona. Il Colorado non può farlo. Uno Stato non può considerare una classe di persone come estranei alle sue leggi. L'Emendamento 2 lede l'Equal Protection Clause"[151] della costituzione federale. Nell'affermare ciò la Corte non ha tenuto conto dell'allora contestato precedente *Hardwick* – oggi non più vincolante grazie a *Lawrence* –, tanto da indurre il giudice Scalia a dissentire dalla maggioranza perché in aperta contraddizione con la *ratio decidendi* del *sodomy case* deciso dieci anni prima – contraddizione evidente nel fatto che il XIV Emendamento aveva permesso in *Hardwick* di criminalizzare la sodomia in quanto immorale, ma al tempo stesso consentiva per l'opinione di maggioranza in *Romer* di includere i soggetti omosessuali tra i destinatari di una legislazione antidiscriminatoria[152].

Romer, pur nella sua importanza, non ha riconosciuto le minoranze sessuali come categoria soggettiva sospetta o quasi-sospetta[153], anche se può dirsi, forse, premessa verso quel risultato. In aggiunta ai tre livelli di giudizio discendenti dall'*Equal Protection Clause* – lo *strict scrutiny* per le classificazioni sospette, l'*heightened scrutiny* per quelle quasi-sospette, il *rational basis test* per tutte le altre –, *Romer* crea ed applica un test di costituzionalità sì razionale – e quindi me-

---

legitimacy: stripping opponents of gay and lesbian rights of their "first line of defense" in the same-sex marriage fight, in 24 *Journal of Contemporary Law*, 217 (1998); D. Carpenter, *A Conservative Defense of "Romer v. Evans"*, in 76(2) *Indiana Law Journal*, 403 (Spring 2001).

[151] *Romer v. Evans*, (1996), cit., 13.

[152] *Ibidem,* 9 (Scalia J. dissenting): "[s]urely that is the only sort of "animus" at issue here: moral disapproval of homosexual conduct, the same sort of moral disapproval that produced the centuries-old criminal laws that we held constitutional in Bowers".

[153] *Romer v. Evans*, 882 P. 2d 1335 (Colo. 1994), p. C-18 *Colorado's certiorari petition*: "[h]omosexuals fail to meet the element of political powerlessness and therefore fail to meet the elements to be found a suspect class".

no pregnante rispetto agli altri due – ma rinforzato. Kevin Lewis definisce il controllo di costituzionalità individuato da *Romer* nei termini di *rational basis test with bite*: questo implica che "sebbene la corte affermi a parole di utilizzare il *rational basis test*, nella sostanza applichi meccanismi di controllo più penetranti e le leggi impugnate siano annullate dopo un più attento esame dei loro scopi ed effetti"[154]. Stando a *Romer*, appunto, il solo desiderio di danneggiare un gruppo politicamente impopolare non può costituire un legittimo interesse statale ai fini del *rational basis test*. Il *rational basis test* rinforzato è applicato principalmente, se non esclusivamente, in casi in cui la classificazione normativa discrimini arbitrariamente una particolare minoranza in assenza di legittime finalità pubbliche correlate. O'Connor J. nota correttamente nella sua opinione concorrente in *Lawrence* – sentenza che, siccome fondata dalla maggioranza dei giudici sulla *Due Process Clause*, non travolge in alcun modo la *ratio decidendi* di *Romer*[155] – che "quando una legge mostra un particolare desiderio a danneggiare un gruppo politicamente impopolare, i giudici hanno applicato una forma più penetrante di *rational basis review* al fine di invalidare tali leggi in base all'*Equal Protection Clause*"[156].

È sempre a *Romer* che la Corte Suprema fa riferimento in *Equality Foundation of Greater Cincinnati, Inc. v. City of Cincinnati*[157] ammettendo il *certiorari* dell'omonima decisione della Corte distrettuale federale dell'Ohio (9 agosto 1994)[158], decisione che a sua vol-

---

[154] K.H. Lewis, *Equal Protection after "Romer v. Evans": Implications for the Defense of Marriage Act and Other Laws*, 49 *Hastings L.J.,* 175 (1997), 180.

[155] A. Butcher, *Selective constitutional analysis in Lawrence v. Texas: an exercise in judicial restraint or willingness to reconsider equal protection classification for homosexuals?*, in 41 *Hous. L. Rev.*, 1407 (2004); J.B. Smith, *The flows of rational basis with bite: why the Supreme Court should acknowledge its application of heightened scrutiny to classifications based on sexual orientation*, in 73 *Fordham L. Rev.*, 267 (2005); S.A. Blazier, *The irrational use of rational basis review in Lawrence v. Texas: implications for our society*, in 26 *Campbell L. Rev.,* 21 (2004); M.O. McGowan, *From outlaws to ingroup:* Romer, Lawrence, *and the inevitable normativity of group recognition*, in 88 *Minn. L. Rev.*, 1312 (2004).

[156] *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003), 580 (O'Connor *concurring*).

[157] *Equality Foundation of Greater Cincinnati, Inc. v. City of Cincinnati*, 116 S.Ct. 2519 (1996)

[158] *Equality Foundation of Greater Cincinnati, Inc. v. City of Cincinnati*, 860 F. Supp. 417 (S.D. Ohio 1994), *rev'd*, 54 F.3d 261 (6th Cir. 1995). Sul caso, si v.:

ta aveva dichiarato illegittimo l'emendamento posto alla Carta della città di Cincinnati per ostacolare la creazione di misure protettive a favore delle minoranze sessuali[159]. Per il giudice distrettuale Spiegel, la determinazione di una classe di soggetti come sospetta o quasi-sospetta non deve dipendere eminentemente dal test del potere politico, dato il pericolo che tale operazione potrebbe riverstire per lo *status* protetto delle donne e delle minoranze razziali. In base alla *ratio* del potere politico, infatti, né la razza né il sesso potrebbero costituire in ogni circostanza una classificazione sospetta o quasi-sospetta. Tuttavia, in alcune circostanze Spiegel riconosce la rilevanza della carenza di potere politico per designare i soggetti abitualmente vittime di discriminazione, e al riguardo afferma che le minoranze sessuali "while not a wholly politically powerless group, do suffer significant political impediments"[160]. Si pensi alla loro difficoltà a formare coalizioni, ad ottenere vantaggi politici e a partecipare ai consigli decisionali della nazione[161].

S.D. Baggett, *Constitutional Law-Suspect Class Status and Equal Access to the Political Process under the Equal Protection clause of the Fourteenth Amendment-Laws Precluding Anti-Discrimination Legislation for Homosexuals* Equality Foundation of Greater Cincinnati, Inc. v. City of Cincinnati, 54 F.3d 261 (6th Cir. 1995), in 63 *Tennessee law Review*, 239 (1995).

[159] *The Issue 3 Amendment* (November 2, 1993): "Article XII No Special Class Status May Be Granted Based Upon Sexual Orientation, Conduct or Relationships. The City of Cincinnati and its various Boards and Commissions may not enact, adopt, enforce or administer any ordinance, regulation, rule or policy which provides that homosexual, lesbian, or bisexual orientation, status, conduct, or relationship constitutes, entitles, or otherwise provides a person with the basis to have any claim of minority or protected status, quota preference or other preferential treatment. This provision of the City Charter shall in all respects be self-executing. Any ordinance, regulation, rule or policy enacted before this amendment is adopted that violates the foregoing prohibition shall be null and void and of no force or effect".

[160] *Equality Foundation of Greater Cincinnati, Inc. v. City of Cincinnati*, cit., 437 (S.D. Ohio 1994).

[161] *Equality Foundation of Greater Cincinnati, Inc. v. City of Cincinnati*, cit., 438-439 (S.D. Ohio 1994). Cfr. anche: *Rowland v. Mad River School District, Montgomery County, Ohio*, cit., 1014 (1985) (Brennan J. *dissenting*) ("homosexuals […] are particularly powerless to pursue their rights openly in the political arena"); *Watkins v. United States Army*, 875 F.2d 699, 727 (9th Cir. 1989) (en banc) (Norris J. *concurring*) ("[homosexuals face structural barriers rendering] effective political participation unlikely if not impossible"); *Ben-Shalom v. Marsh*, 703 F. Supp. 1372, 1380 (E.D. Wis. 1989) ("[i]n only a very few communities do homosexuals possess the political power effectively to obtain redress from invidious dis-

Circa, poi, il riferimento all'immutabilità della condizione omosessuale, deve sottolinearsi come raramente questo criterio abbia consentito alle corti di riconoscere le minoranze sessuali nei termini di *suspect class*. Ci si è riusciti, di norma, solo laddove i giudici abbiano ritenuto sufficiente la prova scientifica della (relativa) immutabilità dell'orientamento sessuale inteso come direzione dell'attrazione, ma non quando, al contrario, abbiano concepito questa caratteristica umana anche nella sua dimensione comportamentale, come aspetto che si estende alla condotta emotivo-sessuale. In realtà l'orientamento sessuale include l'uno e l'altro aspetto, e perciò è risultato abbastanza agevole annullare o rovesciare, in appello, le decisioni in cui le corti di primo grado hanno reso un'opinione favorevole a considerare l'orientamento sessuale una classe sospetta sotto il primo profilo[162]. Ad oggi, dunque, non vi sono precedenti vincolanti che affermano la natura sospetta dell'orientamento sessuale in base all'argomento dello *status* immutabile.

---

criminations in the political arena"); *Jantz v. Muci*, 759 F. Supp. 1543, 1550-1551 (D. Kan. 1991) ("[t]here are several factors which limit effective political action by homosexuals. Due to the harsh penalties imposed by society on persons identified as homosexual, many homosexual persons conceal their sexual orientation. Silence, however, has its cost. It may allow a given individual to escape from the discrimination, abuse, and even violence which is often directed at homosexuals, but it ensures that homosexuals as a group are unheard politically. Moreover, the prejudice that compels many homosexuals to refrain from open political activity also limits access to political power in other ways. By diminishing contact between the heterosexual majority and avowed homosexuals, the majority loses any perspective on concerns in the homosexual community and is deprived of the resulting sensitivity to those concerns. Politicians seeking to limit the impact of anti-homosexual prejudices through legislation are themselves the target of prejudice"). *Contra*: *High Tech Gays v. Defense Industrial Security Clearance Office*, 895 F.2d 563 (9th Cir. 1990), 574 ("homosexuals are not without political power; they have the ability to and do attract the attention of the lawmakers"); *State v. Walsh*, 713 SW 2d 508 (Mo. 1986), 511 ("[h]omosexuals […] have never been denied the ability to engage in 'political give and take'"); *Ben-Shalom v. Marsh*, 881 F.2d 454 (7th Cir. 1989), 466 ("[i]n these times homosexuals are proving that they are not without growing political power"); *Steffan v. Cheney*, 780 F. Supp. 1 (D.D.C. 1991), 7-9.

[162] *Equality Foundation of Greater Cincinnati, Inc. v. City of Cincinnati*, 860 F. Supp. 417 (S.D. Ohio 1994), *rev'd*, 54 F.3d 261 (6th Cir. 1995), *vacated and remanded*, 116 S. Ct. 2519 (1996); *Jantz v. Muci*, 759 F.Supp. 1543 (D. Kan. 1991), *rev'd*, 976 F.2d 623 (10th Cir. 1992), *cert. den.* 508 U.S. 952 (1993); *Able v. United States*, 968 F. Supp. 850 (E.D.N. Y; July 2, 1997), *rev'd*, 1998 U.S. App. LEXIS 23359 (2d Cir.; September 23, 1998).

In *Watkins v. United States Army*[163], il giudice Norris – riferendosi alla direzione dell'attrazione emotivo-sessuale – definisce "effettivamente immutabile" l'orientamento di una persona, poiché "una volta acquisito è molto difficile modificarlo"; la mera possibilità di "un difficile e traumatico mutamento (tramite prolungate terapie, neurochirurgia o trattamenti shock)" non lo fa divenire *mutable*[164]. Prova scientifica a parte, Norris asserisce che la natura immutabile di un tratto umano deve intendersi come riguardante "quei tratti [incluso l'orientamento sessuale] che sono così centrali all'identità di una persona da doversi ritenere inaccettabile che uno Stato penalizzi chi non intende cambiare, a prescindere da quanto facile possa essere, fisicamente parlando, detto cambiamento"[165]. In *Equality Foundation of Greater Cincinnati, Inc. v. City of Cincinnati*[166], Spiegel aggiunge che l'orientamento sessuale è "una caratteristica fuori dal controllo individuale […], non implica semplicemente il decidere con chi si vuole avere un rapporto sessuale, ma piuttosto è uno stato dell'essere molto più profondo, complesso e involontario, tanto che le tecniche di mutamento sono inopportune ed eticamente scorrette"[167].

Questo dimostra come solo la considerazione dell'orientamento sessuale nei termini di aspetto personale *relativamente immutabile* possa consentire alle corti di riconoscere le minoranze sessuali in qualità di classi sospette. Diversamente s'incorre in contraddizioni: è difficile qualificare come rigorosamente immutabili aspetti fluidi dell'attrazione sessuale, o negare la componente comportamentale

---

[163] *Watkins v. United States Army*, cit.

[164] *Watkins v. United States Army*, cit., 726. Sulla stessa linea, *Jantz v. Muci*, cit., 1547: "in view of the overwhelming weight of currently available scientific information […], sexual orientation (whether homosexual or heterosexual) is generally not subject to conscious change. Sexual orientation becomes fixed during early childhood, it is not a matter of conscious or controllable choice".

[165] *Idem.*; v. anche: *Jantz v. Muci*, cit.,1548: "[w]hile traits such as race, gender, or sexual orientation may be altered or concealed, that change can only occur at a prohibitive cost to the average individual. Immutability therefore defines traits which are central, defining traits of personhood, which may be altered only at the expense of significant damage to the individual's sense of self".

[166] *Equality Foundation of Greater Cincinnati, Inc. v. City of Cincinnati*, cit., (S.D. Ohio 1994).

[167] *Equality Foundation of Greater Cincinnati, Inc. v. City of Cincinnati*, cit., p. 437 (S.D. Ohio 1994).

e volontaria, seppur indotta da meccanismi psicologici interni, della condotta emotivo-sessuale. L'idea che una classe possa godere di una congrua protezione solo se incarna un aspetto personale rigorosamente immutabile, meglio se scientificamente provato, ha ostacolato detto processo.

In *High Tech Gays v. Defense Industrial Security Clearance Office* (1990), il 9° Circuito nota che "l'omosessualità non è una carattersitica immutabile; è comportamentale e quindi essenzialmente differente rispetto a tratti quali razza, genere, o condizione di straniero, che definiscono classi sospette o quasi-sospette già esistenti"[168]. La concezione comportamentale dell'orientamento sessuale è ripresa anche dalla Corte distrettuale degli Stati Uniti in *Steffan v. Cheney*[169]. Nel redigere la sua opinione, il giudice Gasch dichiara che "è difficile stabilire se l'orientamento sessuale sia una caratteristica immutabile. […] La Corte, tuttavia, è convinta che allo stato attuale l'orientamento sessuale non possa annoverarsi né tra le caratteristiche mutabili né fra quelle immutabili perché la comunità scientifica è ancora poco sicura circa le cause dell'omosessualità, la sua permanenza, la sua prevalenza, e la sua definizione. […] I giudici non hanno il potere di stabilire con certezza se l'orientamento sessuale sia sempre scelto dall'indiviudo, ma è evidente che alle volte lo è. Questa considerazione avvicina l'orientamento sessuale alla categoria degli stranieri adulti che in base a *Plyer* non sono una classe sospetta"[170].

Canby, giudice dissenziente in *High Tech Gays v. Defense Industrial Security Clearance Office* (1990), replica alla qualificazione comportamentale dell'orientamento sessuale con una forte asserzione conclusa in un interrogativo esplicativo delle multiple contraddizioni: "l'immutabilità, è ovvio, rende le discriminazione indubbiamente più ingiusta. Ci sono tutti i motivi per ritenere l'orientamen-

---

[168] *High Tech Gays v. Defense Industrial Security Clearance Office*, cit., p. 573 (9th Cir.1990). L'anno precedente, in *Woodward v. United States*, 871 F. 2d 1068, 1076 (Fed.Cir.1989), il Circuito federale aveva similmente sostenuto che "[m]embers of recognized suspect or quasi-suspect classes, e.g., blacks or women, exhibit immutable characteristics, whereas homosexuality is primarily behavioral in character".

[169] *Steffan v. Cheney*, cit.

[170] *Steffan v. Cheney*, cit., pp. 6-7.

to sessuale un tratto immutabile ai fini dell'*equal protection.* Non è sufficiente affermare che la categoria è comportamentale. Possono rendersi comportamentali anche classi di persone che di sabato si recano in chiesa, o persone che parlano spagnolo, o che camminano con le stampelle. Allora il punto è, che cosa determina il comportamento?"[171]. Ma la domanda è anche un'altra: le costituzioni liberali non proteggono forse anche le scelte fondamentali che contribuiscono alla realizzazione autentica di ogni persona umana, a prescindere da una supposta prova scientifica circa l'immutabilità della scelta o dell'inclinazione che sta alla base di questa? La risposta, qui già sostenuta, è sì. Solo è difficile dire sì se i reclamanti in questione sono membri di minoranze sessuali ritenute impopolari o immorali.

7. *Le categorie di orientamento sessuale*

Barbagli e Colombo sottolineano che "il sistema di classificazione e di interpretazione oggi dominante nei paesi occidentali si basa sulla dicotomia eterosessuale-omosessuale e gran parte della popolazione ritiene che l'esistenza di una maggioranza di eterosessuali e di una minoranza di omosessuali sia una sorta di costante biologica che ritroviamo in ogni tempo e in ogni luogo. In realtà questa dicotomia è una costruzione storico-sociale, che si è affermata gradualmente in occidente, ma che non ha ancora assunto la stessa importanza in altre parti del mondo"[172].

L'orientamento sessuale riguarda una parte degli interessi sessuali, ma non è l'unico modo per distinguere le persone in ragione di profili concernenti la sfera erotica. Si pensi al distinguo fra feticisti, sadisti, masochisti, e altre ipotesi ancora[173]. Le minoranze sessuali fanno largo impiego di linguaggio gergale per indicare specifici desi-

---

[171] *High Tech Gays v. Defense Industrial Security Clearance Office*, 909 F.2d 375 (9th Cir.1990), 377.

[172] M. Barbagli, A. Colombo, *Omosessuali*, cit., 225.

[173] Alcuni ordinamenti puniscono siffatte od altre condotte collegate al desiderio sessuale: J. Burchell, J. Milton, *Principles of criminal law*, 2nd ed., Juta & Co Ltd, Ndabeni Western Cape, 1997, 638-641.

deri sessuali o specifiche caratteristiche personali d'interesse sessuale[174], e individuano in tal modo numerosissimi sottogruppi al loro interno. La maggioranza eterosessuale tende anch'essa a precisare ulteriormente i propri gusti sessuali. Ma per quale ragione il sesso verso cui si nutre attrazione o con cui si hanno rapporti sessuali è così cruciale – molto più di altri aspetti concernenti la sfera sessuale – al punto da divenire la categoria ordinatrice di altre sottodistinzioni trasversali di matrice sostanzialmente identica?

Boswell ben rileva come l'omosessualità – una sottocategoria dell'orientamento sessuale – sia eminentemente un prodotto delle società industriali e contemporanee, e come dunque sia inutile o concettualmente errato cercare l'omosessualità nella storia antica dell'umanità[175]. La categorizzazione fra eterosessuali, bisessuali ed omosessuali nasce alla fine dell'Ottocento, quando, per cause legate alla pressione e organizzazione sociali, si iniziano a considerare desideri e condotte omoerotiche non come circostanze casuali, ma come manifestazioni di una particolare identità. Persone dai desideri o dalle condotte omosessuali sono sempre esistite, ma da un dato momento storico la società ha iniziato a percepire certi moti interiori o condotte anticonformisti come elementi contrassegnanti, più d'ogni altro, la persona, al punto di superare la loro natura d'interesse meramente sessuale[176].

A differenza del concetto universale di orientamento sessuale, inteso come spontaneo e generico desiderio sessuale che ciascun individuo avverte nei confronti dei sessi, le sue sottocategorie sono variabili a seconda del tempo e del contesto socio-culturale. La distinzione delle persone in base all'orientamento riveste natura pregnante soprattutto nel contesto occidentale contemporaneo, a diffe-

---

[174] M. Frye, *Lesbian 'Sex*, in Aa.Vv., *Willful Virgin: Essay in Feminism, 976-1992*, CA: Crossing Press, 1992, 115: "I once perused a large and extensively illustrated book on sexual activity by and for homosexual men. It was astounding to me for one thing in particular, namely, that its pages constituted a huge lexicon of specific vocabulary: words for acts and activities, their sub-acts, preludes and denouncement, their stylistic variation, their sequences: Gay male sex, I realized, is articulate".

[175] J. Boswell, *Revolution, Universals and sexual Categories*, cit., 17.

[176] E. Cameron, *Sexual Orientation and the Constitution*, cit., 452; M. Barbagli, A. Colombo, *Omosessuali*, cit., 13.

renza di quanto avvenne in altre epoche e culture, ove la *costruzione* di categorie soggettive si fondava su criteri diversi[177]. La dimensione culturale e relativa delle categorie di orientamento fa sì che queste subiscano, o possano subire, influenze e mutamenti sociali. Per individuare i tratti distintivi dei gay e delle lesbiche di oggi, ad esempio, Barbagli riconosce come "si [debbano] prendere in considerazione non solo il rapporto fra atti e identità, ma anche i criteri seguiti nella selezione dei partner, le relazioni con questi ultimi e la natura della subcultura. Per questi motivi gli omosessuali moderni sono ben lontani dal modello, un tempo dominante, della pederastia classica o da quello dell'inversione di genere"[178].

La locuzione giuridica di orientamento sessuale – composta di due distinti vocaboli: "orientamento" e "sessuale" – postula, ai fini dell'individuazione delle sue sottocategorie, la necessità di considerare verso quale/i sesso/i un determinato soggetto di sesso X direziona (*ergo* orienta) i propri interessi sessuali; ovvero richiede di raffrontare il sesso di una persona (A) – quella di cui si deve determinare l'orientamento – con il sesso di altro/i individuo/i (B; BB) – quello/i di colui/coloro verso cui la prima direziona, potenzialmente o realmente, i propri interessi sessuali. Da ciò si evince che la categoria di orientamento sessuale a cui è ascrivibile (A) esprime in forma sintetica, mediante l'utilizzo di una categoria descrittiva, una relazione caratteristica, potenziale o reale, della sua sfera sessuale. Quando si afferma, ad esempio, che (A) è eterosessuale, si compie il raffronto fra il sesso di costui – maschio, per ipotesi – e quello dell'attuale partner (B) – femmina – o dei potenziali partners (BB) verso cui (A) nutre attrazione psicologica – la categoria femminile – o identifica le proprie propensioni sessuali. *Ergo*, le categorie di orientamento sessuale sono formule riassuntive descrittive di una relazione articolata, nella quale i sessi di (A) e (B; BB) costituiscono i due parametri del raffronto.

La categoria dell'orientamento sessuale e le sue sottocategorie hanno oggi rilevanza giuridica; le discriminazioni perpetrate avver-

---

[177] D. Greenberg, *The construction of Homosexuality*, Chicago University Press, Chicago, 1988, *passim*.

[178] M. Barbagli, A. Colombo, *Omosessuali*, cit., 13.

so le minoranze sessuali hanno reso necessario, o comunque opportuno, ricorrere a queste categorie linguistiche per regolamentare aspetti sociali della sessualità umana o predisporre strumenti di protezione e non discriminazione. Tuttavia, nulla impedisce che il diritto faccia ricorso a formulazioni linguistiche diverse che pur alludendo, nella sostanza, al concetto di orientamento sessuale o alle sue sottopartizioni, guardino ai sessi dei soggetti coinvolti nella (reale o potenziale) relazione sessuale, o definiscano aspetti aspetti giuridici in base a condotte sessualmente connotate. Nello Stato dell'Oregon, ad esempio, il legislatore ha previsto che "[i]t is unlawful employment practice: […] (b) For an employer, because of an individual's […] sex, or because of the […] sex […] of any other person with whom the individual associates […] to discriminate against such individual in compensation or in terms, conditions or privileges of employment"[179].

Questo significa che il concetto di orientamento sessuale può sì essere espresso anche in modo diverso o meno diretto, ma è importante che, qualunque siano le categorie sostitutive utilizzate, l'interprete riconosca l'orientamento sessuale come categoria giuridica su cui si fondano le statuizioni normative. È pertanto condivisibile la decisione con cui la Corte d'appello dell'Oregon, chiamata in *Tanner v. Oregon Health Sciences University* a verificare incidentalmente "se la discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale [costituisse] una fattispecie di discriminazione proibita in ragione del 'sesso […] di ogni altra persona con cui il lavoratore ha una relazione'", ha asserito che "l'unica interpretazione plausibile del linguaggio legislativo" in questione è nel senso che questo sia applicabile alle ipotesi di discriminazione fondate sull'orientamento sessuale. Infatti, afferma assertivamente la Corte, "discrimination of that sort hings on the sex of the individual with whom plaintiffs associate"[180].

La determinazione dell'orientamento sessuale di (A) presuppone la conoscenza dei parametri sessuali di raffronto, la determinazione dei quali può a sua volta essere indicizzata al comportamento

---

[179] ORS 659.030(1)(b).

[180] *Tanner v Oregon Health Sciences University*, 971 P. 2d 435 (Or. Ct. App. 1998).

sessuale di (A) – ad esempio la relazione con (B) –, o alla sua obiettiva predisposizione mentale, o all'auto-qualificazione che egli dà alle sue inclinazioni[181]. Secondo i criteri utilizzati, gli esiti possono essere diversi poiché possono variare i fattori sessuali del raffronto. Mentre il sesso di (A) rimane fisso, quello di (B; BB) può subire mutamenti, poiché un conto è considerare il comportamento, un altro è prendere in esame l'attrazione o l'immagine che ciascuno ha di sé. Molteplici e tra loro connesse sono, dunque, le questioni a cui occorre rispondere al fine di determinare il tipo di orientamento sessuale: come definire, ad esempio, l'orientamento sessuale di (A), femmina, che sente attrazione nei confronti di altre femmine, e che, tuttavia, reprime i suoi desideri per tutta la vita? Quale orientamento sessuale attribuire ad (A), maschio, coniugato con una femmina (B), che regolarmente desidera e consuma rapporti sessuali con altri maschi (BB), e che, ipoteticamente, continua a definirsi eterosessuale? Come indicare colui/colei che consuma rapporti sessuali con persone dello stesso sesso solo eccezionalmente – ad esempio, perché privato/a dell'opportunità di scegliere un partner di sesso diverso in carcere?

Al fine di rispondere a questi e ad altri quesiti si ritiene necessario, nell'ordine: (1) specificare l'ampiezza della sfera sessuale rilevante affinché possa parlarsi di orientamento "sessuale", e non di mera preferenza in determinati tipi di relazione non sessuale (lavorativa, amichevole, ecc.); (2) individuare le concezioni, o i criteri, in ragione dei quali è possibile determinare i parametri sessuali di raffronto necessari per stabilire l'orientamento sessuale; (3) considerare le possibili categorie di orientamento sessuale scaturenti dalle singole concezioni di cui *sub* (2), esaminando altresì alcune ipotesi di classificazione variabili a seconda della "dimensione" dell'orientamento sessuale. In seguito s'intraprenderà l'analisi giuridica delle discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale, anche al fine di

---

[181] E. Laumann, J. Gagnon, R. Michael, S. Michaels, *The Social Organization of sexuality*, University of Chicago Press, Chicago, 1994, 283: "even within contemporary Western societies, one must ask whether this question refers to same-gender behaviour, desire, self-definition, or identification or some combination of this elements".

distinguerle rispetto alle fattispecie discriminatorie basate su altre categorie normative.

7.1. *La sessualità della condotta e dell'attrazione.*

L'orientamento sessuale è un aspetto caratteristico della sessualità; non coinvolge, per lo meno direttamente, ambiti o sfere personali quali il lavoro, l'educazione, l'istruzione, l'amicizia, la religiosità. Una cosa è l'orientamento sessuale, un'altra è la direzione degli interessi lavorativi, religiosi, culturali, ecc. Difficile, tuttavia, è stabilire in quali circostanze la condotta o l'attrazione abbiano "natura sessuale". In quali casi un desiderio assume natura sessuale o non sessuale? Come distinguere il desiderio sessuale di baciare una persona dal desiderio di esprimere semplicemente affetto e riconoscenza tramite questo gesto? Quando il bacio è sessuale e quando no? Quali proprietà conferiscono natura sessuale ad un rapporto fisico tra due persone?

Nota è la critica di Marilyn Frye nei confronti di uno studio, compiuto nel 1983 dai professori Blumstein e Schwartz, sulle analogie e differenze dei comportamenti sessuali all'interno di coppie dai differenti orientamenti. Dallo studio emergeva che l'attività sessuale era molto più frequente nell'ambito delle coppie gay, mentre meno praticata in quelle eterosessuali, ed ancora inferiore in quelle lesbiche: sorprendente è che l'85% delle coppie eterosessuali coniugate aveva più di un rapporto sessuale mensile, ma la durata media di ognuno era di soli otto minuti[182]. Per Frye questi dati pongono un problema di fondo: "se per far sesso nelle coppie eterosessuali coniugate ci si impiega in media otto minuti, suppongo che in un numero elevato di casi le donne non raggiungano l'orgasmo. Probabilmente né il piacere delle donne nè il loro orgasmo sono considerate proprietà rilevanti nella rilevazione della frequenza con cui gli individui 'fanno sesso'"[183].

---

[182] M. Frye, *Lesbian 'Sex*, in Aa.Vv., cit., 110.
[183] *Ibidem*, 112.

Probabilmente Blumstein e Schwartz partivano da una concezione maggioritaria di rapporto sessuale incentrata sul paradigma culturale (sessista) della durata dell'eccitazione maschile, senza porsi il problema di definire una categoria concettuale secondo visioni universali rispettose dei differenti punti di vista e bisogni minoritari. Similmente, la discriminazione normativa delle minoranze sessuali è sovente la conseguenza di prassi consolidatesi nel tempo, al punto da apparire normali e ragionevoli, mentre non lo sarebbero per nulla se si adottasse un approccio universalizzante e critico. Negli Stati Uniti, ad esempio, la condotta sessuale omosessuale rilevante ai fini dell'esclusione dall'esercito americano è definita come "(a) ogni contatto corporeo, attivamente intrapreso o passivamente subito, tra persone dello stesso sesso al fine di appagare desideri sessuali; e (b) ogni contatto corporeo che *nella prospettiva di una persona ragionevole* appare come la dimostrazione di una propensione o volontà ad intraprendere una condotta descritta nel sottopragrafo (a)"[184]. In tal modo, condotte quali il camminare mano nella mano, il bacio dato all'ersterno degli ambienti militari, o anche la dichiarazione di simpatia, se avvenute tra persone dello stesso sesso, hanno inspiegabilmente assunto natura sessuale, e hanno quindi costituito il presupposto dell'esclusione dagli ambienti miliatari delle minoranze sessuali[185]. Gli istituti giuridici, specialmente quelli che disciplinano la condotta sessuale, esprimono concezioni culturali dominanti e in tal modo escludono culture o stili di vita minoritari meritevoli di eguale rispetto e considerazione. Alle visioni maggioritarie in tema di sessualità deve certamente riconoscersi un ruolo nel discorso politico-giuridico, ma non nel senso di essere elevate a paradigma normativo universale di ciò che è normale e ragionevole[186].

---

[184] U.S.C. § 654 (3) (1994) (corsivo aggiunto).

[185] R.A. Psonak, *"Don't Ask, Don't tell, Don't Discharge"*, cit., 350.

[186] In Sudafrica esistevano normative penali che vietavano condotte *sessuali* le più disparate. Il *Roman-Dutch common law* contemplava due specifici divieti, gli *acts of sodomy* e gli *unnatural sexual offences*. Per "sodomy" s'intendeva persino qualunque "heterosexual intercourse between a Jew and a Christian", oltre che ogni atto "where there is penetration per anum" o rapporto fra uomo e animali, mentre gli *unnatural sexual offences* punivano il "misuse of the organs of procreation", o "whatsoever substitutes for the male or the female as unnatural lust". Il tenore assai ampio di quest'ultima previsione consentiva alla giurisprudenza di applicarla a casi quali il

Questo conferma la necessità di fornire risposta alle domande sopra formulate seguendo un approccio ad un tempo critico ed universalizzante, ed in tal senso decostruito, perché diversamente si finirebbe per ragionare in base ad un paradigma semplificante ed irrispettoso della variabilità dell'essere umano. Stein riconosce che "esiste qualche astratta proprietà o una serie di proprietà in grado di demarcare gli stati di sommovimento dagli altri; sono tali proprietà che distinguono il sessuale dal non sessuale"[187]. Desideri e condotte possono così definirsi sessuali, rispettivamente, se in astratto il pensiero di questi provoca emozioni e sommovimenti mentali, ma Stein non si spinge sino al punto di elencare quali siano, nello specifico, le proprietà aventi funzione di discernimento del sessuale dal non sessuale. Forse perché elencare a priori che cosa possa provocare emozioni o sommovimenti mentali significherebbe ergere la prospettiva (relativa) di qualcuno, finanche coincidente con quella della maggioranza, a paradigma di riferimento per tutti, mentre in realtà le idee destano risposte emotive e gradi di appagamento diverse da soggetto a soggetto. L'idea di ciò che fa sentire l'uomo degno e realizzato nella sua sfera sessuale non può essere etero-determinata, sicché lo Stato che si riconosca nei valori della società aperta e democratica dovrebbe astenersi dal definire ambiti e sfere di vita intima che non contrastino con interessi altrui meritevoli di eguale tutela o il cui sacrificio non sia funzionale al perseguimento di un legittimo interesse pubblico.

"rubbing a penis between the thighs of another male, resulting in the emission of semen" – sempre che i partner non fossero di sesso opposto o non appartenessero alla razza Bantu, poiché in quest'ultimo caso avrebbe costituito l'oggetto dell'usanza locale *metsha* –, la masturbazione reciproca fra maschi, o ancora al caso di due maschi "sitting next to each other kissing with their hands on each other legs". La definizione delle condotte *sessuali* vietate è ancor più fluida in Zimbabwe, ove s'intende come "unnatural offense" anche "l'accarezzare le parti intime sopra i pantaloni", sempre che ciò accada (solo) fra due persone dello stesso sesso. Sul punto si v.: K. Botha, E. Cameron, *South Africa*, in D.J. West, R. Green (eds.), *Sociolegal control of Homosexuality*, cit., 6-7; O. Phillips, *Zimbabwe*, in D.J. West, R. Green (eds.), *Sociolegal control of Homosexuality,* cit., 44-45; per uno sguardo alla disciplina delle condotte sessuali in Austria si v. H. Graupner, *Austria*, in Aa.Vv., *Combating sexual orientation discrimination in employment: legislation in fifteen EU member states*, K. Waaldijk, M. Bonini-Baraldi (eds.), E.M Meijers Institute of Legal Studies, Leiden, November 2004.

[187] E. Stein, *The Mismeasure of Desire,* cit., 70.

7.2. *La concezione comportamentale pura: la direzione (o, impropriamente, l'orientamento) sessuale delle condotte*

In base alla concezione comportamentale pura l'orientamento sessuale deve desumersi dal rapporto di identità/non-identità dei sessi di (A) e (B) in una singola condotta emotivo-sessuale, ad esempio un rapporto sessuale, o una relazione affettiva. In tal caso non è quindi configurabile un orientamento sessuale bisessuale, poiché presuppone necessariamente l'osservazione di almeno due condotte[188].

Secondo la concezione comportamentale pura l'orientamento sessuale non descrive propriamente un carattere personale, poiché dal singolo atto non può desumersi una reale inclinazione, o tendenza sessuale; questa individua la direzione sessuale della singola condotta, e i sessi di (A) e (B) sono mero oggetto di raffronto. Tale visione sminuisce sia la *tendenza* sessuale del soggetto di riferimento, intesa come propensione soggettiva, desumibile più propriamente dall'attrazione psicologica o dall'osservazione di più condotte, sia la sua auto-identificazione in una categoria di orientamento[189].

È dunque preferibile fare riferimento alle categorie eterosessuale, omosessuale, bisessuale, gay o lesbica, per indicare l'orientamento sessuale delle persone[190], e alle locuzioni *opposite-sex* (maschio-femmina) o *same-sex* (maschio-maschio, femmina-femmina) per indicare, più propriamente, la direzione sessuale delle singole condotte. Il linguaggio giuridico conosce espressioni come *same-sex marriage*, *same-sex sodomy*, coppie dello stesso sesso, ed altre simili tutte concettualmente corrette. Di norma vi è coincidenza tra l'orientamento sessuale della persona e la direzione sessuale dell'atto a cui questa partecipa. Tuttavia, esistono ipotesi in cui tale simmetria vie-

---

188 M. Weinberg, W. Colin, P. Douglas, *Dual Attraction. Understanding Bisexuality*, Oxford University Press, New York, 1994, *passim.*

189 R. Wintemute, *Sexual orientation and human rights*, cit., 8-9; E. Stein, *The Mismeasure of Desire,* cit., 41.

190 Sull'impiego del termine omosessuale, contrapposto a gay e lesbica, non vi è unanimità in dottrina; normalmente si utilizza il primo quando l'orientamento sessuale è desunto dall'osservazione del comportamento complessivo di un soggetto, mentre si usano i secondi a seguito di processo di auto-identificazione personale: J.C. Gonsiorek, J.D. Weinrich, *The Definition and Scope of Sexual Orientation*, in Aa.Vv., *Homosexuality*, J.C. Gonsiorek, J.D. Weinrich (eds.), cit., 2.

ne a mancare: si pensi, ad esempio, al caso di due femmine bisessuali che siano compagne nell'ambito di una *same-sex partnership*.

7.3. *(Segue:) Le concezioni comportamentale ampia, identitaria e psicologica: l'orientamento sessuale della persona*

La concezione comportamentale ampia vede propriamente l'orientamento sessuale come caratteristica individuale, e postula l'osservazione del comportamento emotivo-sessuale tenuto da una persona in un determinato arco di tempo[191]. In tal senso, l'orientamento sessuale ascritto ad un soggetto esprime la sua personale *tendenza* ad appagare la sfera sessuale con persone di uno o entrambi i sessi[192]. *Ergo* può aversi un orientamento sessuale: (1) omosessuale, se (A) ha avuto rapporti o relazioni con (B1, B2, …, Bx) dello stesso sesso, (2) eterosessuale, se (A) ha avuto rapporti o relazioni con (Bx) di sesso opposto, (3) bisessuale, se (A) ha avuto rapporti o relazioni con (Bx) di entrambi i sessi.

Le concezioni comportamentali hanno il vantaggio dell'obiettività e accessibilità, poiché consentono di determinare la categoria di orientamento sessuale attingendo informazioni unicamente da elementi fattuali, conosciuti o conoscibili, quali una o più condotte della persona. Sovraccaricano, però, di significato queste ultime, senza considerare altri fattori rilevanti dell'esperienza individuale, che difficilmente lo spettatore può conoscere, quali i desideri sessuali,

---

[191] S. LeVay, *The sexual Brain*, MIT Press, Cambridge, Mass., 1993, 105: "Sexual orientation […] means the direction of sexual feelings or behavior toward individuals of the opposite sex (heterosexuality), the same sex (homosexuality), or some combination of the two (bisexuality)".

[192] Si ponga il caso di (A1), una suora devota che da sempre ricorda di essere attratta dagli uomini pur non avendo mai consumato alcun tipo di rapporto sessuale. Secondo le visioni comportamentali (A1) sarebbe asessuale, vale a dire priva di alcun orientamento sessuale; inversamente, considerando l'intima attrazione sessuale (A1) sarebbe eterosessuale. Si supponga, infine, che dopo venti anni di celibato (A1) contragga matrimonio con (B2), e che consumi il suo matrimonio in sintonia con le sue pregresse fantasie: solo ora, paradossalmente, in base alle concezioni comportamentali (A1) *diventerebbe* eterosessuale. Ciò a dimostrazione del fatto che il comportamento sessuale di una persona, sebbene possa essere parte di ciò che determina l'orientamento sessuale, non è l'unico fattore determinante.

i bisogni inespressi o repressi, l'identificazione personale. Si pensi al caso di (A), maschio, che da sempre ricordi di essere attratto dai maschi e che, a causa della pressione sociale, decida di contrarre matrimonio con (B), femmina, e di consumare rapporti sessuali unicamente con lei, pur continuando a desiderare sessualmente persone del suo stesso sesso. Secondo la concezione comportamentale (A) sarebbe eterosessuale, mentre considerando la sua persistente attrazione nei confronti dei maschi (A) sarebbe omosessuale. Le concezioni comportamentali inoltre non consentono di determinare l'orientamento sessuale di chi non partecipa a nessuna condotta, pur custodendo intimamente una tendenza sessuale[193].

Secondo la visione identitaria l'orientamento sessuale è determinato dall'auto-qualificazione che ciascuno si dà in termini di tendenza sessuale. Ciascuno può identificarsi come: (1) omosessuale, (2) eterosessuale, (3) bisessuale[194]. La concezione identitaria ha il pregio di ovviare alla rigidità ed eccessiva esteriorità delle concezioni comportamentali, perché l'orientamento sessuale che ciascuno si attribuisce può essere discordante rispetto alla condotta sessuale. Stando al caso sopra ipotizzato, (A) sarebbe omosessuale se identificasse se stesso come gay, e ciò nonostante continuasse ad avere rapporti sessuali esclusivamente col sesso femminile. Tuttavia, paradossalmente, potrebbe anche accadere che (A), pur avendo rapporti sessuali con altri uomini, non creda nemmeno nel suo profondo intimo d'essere omosessuale o bisessuale, tale da continuare fermamente a negare la categoria di orientamento sessuale desumibile dalle sue condotte.

La concezione identitaria rivela la natura relativa delle categorie dell'orientamento sessuale, giacché la qualificazione che ciascuno

---

[193] J.C. Gonsiorek, J.D. Weinrich, *The Definition and Scope of Sexual Orientation*, in Aa.Vv., *Homosexuality*, J.C. Gonsiorek, J.D. Weinrich (eds.), cit., 3, evidenzia che il termine *bisessuale* è usato correttamente solo quando l'attrazione di un soggetto non è "currently confined to one sex".

[194] J.C. Gonsiorek, J.R. Rudolph, *Homosexual Identity: Coming Out and Other Development Events*, in Aa.Vv., *Homosexuality*, J.C. Gonsiorek, J.D. Weinrich (eds.), cit., 161; J.C. Gonsiorek, J.D. Weinrich, *The Definition and Scope of Sexual Orientation*, in Aa.Vv., *Homosexuality*, J.C. Gonsiorek, J.D. Weinrich (eds.), cit., 1-2.

dà alle proprie tendenze è influenzata da fattori culturali e ambientali. Nelle culture latino-americane il maschio che consumi rapporti sessuali attivi con persone dello stesso sesso tende ad identificarsi, ed è considerato dalla società, come eterosessuale, mentre propende a qualificarsi come omosessuale solo il maschio che subisca passivamente la penetrazione altrui[195]. In certi casi, poi, la concezione identitaria non consente l'enucleazione di una tendenza sessuale, giacché il contesto culturale può ostare ad una qualsiasi auto-qualificazione. Potrebbe essere il caso di un'adolescente, appartenente ad una comunità etnica africana, attratta da altre femmine ma mai identificatasi come lesbica, perché nel contesto in cui da sempre vive non si è mai conferita importanza sociale alle categorie di orientamento sessuale[196].

Ciò mostra le profonde differenze di significato attribuite alle diverse categorie di orientamento secondo il contesto socio-culturale di riferimento. Le società industriali occidentali concepiscono la tendenza sessuale eminentemente come tratto umano contrassegnante i desideri e l'attrazione psicologica della persona, sebbene siano repressi o a prescindere dal fatto che non ci si sia mai interrogati sulla propria identità. Secondo la concezione psicologica, o della predisposizione mentale, la determinazione della categoria di orientamento sessuale deve tenere conto di due variabili: (a) le fantasie e i desideri sessuali individuali, e (b) il comportamento che una persona tiene, o terrebbe, in presenza di condizioni ideali. Un soggetto è pertanto omosessuale se desidera avere rapporti sessuali principalmente con persone dello stesso sesso e se consuma, o consumerebbe, siffatti rapporti in presenza di condizioni ideali. Affermazioni simili possono compiersi riguardo all'eterosessualità ed alla

---

[195] T. Almaguer, *Chicano Men. A Cartography of Homosexual Identity and Behaviour*, 3 *Differences: A Journal of Feminist Cultural Studies*, 75-100 (1991); A.M. Alonso, M.T. Koreck, *Silences. "Hispanics", AIDS, and sexual Practice*, 1 *Differences: A Journal of Feminist Cultural Studies*, 101-124 (1989).

[196] J.D. Weinrich, W.L. Williams, *Strange Customs, Familiar Lives: Homosexualities in Other Cultures*, in Aa.Vv., *Homosexuality. Research Implications for Public Policy*, J.C. Gonsiorek, J.D. Weinrich (eds.), cit., 44 ss; J.C. Gonsiorek, J.D. Weinrich, *The Definition and Scope of Sexual Orientation*, in Aa.Vv., *Homosexuality,* J.C. Gonsiorek, J.D. Weinrich (eds.), cit., 3.

bisessualità. Per condizione ideale s'intende lo stato ipotetico in cui non vi siano influenze volte ad impedire, o a scoraggiare, la persona dall'agire secondo i propri desideri, ovvero quando ci sia libertà sessuale e possibilità di scegliere fra partner differenziati per sesso e caratteristiche fisiche e personali.

La concezione psicologica o della predisposizione dell'orientamento sessuale ha il pregio di sfruttare le intuizioni positive delle dottrine comportamentali e identitaria, pur esprimendo l'esigenza di superarne i limiti. A differenza delle visioni comportamentali, quella della *pre*-disposizione concepisce l'orientamento sessuale come tratto caratterizzante dell'individuo presente ancora prima che si consumino rapporti sessuali. Diversamente dalla concezione identitaria, quella psicologica tiene conto della possibilità che ciascuno neghi i propri bisogni sessuali. Analogamente alle teorie comportamentali, anche quella psicologica ha il pregio di tenere in considerazione il comportamento delle persone, seppure ciò avvenga meno direttamente: la condotta realmente tenuta, o solo potenzialmente adottabile da un soggetto in presenza di condizioni ideali, non rileva di per se stessa, ma solo in quanto riflesso dell'intima tendenza[197]. Infine la concezione psicologica, come quella identitaria, conferisce rilievo alla percezione che ciascuno ha del proprio orientamento sessuale, salvo i casi in cui la personale conoscenza di sé possa non essere completa o essere influenzata da peculiari fattori di stampo culturale.

Valutare quali siano i desideri sessuali individuali alla luce di circostanze ipotetiche e ideali pone però problemi di natura epistemologica di non facile composizione Come stabilire, per sempio, se in una società improntata alla libertà sessuale una femmina avrebbe

---

[197] Secondo la concezione psicologica, il fatto, per esempio, di mangiare gelato quando si è affamati – sempre che vi sia possibilità di scegliere se acquistare questo prodotto piuttosto che un altro – rappresenterebbe la prova di una predisposizione a mangiare gelato, nonché l'estrinsecazione di un desiderio a far ciò. Diversamente, se il gelato fosse l'unico cibo disponibile e la persona fosse estremamente affamata, il fatto di mangiare gelato sarebbe semplicemente la prova di una non totale avversione per quel tipo di alimento. Parimenti, a fronte della possibilità di scegliere liberamente fra persone gradevoli di entrambi i sessi, un uomo che consumi o sia propenso a consumare un rapporto sessuale con un altro uomo dimostrerebbe una personale predisposizione ad avere rapporti intimi con persone dello stesso sesso.

comunque avuto rapporti sessuali col sesso maschile? Costei sarebbe più, meno o egualmente attratta dagli uomini se fosse cresciuta e vissuta in una società caratterizzata dalla massima eguaglianza fra i sessi?[198]. La difficoltà di fornire risposte a queste e simili domande dipende, in parte, dall'idea di guardare alla natura dell'orientamento sessuale nei termini di attrazione innata, anziché di scelta comportamentale. Alla domanda "sei attratto da qualcuno?" è possibile rispondere anche in modo indeterminato – "non sono certo/a" –, mentre alla domanda "hai mai avuto un rapporto sessuale con il sesso x?" si può solo affermare o negare. E poiché è in contrasto con il comune sentire considerare l'orientamento sessuale come un mero dato comportamentale (*sexual doing*), avulso da qualsiasi implicazione sull'essere (*sexual being*), l'indeterminatezza e la vasta gamma delle opzioni riguardanti l'io non permettono di giungere ad una definizione sempre certa e veritiera delle tendenze sessuali.

Alfred Kinsey è il migliore esponte della concezione psicologica dell'orientamento sessuale. In due noti studi eseguiti intorno agli anni Cinquanta del Novecento Kinsey determina l'orientamento sessuale di un gruppo eterogeneo di persone ricorrendo a dettagliate interviste. Chiede agli interlocutori fatti attinenti alle loro esperienze sessuali, fantasie, desideri erotici, e alla fine del colloquio, in base alle risposte date, posiziona ciascun individuo in una scala graduata di valutazione variabile tra l'eterosessualità e l'omosessualità (la cd. *Kinsey Scale*)[199]. Per Kinsey le categorie di orientamento sessuale rappresentano delle ipotesi descrittive di una predisposizione men-

---

[198] Ciò spiegherebbe perché sovente occorra tanto tempo ad un omosessuale per scoprire il proprio orientamento sessuale. Nella società contemporanea vige la presunzione che gli individui siano eterosessuali – D.G. Casswell, *Lesbians, Gay men and Canadian Law*, cit., 13: "the assumption is simply that everyone is heterosexual" – e conseguentemente le minoranze sessuali impiegano più tempo degli eterosessuali per scoprire e prendere consapevolezza delle loro inclinazioni.

[199] A.C. Kinsey, W.B. Pomeroy, C.E. Martin, *Sexual Behavior in the Human Male*, cit.; A.C. Kinsey *et al.*, *Sexual Behavior in the Human Female*, W.B. Saunders Co., Philadelphia, 1953. Altri studi sull'orientamento sessuale improntati alla concezione psicologica operano una valutazione combinata di due distinti fattori, la "overt sexual experience" e la "psychosexual reaction": A. Bell, M. Weinberg, *Homosexualities. A Study of Diversity Among Men and Women*, Simon and Schuster, New York, 1978, 54.

tale. Egli nota come i vari aspetti della sessualità – desideri, comportamenti, senso d'identità – possano anche non concordare tra loro, e per questo la collocazione di ciascuno nella *Kinsey scale* indica più correttamente una predisposizione. Kinsey sostiene che "[l]a valutazione data a ciascun individuo ha una doppia base di giustificazione. Essa tiene conto delle esperienze sessuali vissute e/o delle reazioni psico-sessuali della persona. Nella maggioranza dei casi, i due aspetti esaminati vanno in parallelo, ma talora possono anche discordare. In quest'ultimo caso, la valutazione individuale deve fondarsi sulla stima della relativa importanza delle singole sfere, quella comportamentale e quella psichica, nella storia individuale"[200].

7.4. *Dalle concezioni alle categorie di orientamento sessuale*

La comune percezione dell'orientamento sessuale è legata alla visione binaria, in base alla quale ciascun individuo appartiene ad uno dei due tipi di orientamento sessuale fra quello eterosessuale od omosessuale. Questa è sovente confermata nell'ambito delle discipline scientifiche e legali, ed in genere è sottesa al dibattito politico o della società civile. Questa concezione considera l'orientamento sessuale come categoria separata, descrive i tipi di orientamento sessuale in termini duali ed è pienamente compatibile con la visione comportamentale pura. Al contrario, mal si concilia con l'esistenza di persone che mostrano una predisposizione psicologica ad essere attratte da entrambi i sessi, e/o che si comportano complessivamente come bisessuali, e/o s'identificano come tali.

I fautori della tesi binaria sostengono che la bisessualità sia solo un fenomeno apparente. Le persone sono o omosessuali o eterosessuali, ed i comportamenti e le attrazioni ambigue sarebbero solo parentesi temporanee di omosessualità o di eterosessualità, determinate unicamente da situazioni di circostanza che favoriscono un comportamento od un desiderio discordante rispetto al proprio reale orientamento. È plausibile che talora le persone desiderino avere o abbiano rapporti

---

[200] A.C. Kinsey, W.B. Pomeroy, C.E. Martin, *Sexual Behavior in the Human Male*, cit., 647 (traduzione da me effettuata).

sessuali esclusivamente in virtù di peculiari circostanze, ad esempio se per lunghi periodi non vi è mai reale disponibilità di partner ideali. Potrebbe essere il caso del sesso compiuto fra le mura carcerarie, in cui l'omosessualità è determinata dalla situazione, o il caso del matrimonio consumato allo scopo di nascondere l'omosessualità di almeno un coniuge, per il quale l'eterosessualità è una mera parvenza[201]. D'altro canto, però, non è plausibile sostenere che *ogni* persona che ha, o desidera avere rapporti sessuali con entrambi i sessi sia necessariamente o un eterosessuale di circostanza (perché in realtà è omosessuale), o un omosessuale di circostanza (mentre in realtà è eterosessuale). Non può pensarsi che ogni volta che una persona s'identifichi come bisessuale a un certo punto della vita finisca necessariamente per riqualificarsi o come omosessuale o come eterosessuale. Di fatto esistono persone che anche in assenza di circostanze limitanti non sono né esclusivamente omosessuali né esclusivamente eterosessuali.

L'orientamento bisessuale trova opportuna collocazione nella diversa concezione psicologica bipolare immaginata da Kinsey. A conclusione delle numerose interviste, lo studioso comprende come le storie sessuali degli individui siano costellate da esperienze e/o risposte psichiche sia omosessuali che eterosessuali, e come l'eterosessualità o l'omosessualità delle persone non possa essere postulata in termini di necessaria ed esclusiva appartenenza ad una sola fra due differenti tipologie di orientamento. Egli afferma che "[t]he heterosexuality or homosexuality of many individuals is not an all-or-none proposition"[202]. Kinsey sviluppa così uno schema di classifica-

---

[201] J.A.W. Kirsch, J.D. Weinrich, *Homosexuality, Nature, and Biology*, cit., 15-16, ritengono che il sesso consumato fra persone dello stesso sesso in carcere non sia affatto rilevante per la determinazione dell'orientamento sessuale, in quanto espressione di un diverso fenomeno, presente nel mondo animale, definito "[m]ale-male sexual behavior as an expression of dominance"; R. Posner, *Sex and Reason*, Harvard University Press, Cambridge, 1992, 11-180; M.W. Ross, *The Married Homosexual Man. A Psychological Study*, Routledge and Kegan Paul, New York, 1983.

[202] A.C. Kinsey, W.B. Pomeroy, C.E. Martin, *Sexual Behavior in the Human Male*, cit., 638 ss. Egli aggiunge che "[i]t is true that there are persons in the population whose histories are exclusively heterosexual, both in regard to their overt experience and in regard to their psychic reactions. And there are individuals in the population whose histories are exclusively homosexual, both in experience and in psychic reactions. But the record also shows that there is a considerable portion of the population whose members have combined, within their individual

zione degli orientamenti sessuali tenendo in considerazione l'importanza, nella storia sessuale di ognuno, delle esperienze e delle reazioni psichiche rispettivamente sia eterosessuali che omosessuali[203], sino a creare la *seven-point scale*. Ogni persona può dunque essere inserita all'interno di una griglia di classificazione composta di sette sottocategorie di orientamento sessuale, quali:

1. Persone esclusivamente eterosessuali, che non hanno mai avuto alcun tipo di rapporto fisico e di attrazione mentale per soggetti del loro stesso sesso;
2. Persone prevalentemente eterosessuali, e solo sporadicamente omosessuali;
3. Persone prevalentemente eterosessuali, ed occasionalmente omosessuali;
4. Persone egualmente eterosessuali ed omosessuali;
5. Persone prevalentemente omosessuali, ed occasionalmente eterosessuali;
6. Persone prevalentemente omosessuali, e solo sporadicamente eterosessuali;
7. Persone esclusivamente omosessuali, che non hanno mai avuto alcun tipo di rapporto fisico e di attrazione mentale per soggetti di sesso diverso dal loro[204].

---

histories, both homosexual and heterosexual experience and/or psychic responses. […] Males do nor represent to discrete populations, heterosexual and homosexual. The world is not to be divided into sheep and goats. Not all things are black nor all things white. It is a fundamental of taxonomy that nature rarely deals with discrete categories. Only the human mind invents categories and tries to force facts into separated pigeon-holes. The living world is a continuum in each and every one of its aspect. The sooner we learn this concerning human sexual behaviour the sooner we shall reach a sound understanding of the realities of sex. […] Since only 50 percent of the population is exclusively heterosexual throughout its adult life, and since only 4 percent of the population is exclusively homosexual throughout its life, it appears that nearly half (46 percent) of the population engages in both heterosexual and homosexual activities, or reacts to person of both sexes, in the course of their adult lives. The term bisexual has been applied to at least some portion of this group".

[203] *Ibidem*, 639.

[204] *Ibidem*, 639-641.

Per Kinsey un numero molto esiguo di maschi (meno del 2%) può essere considerato appartenente alla categoria degli asessuali, e per tale ragione si trascura questa classe ponendola al di fuori della *seven-point scale* (*X category*). Solo la constatazione che tale categoria è in realtà più cospicua se riferita all'universo femminile (una percentuale variabile dal 14 al 19% fra le donne non coniugate di età compresa fra i 20 e i 35 anni[205]) porta Kinsey a specificare il significato della *X category*, pur mantenendola fuori dalla griglia di valutazione: Le persone asessuali sono quelle "che non hanno mai avuto alcun tipo di rapporto fisico di natura sessuale e che non provano alcuna attrazione mentale o desiderio sessuale sia di natura omosessuale che eterosessuale[206]".

Grafico 1: La visione bipolare unidimensionale dell'orientamento sessuale (*seven-point scale*).

Kinsey accetta la visione bipolare dell'orientamento sessuale che vede i sette sottotipi di orientamento come specifiche *continuos categories*, in altre parole come categorie ordinate fra loro in ragione della maggiore o minore predisposizione nei confronti dei due sessi. I sette tipi di orientamento sono così collocati in una scala di valutazione compresa fra due estremi, dall'esclusiva eterosessuali-

---

[205] A.C. Kinsey *et al.*, *Sexual Behavior in the Human Female*, cit., 474.

[206] A.C. Kinsey, W.B. Pomeroy, C.E. Martin, *Sexual Behavior in the Human Male*, cit., 656; Kinsey *et al.*, *Sexual Behavior in the Human Female*, cit., 472: "[i]ndividuals are rated as X's if they do not respond erotically to either heterosexual or homosexual stimuli, and do not have overt physical contacts with individuals of either sex in which there is evidence of any response […] It is not impossible that further analyses of these individuals might show that they do sometimes respond to socio-sexual stimuli, but they are unresponsive and inexperienced as far as it is possible to determine by any ordinary means".

tà all'esclusiva omosessualità. Questa classificazione ha il pregio di concepire i singoli tipi di orientamento sessuale come categorie continuate e di contemplare la bisessualità come ipotesi plausibile[207], ma palesa il limite di una eccessiva frammentazione[208]. L'inquadramento di ciascun individuo nell'ambito di una fra sette possibili tipologie è operazione agevole solo a seguito d'indagini analitiche sulla storia sessuale di ognuno, ma risulta scarsamente adattabile ad usi e contesti che richiedono maggiore semplicità e snellezza di classificazione. Il discorso politico-giuridico, ad esempio, mostra di oscillare fra la visione binaria dell'orientamento sessuale e la visione bi-

---

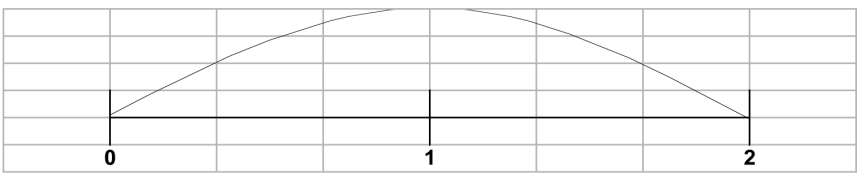
[207] *Ibidem*, 641: "gli individui che appartengono alla categoria 3 sono a metà tra l'eterosessualità e l'omosessualità. Essi sono egualmente omosessuali ed eterosessuali nelle loro esperienze sessuali vissute e/o nelle loro reazioni psichiche. In genere essi accettano e apprezzano egualmente ogni tipo di contatto, e non manifestano alcuna peculiare preferenza per l'una o per l'altro sesso. Alcune volte vi sono persone che, pur avendo avuto più esperienze di un tipo, rientrano ugualmente nella categoria 3, perché essi mostrano un'eguale attrazione psichica nei confronti di entrambi i sessi, e i contatti più frequenti con uno dei sessi dipende unicamente dalle circostanze".

[208] Vi sono filoni scientifici che sottolineano come essere bisessuali non significhi nutrire identici desideri sessuali rispetto ai due sessi, ma semplicemente avere esperienze sessuali con entrambi. La visione bipolare di Kinsey considera valido l'assunto in base al quale il grado d'attrazione nei confronti di un sesso è inversamente funzionale al grado di attrazione nutrito nei confronti dell'altro. Il bisessuale, che nella griglia di Kinsey rientra nella categoria 3, è dunque chi prova eguale (*i.e.* equidistante) attrazione nei confronti di entrambi i sessi. Pertanto, nella stessa categoria sarebbero posti bisessuali che mostrano avere una qualitativamente diversa attrazione e predisposizione sessuale verso i sessi, sebbene quantitativamente egualmente calibrata verso entrambi. Identico ragionamento potrebbe compiersi rispetto agli omosessuali o eterosessuali. Una debole attrazione verso le femmine non implicherebbe necessariamente una forte attrazione verso i maschi, tant'è che esistono persone poco attratte dalle femmine e per nulla attratte dai maschi e viceversa. Il limite, dunque, della teoria bipolare dell'orientamento sessuale di Kinsey non risiederebbe tanto nel numero dei singoli sottotipi di preferenza sessuale – determinati in numero di 7 – ma piuttosto nella natura unidimensionale, anziché bidimensionale, della griglia di valutazione. Fra i critici di Kinsey si v.: M. Storms, *Theories of sexual Orientation*, in 38 *Journal of Personality and Social Psychology,* 783-792 (1980); Id., *A theory of Erotic Orientation Development*, in 88 *Psychological Review,* 340-353 (1981); S. Bem, *On the Utility Of Alternative Procedures for Assessing Psychological Androgyny*, in 45 *Journal of Consulting and Clinical Psychology*, 196-205 (1977); J. Spence, R.L. Helmreich, J. Stapp, *The Personal Attributes questionnaire. A Measure of Sex-role Stereotypes and Masculinity and Femininity*, in 4 *JSAS Catalog of Selected Documents in Psychology*, 43 (1974).

polare semplificata. In particolare quest'ultima immagina gli individui come collocabili in una *three-point scale*, e dunque distingue tre soli sottotipi di orientamento: (1) eterosessualità, (2) bisessualità, (3) omosessualità. Tale criterio di classificazione, illustrato nella sua versione migliore del sessuologo John Money in *Gay, Straight, and In-Between*[209], può essere così rappresentato:

Grafico 2: La visione bipolare unidimensionale dell'orientamento sessuale (*three-point scale*).

0 = Eterosessualità
1 = Bisessualità
2 = Omosessualità



8. *Il divieto di discriminazione fondata sull'orientamento sessuale*

Le minoranze sessuali sono soggette a discriminazione sulla base dei loro comportamenti e/o desideri sessuali, stili di vita, relazioni intime, o altre forme d'identità personale o di espressione non rientranti nel dominante paradigma normativo eterosessuale. Uomini e donne – ben sottolinea Cameron – "subiscono discriminazioni sia in ragione delle condotte sessuali intraprese con persone dello stesso sesso, o per il fatto che costoro s'identificano come gay o lesbiche, sia perché si presume che la loro predisposizione psicologica si traduca in atti sessuali – sebbene in realtà questi non accadano"[210]. Agli omosessuali è spesso impedito, per esempio, di svolgere il servizio militare in virtù di accertamenti relativi alla condotta sessuale passata o presente, oppure a causa dell'attrazione nutrita nei confron-

---

[209] J. Money, *Gay, Straight, and In-Between*, cit.

[210] E. Cameron, *Sexual Orientation and the Constitution*, cit., 452; l'A. afferma che "[d]iscrimination thus reaches well beyond the self-conscious political categories of orientation. It touches all those who have, or are perceived to have, an erotic predisposition to those of their own sex".

ti di persone dello stesso sesso, e/o della loro identificazione come gay, giacché si dà per scontato che in futuro intraprendano una o più condotte sessuali con persone dello stesso sesso. Difficile distinguere, anche ai fini giuridici, il *sexual doing* dal *sexual being*: la ragione dell'esclusione può risiedere tanto nella presunzione che un individuo sia omosessuale, quanto nel fatto che costui abbia agito come tale, ad esempio perché sorpreso tra le braccia del partner dello stesso sesso. La disciplina militare statunitense del *Don't Ask, Don't Tell* non è l'unica prassi a confermare questa realtà.

La repressione sessuale contribuisce a rendere lesbiche, gay e bisessuali gruppi distinti. Le minoranze sessuali hanno tratti comuni poiché la loro repressione, la presenza di un modello di organizzazione sociale fondato sullo Stato ed il parametro normativo eterosessuale hanno teso a diffondersi velocemente ed integralmente non solo nei paesi occidentali, ma anche nei territori colonizzati il cui diritto è chiaramente adottato sull'orma di paradigmi culturali europei[211]. Le minoranze sessuali presentano tuttavia differenze rispetto a quelle etniche, linguistiche o religiose. Nella maggioranza dei casi la tendenza sessuale è un aspetto invisibile. Invisibilità non equivale però ad assenza di caratteristiche distintive – che in genere i gruppi minoritari possiedono – giacché lesbiche, gay e bisessuali condividono proprio la direzione sessuale dell'attrazione e/o del comportamento verso persone dello stesso sesso. Invisibilità, poi, non significa invulnerabilità. Al contrario, la non aperta visibilità delle tendenze sessuali spinge i gruppi minoritari a reprimere o tenere segreti (*closet*) per lungo tempo moti dell'anima e comportamenti sessuali, e ciò impedisce loro di realizzarsi e reagire fattivamente contro sentimenti e atteggiamenti omofobici[212]. In molti casi l'invisibilità ha addirittura consentito agli Stati di negare l'esistenza di gruppi sessuali minoritari tra la popolazione così acuendo il clima oppressivo e discriminatorio nei loro riguardi.

---

[211] P. Ashman, *Homosexuality and Human Rights Law*, in ILGA, *Second Pink Book*, University of Utrecht, Utrecht, 47-57.

[212] W.N. Eskridge, *Gaylaw. Challenging the Apartheid of the Closet*, Harvard University Press, Cambridge-London, 1999, *passim*.

L'affermazione di un diritto fondamentale al libero orientamento sessuale è di norma la conseguenza implicita del riconoscimento costituzionale di diritti o sfere di libertà, e come tale si compone di opzioni sussumibili nel quadro costituzionale vigente. In tal senso, il diritto a non subire arbitrarie discriminazioni è solo un aspetto del più ampio diritto al libero orientamento sessuale, ed implica che le istituzioni adottino un punto di vista neutrale ed eguale rispetto alla direzione sessuale dell'attrazione e/o delle condotte, e/o dell'identità sessuale di ognuno[213]. Direzione sessuale dell'attrazione e/o delle condotte e identificazione in una categoria di orientamento sessuale sono tutti aspetti che richiedono di essere coperti e protetti dalle clausole costituzionali di eguaglianza. Lo stesso può dirsi riguardo all'analogo divieto di discriminazione in ragione del fattore religione. In tal caso può aversi discriminazione sia: (a) se un soggetto è arbitrariamente escluso da un trattamento o da un bene per il fatto di credere sin dalla nascita in una determinata fede, pur non essendo praticante (*i.e.* non compiendo propriamente atti a contenuto religioso); sia (b) se un soggetto è arbitrariamente escluso da un trattamento o da un bene per il fatto di praticare riti religiosi, anche a prescindere dal fatto che costui abbracci intimamente una determinata fede, o che s'identifichi in ragione di quella. Entrambi gli aspetti del fenomeno religioso richiedono pertanto di essere coperti dall'omologo divieto di discriminazione, esattamente come accade rispetto al fattore orientamento sessuale.

L'imperativo egualitario di non discriminazione delle minoranze sessuali è connesso ai valori di libertà e dignità. Da un lato implica la libertà soggettiva di distaccarsi da modelli di vita che realizzano prevalentemente aspirazioni del dominante orientamento eterosessuale (diritto ad essere diversi), sì che deve desumersi l'illegittimà di pras-

---

[213] Il Massachusetts – il primo Stato americano ad approvare misure antidiscriminatorie applicabili in diversi settori (*employment, places of public accomodation, housing, credit, services*) – ha definito il *sexual orientation* "as having an orientation for or being identified as having an orientation for heterosexuality, bisexuality or homosexuality" (Mass. Gen. Laws, chap. 151B, sec. 3(6)). Similmente, l'ordinanza n. 0-17453 della città di San Diego, California (16-4-1990) ha definito l'orientamento sessuale come "an individual supposed or actual sexual preferences for any lawful sexual activity".

si che in vario modo etero-impongono scelte o stili di vita tradizionali. Dall'altro si estrinseca nel diritto a non essere assoggettati a prassi degradanti e stigmatizzanti che escludano arbitrariamente gli appartenenti a gruppi sessuali minoritari da trattamenti o beni giuridici di natura sia materiale che immateriale. La differenziazione normativa è arbitraria qualora determini la negazione o limitazione di un bene o trattamento in virtù di un fattore irrilevante rispetto alla natura del primo o al fine del secondo, in guisa da considerare una particolare categoria soggettiva non egualmente meritevole di considerazione e rispetto. Dunque l'imperativo egualitario di non discriminazione in ragione dell'orientamento sessuale esprime in definitiva il *valore* di eguale rispetto e considerazione della differente condizione di eterosessuali, gay, lesbiche e bisessuali, con tutte le conseguenze che, anche da un punto di vista giuridico, da questa affermazione assiologica possono farsi derivare[214].

8.1. *La Direttiva CE 78/2000*

Il collegamento tra eguaglianza e dignità umana giustifica la tendenza recente a considerare la discriminazione come un fenomeno articolato che può realizzarsi anche tramite forme indirette, molestie e incitazioni all'odio. La protezione antidiscriminatoria accordata dalla Direttiva CE 78/2000[215] riveste indubbiamente un valore emblematico anche perché, oltre ad inserirsi nel contesto delle tradizioni costituzionali comuni a tutti gli Stati parte all'Unione Europea, fissa dei requisiti minimi in materia di occupazione e condizioni di lavoro, lasciando liberi gli Stati membri di introdurre o mantenere disposizioni più favorevoli[216].

---

[214] LAMBDA, *State, Cities and Counties Prohibiting Sexual Orientation Discrimination*, Lambda Legal Defense and Education Fund Inc., New York, 1998.

[215] Direttiva del Consiglio 2000/78/CE del 27 novembre 2000, in *Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee*, 2000, L 303/16.

[216] Per un commento analitico della direttiva e della sua attuazione in italia si rinvia a Aa.Vv., *La discriminazione fondata sull'orientamento sessuale: l'attuazione della Direttiva 2000/78/CE e la nuova disciplina per la protezione dei diritti delle personeomosessuali sul posto di lavoro*, a cura di S. Fabeni, M.G. Toniollo,

La Direttiva 78/2000 – adottata dal Consiglio il 27 novembre 2000 sull'orma dell'art. 13 Trattato CE[217] – mira a stabilire in ambito comunitario un quadro per la lotta alle discriminazioni fondate "sulla religione o le convinzioni personali, gli *handicap*, l'età o le tendenze sessuali" in tema di occupazione e condizioni di lavoro al fine di renedere effettivo negli Stati membri il principio della parità di trattamento (art. 1 Dir. 78/2000). La direttiva non precisa che cosa debba intendersi per "tendenze sessuali" – la versione inglese utilizza la locuzione *sexual orientation.* L'unico commento al riguardo è contenuto nella relazione esplicativa redatta dalla Commissione, nella quale si afferma che "rispetto all'orientamento sessuale, dovrebbe tracciarsi una chiara linea di divisione tra l'orientamento sessuale, che è coperto […], e il comportamento sessuale, che invece non lo è"[218]. L'intento espresso dalla Commissione di coprire unicamente l'aspetto psicologico o identitario dell'orientamento sessuale ha ricevuto critiche dalla Commissione per le libertà e i diritti dei cittadini, la giustizia e gli affari interni, consultata dal Parlamento Europeo. Il relatore Joke Swiebel – dopo aver rilevato che "tale impostazione porta a definire gruppi di persone che sono protetti dal divieto di discriminazione e gruppi che ne restano esclusi, un risultato che non soltanto è giuridicamente assurdo, ma anche politicamente inopportuno" – nota che "[s]arebbe auspicabile che la Commissione e il Consiglio precisassero che tale passaggio non significa in nessun modo che la tutela contro le discriminazioni basate sull'orientamento sessuale decade quando si accerti che gli interessi non si limitano a pensieri e fantasie ma passano ai fatti"[219].

Roma, Ediesse, 2005; L. Nibi, *La parità di trattamento in materia di occupazione e condizioni di lavoro: prime riflessioni sul d. lgv. 216/2003*, in *Diritto&Diritti*, settembre 2003 (www.diritto.it/articoli/lavoro/nibi7.html; 25/07/04).

[217] Il testo della disposizione è il seguente: "[f]atte salve le altre disposizioni del presente Trattato e nell'ambito delle competenze da esso conferite alla Comunità, il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione, e previa consultazione del Parlamento europeo, può prendere i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni basate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, gli *handicap*, l'età o l'orientamento sessuale".

[218] COM (1999) 565, 1999/0225 (CNS), OJ 27/06/00 C 177 E/42.

[219] Parlamento Europeo, 21 settembre 2000, A5-0264/2000, 51.

È probabile che in futuro la Corte di Giustizia chiarisca il punto, ma è difficile che sia seguita la tesi sostenuta dalla Commissione giacché una siffatta limitazione, oltre a non trovare alcuna corrispondenza testuale nella Direttiva, determinerebbe un totale svuotamento della protezione antidiscriminatoria accordata alle minoranze sessuali. Non solo: una concezione più ampia di orientamento sessuale sembra coerentemente imporsi anche perché l'analogo divieto di discriminazione fondata sulla religione, contenuto nella medesima direttiva, postula la copertura sia degli aspetti psicologici sia di quelli comportamentali. Infine una concezione ristretta di orientamento sessuale difficilmente potrebbe ritenersi rispettosa delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, considerato che la Corte di Strasburgo ha ormai saldamente ritenuto la condotta omosessuale coperta dagli art. 8 e 14 della CEDU[220].

Ai fini della Direttiva per principio di parità di trattamento deve intendersi l'assenza di qualsiasi discriminazione diretta o indiretta basata su uno dei motivi elencati all'art. 1, incluso l'orientamento sessuale (art. 2(1) Dir. 78/2000). In particolare, sussiste discriminazione diretta quando, sulla base di uno qualsiasi dei motivi di cui all'art. 1, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga (art 2(2)(a) Dir 78/2000). Rispetto all'orientamento sessuale, le distinzioni rilevanti ai fini della sussistenza di una discriminazione diretta sono quelle che pongono a carico solo di una o più categorie di orientamento sessuale – di norma a carico di lesbiche, gay e bisessuali – specifiche limitazioni od oneri[221]. Spesso in ambito lovarativo ed occupazionale i trattamenti differenziati in ragione dell'orientamento sessuale sono il frutto di pregiudizi e/o stereotipi collegati all'omosessualità. Data poi l'invisibilità dell'orientamento sessua-

---

[220] *Dudgeon v. United Kingdom*, App. N. 7525/76 (22/10/1981); *L. and V v. Austria*, App. N° 39392/98, 39829/98 (09/01/2003); *S.L. v. Austria*, App. N. 45330/99 (09/01/2003).

[221] D. Gottardi, *Il diritto antidiscriminatorio e la nozione di discriminazioe diretta e indiretta*, in *La discriminazione fondata sull'orientamento sessuale: l'attuazione della Direttiva 2000/78/CE e la nuova disciplina per la protezione dei diritti delle personeomosessuali sul posto di lavoro*, a cura di S. Fabeni, M.G. Toniollo, Roma, Ediesse, 2005, 117-131.

le, sovente il trattamento differenziato nei confronti di categorie di orientamento sessuale minoritarie rafforza l'esigenza di mantenere segrete le proprie inclinazioni sessuali. Ciò è a detrimento dell'autostima e della possibilità di realizzare pienamente se stessi, ossia in aperto contrasto con l'obiettivo principale dell'eguaglianza, quello di proteggere la dignità umana.

La nozione di discriminazione indiretta scaturisce da una visione sostanziale del principio di eguaglianza e si concentra sull'impatto che un trattamento apparentemente neutro ha o può avere su un individuo o un gruppo[222]. La Direttiva chiarisce che sussiste discriminazione indiretta quando una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri "possono mettere in una posizione di particolare svantaggio" le persone di una particolare tendenza sessuale, rispetto ad altre persone, "a meno che (i) tale disposizione, tale criterio o tale prassi siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari" (art. 2(2)(b) Dir. 78/200). Si verifica dunque discriminazione indiretta a prescindere sia dalla "quantità" di svantaggio gravante sulle persone di una particolare tendenza sessuale, sia dall'attualità dell'impatto negativo[223].

---

[222] S. Fredman, *Equality: a New Generation*, 30 *Industrial Law Journal* 161 (2001): "results-based principle of equality".

[223] L'art. 4 Dir. 78/2000 ("Requisiti per lo svolgimento dell'attività lavorativa) precisa inoltre che "1. Fatto salvo l'articolo 2, paragrafi 1 e 2, gli Stati membri possono stabilire che una differenza di trattamento basata su una caratteristica correlata a una qualunque dei motivi di cui all'art. 1 non costituisca discriminazione laddove, per la natura dell'attività lavorativa o per il contesto in cui essa viene espletata, tale caratteristica costituisca un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa, purché la finalità sia legittima e il requisito proporzionato. 2. Gli Stati membri possono mantenere nella legislazione nazionale in vigore alla data d'adozione della presente Direttiva o prevedere in una futura legislazione che preveda prassi nazionali vigenti alla data d'adozione della presente Direttiva, disposizioni in virtù delle quali, nel caso di attività professionali di chiese o di altre organizzazioni pubbliche o private la cui etica è fondata sulla religione o sulle convinzioni personali, una differenza di trattamento basata sulla religione o sulle convinzioni personali non costituisca discriminazione laddove, per la natura di tali attività, o per il contesto in cui vengono espletate, la religione o le convinzioni personali rappresentino un requisito essenziale, legittimo e giustificato per lo svolgimento dell'attività lavorativa, tenuto conto dell'etica dell'organizzazione. Tale differenza di trattamento si applica tenuto conto delle disposizioni e dei principi

La Direttiva include nella nozione di discriminazione anche la molestia, non solo quella di natura strettamente sessuale, e l'ordine a discriminare, giacché assieme alle discriminazioni dirette ed indirette incidono negativamente sulla dignità delle minoranze sessuali. A tal stregua si precisa che le molestie sono da considerarsi una discriminazione in caso di comportamento indesiderato adottato a motivo, fra l'altro, dell'orientamento sessuale avente lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una persona e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante ed offensivo (art. 2(3) Dir. 78/2000). Pure l'ordine di discriminare persone a motivo dell'orientamento sessuale "è da considerarsi discriminazione ai sensi del paragrafo 1" (art. 2(4) Dir. 78/2000).

La Direttiva prevede infine che "allo scopo di assicurare completa parità nella vita professionale, il principio della parità di trattamento non osta a che uno Stato membro mantenga o adotti misure specifiche dirette a evitare o compensare svantaggi correlati a uno qualunque dei motivi di cui all'art. 1" (art. 7 Dir. 78/2000), incluso l'orientamento sessuale[224]. Si tratta di una disposizione decisamente

---

costituzionali degli Stati membri, nonché dei principi generali del diritto comunitario, e non può giustificare una discriminazione basata sugli altri motivi. A condizione che le sue disposizioni siano d'altra parte rispettate, la presente direttiva non pregiudica pertanto il diritto delle chiese o delle altre organizzazioni pubbliche o private la cui etica è fondata sulla religione o sulle convinzioni personali, e che agiscono in conformità delle disposizioni costituzionali e legislative nazionali, di esigere dalle persone che sono alle loro dipendenze un atteggiamento di buona fede e di lealtà nei confronti dell'etica dell'organizzazione".

[224] La Direttiva comunitaria è stata attuata dall'ordinamento italiano con Decreto Legislativo 9 luglio 2003, n. 216 "Attuazione della Direttiva 2000/78/CE per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro", in *Gazzetta Ufficiale n. 187*, 13 agosto 2003. Con l'art. 4 del D. Lgv. 216/03 si emenda l'art. 15, comma 2, della legge 20 maggio 1970, n. 300, aggiungendo fra i divieti di discriminazione già contemplati anche quelli fondati sull'*handicap*, età, orientamento sessuale e convinzioni personali. Inoltre, l'art. 3, comma 3, specifica che "[n]el rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza, nell'ambito del rapporto di lavoro o dell'esercizio dell'attività di impresa, non costituiscono atti di discriminazione ai sensi dell'art. 2 quelle differenze di trattamento dovute a caratteristiche connesse alla religione, alle convinzioni personali, all'*handicap*, all'età o all'orientamento sessuale di una persona, qualora, per la natura dell'attività lavorativa o per il contesto in cui essa viene espletata, si tratti di caratteristiche che costituiscono un requisito essenziale e determinante ai fini dello svolgimento dell'attività medesima. Parimenti, non costituisce atto di discriminazione la valutazione delle caratteristiche suddette ove esse assu-

innovativa, posto che in relazione all'orientamento sessuale l'obiettivo primario è sempre stato incentrato sul perseguimento di politiche e normative miranti l'abolizione di trattamenti direttamene o anche indirettamente discriminatori in danno di gay, lesbiche e bisessuali. Ad oggi non si conoscono casi di azioni positive adottate dagli Stati membri dell'UE a favore delle minoranze sessuali[225].

8.2. *La discriminazione indiretta: orientamento sessuale ed età nelle esperienze di Ontario e Quebec*

In Canada le corti interne di Ontario e Quebec hanno ritenuto alcune previsioni penali indirettamente discriminatorie nei confronti delle minoranze sessuali, sebbene direttamente fondate sul fattore

---

mano rilevanza ai fini dell'idoneità allo svolgimento delle funzioni che le forze armate e i servizi di polizia, penitenziari o di soccorso possono essere chiamati ad esercitare". In tema di lavoro si segnala altresì il D. Lgv. 10 settembre 2003, n. 276 – Attuazione delle deleghe in materia di occupazione e mercato di lavoro, di cui alla legge 14 febbraio 2003, n. 30, in *Gazzetta Ufficiale* n. 235, 9 ottobre 2003, *Suppl. ord.* n. 159: al suo art. 10 (Divieto di indagini sulle opinioni e trattamenti discriminatori), si dispone che "È fatto divieto alle agenzie per il lavoro e agli altri soggetti pubblici e privati autorizzati o accreditati di effettuare qualsivoglia indagine o comunque trattamento di dati ovvero di preselezione di lavoratori, anche con il loro consenso, in base alle convinzioni personali, alla affiliazione sindacale o politica, al credo religioso, al sesso, all'orientamento sessuale, allo stato matrimoniale o di famiglia o di gravidanza, alla età, all'*handicap*, alla razza, all'origine etnica, al colore, alla ascendenza, alla origine nazionale, al gruppo linguistico, allo stato di salute nonché ad eventuali controversie con i precedenti datori di lavoro, a meno che non si tratti di caratteristiche che incidono sulle modalità di svolgimento della attività lavorativa o che costituiscono un requisito essenziale e determinante ai fini dello svolgimento dell'attività lavorativa. È altresì fatto divieto di trattare dati personali dei lavoratori che non siano strettamente attinenti alle loro attitudini professionali e al loro inserimento lavorativo". Prima dell'approvazione dei summenzionati provvedimenti in ambito prettamente lavorativo sono state avanzate proposte volte a sancire un generale divieto di discriminare in ragione dell'orientamento sessuale, ma i lavori parlamentari hanno dimostrato le reazioni negative di molte forze politiche: F. Guglia, *La paradossale discriminazione degli eterosessuali*, in *Il Giornale*, 22 settembre 1999, 10; R. Zuc, *Legge per i gay, scontro fra i cattolici*, in *Corriere della Sera*, 16 settembre 1999, 17; Aa.Vv., *Non ho niente contro i gay ma è inutile tutelarli per legge*, in *Oggi*, 29 settembre 1999, 17.

[225] P. Chieco, *Azioni positive e omosessualità: dalle aperture della Direttiva 2000/78/CE al silenzio del d.lgv. n. 216/2003*, in *La discriminazione fondata sull'orientamento sessuale: l'attuazione della Direttiva 2000/78/CE e la nuova disciplina per la protezione dei diritti delle persone omosessuali sul posto di lavoro*, a cura di S. Fabeni, M.G. Toniollo, Roma, Ediesse, 2005, 417-434.

età. Nonostante il codice penale canadese vigente non contenga alcuna apparente discriminazione diretta in ragione dell'orientamento sessuale – non creando, questo, distinzioni a riguardo dell'attività sessuale compiuta tra maschio-femmina, maschio-maschio e femmina-femmina[226] –, in esso possono rinvenirsi regole fondate sull'età

---

[226] *Criminal Code*, R.S. 1985 chapter C-46. Il codice criminale canadese del 1953 proibiva le condotte di *buggery* (identificate col rapporto anale), *bestiality* e *gross indecency* (di solito, ma non solo, individuate nella consumazione del rapporto orale) commesse in privato tra due persone dello stesso sesso aventi almeno 21 anni (*Criminal Code*, S.C. 1953-54, chapter 51, section 149). Questo scenario iniziò a mutare nel 1965, quando Everett George Klippert ammise di fronte alla polizia di essere gay, di essere colpevole per quattro capi di accusa di *gross indecency ex* section 149 del codice criminale e di non aver intenzione di cambiare il proprio modo di essere e di fare, potendo commettere altre *sexual offences* della stessa natura con altri maschi adulti consenzienti. Poiché il suo orientamento sessuale fu considerato "incurable" dai due psichiatri – Dr. Donald Griffith McKerracher e Dr. Ian McLaren McDonald –, a Klippert, il 7 novembre 1967, fu confermata, da parte della Suprema Corte canadese (*R. v. Klippert,* [1967] S.C.R. 822), la condanna al carcere a vita, emessa dalla Corte d'Appello dei Northwest Territories, in quanto considerato *dangerous sex offender* ai sensi della section 659(b) del *criminal code* (*Criminal Code,* cit., chapter 51, section 659 (b) [enacted by 1960-61 (Can.), chapter 43 section 32]: ""dangerous sexual offender" means a person who, (i) by his conduct in any sexual matter, has shown a failure to control his sexual impulses, and (ii) who (a) is likely to cause injury, pain or other evil to any person, through failure in the future to control his sexual impulses or (b) is likely to commit a further sexual offence"). In seguito, alcune pratiche sessuali tra persone dello stesso sesso vennero depenalizzate ad opera del *Criminal Law Amendment Act* (*Bill C-150, Criminal Law Amendment Act* 1968-69, S.C. 1968-69, chapter 38, section 7) ma permasero vessazioni ed arresti a danno dei gay che cercavano compagnie sessuali maschili occasionali in aree pubbliche e nei bar (J. Fisher, R. Jürgens, A. Vassal, R. Hughes, *Gay and Lesbian Issues and HIV/AIDS: Final Report*, Canadian HIV/AIDS Legal Network & Canadian AIDS Society, Montréal, 1998, in http://www.aidslaw.ca/Maincontent/ issues/gaylesbian/finalreports/gllilaw1.htm, p. 4; G. Kinsman, *The Regulation of Desire: Sexuality in Canada*, Black Rose Books, Montréal, 1987, 172: "[i]n 1969 the Criminal Code was amended so as to make certain sexual acts between consenting adults, in private, legal. This was widely misunderstood as "legalizing" homosexuality and thus putting homosexuals on an equal basis with other Canadians. In fact, this amendment was merely a recognition of the non-enforceable nature of the Criminal Code as it existed. Consequently, its effects have done but little to alleviate the oppression of homosexual men and women in Canada. In our daily lives we are still confronted with discrimination, police harassment, exploitation and pressures to conform which deny our sexuality"). Nel 1987 fu adottata un'eguale età del consenso per le *same-sex* e le *opposite-sex sexual activities,* richiedendosi, per l'esercizio di entrambe, il compimento dei 14 anni di età (sebbene per l'*anal intercourse* si continuassero ad esigere 18 anni, se le parti coin-

che, tuttavia, anche se applicate con neutralità, sono indirettamente discriminatorie verso le persone lesbiche, gay e bisessuali[227]. Un esempio di regola è l'età più alta di consenso richiesta dalla section 159 del *criminal code* per il rapporto anale[228]: sebbene la necessarietà di tale requisito vede accomunate le relazioni eterosessuali a quelle omosessuali maschili, essa in realtà giunge a colpire in misura prevalente l'attività sessuale condotta tra uomini, di cui *l'anal intercourse* è la più tipica espressione.

La sezione 159 fu indubbiata di incostituzionalità nel caso *R. v. Carmen M.*[229], portato dinanzi alla Corte d'Appello dell'Ontario nel maggio del 1995. A fronte della consumazione di un rapporto anale con un giovane di 14 anni, punita dalla *criminal law* in quanto non condotta da parti consenzienti, di almeno 18 anni o sposate tra loro, si sottolineò come la legge violasse i diritti di eguaglianza del giovane nella misura in cui l'età del consenso richiesta per l'attività sessuale esercitata tra maschio e femmina era per l'appunto fissata nei 14 anni. La Corona confermò che la distinzione in base all'età, creata dalla sezione 159, era discriminatoria, ma sostenne che la medesima poteva essere giustificata alla luce della sez. 1 della Carta, poiché si legittimava con l'obiettivo di proteggere i giovani dall'avere quella specifica forma di attività sessuale (rapporto anale) per la

---

volte non erano marito e moglie) (*Criminal Code*, section 159 emendata da S.C. 1987, chapter 24, sections 1-4).

[227] R. Wintemute, *Equality principle, sexual orientation discrimination, and the Canadian Charter*, in E. Ceccherini (ed.), *Sexual Orientation in Canadian Law*, Giuffrè, Milano, 2004, 87.

[228] Criminal Code, Part V, Section 159: "(1) Every person who engages in an act of anal intercourse is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding ten years or is guilty of an offence punishable on summary conviction. (2) Subsection (1) does not apply to any act engaged in, in private, between (a) husband and wife, or (b) any two persons, each of whom is eighteen years of age or more, both of whom consent to the act. (3) For the purposes of subsection (2), (a) an act shall be deemed not to have been engaged in private if it is engaged in a public place or if more than two persons take part or are present; and (b) a person shall be deemed not to consent to an act (i) if the consent is extorted by force, threats or fear of bodily harm or is obtained by false and fraudulent misrepresentations respecting the nature and quality of the act, or (ii) if the court is satisfied beyond a reasonable doubt that the person could not have consented to the act by reason of mental disability".

[229] *R. v. Carmen M.*, [1995] 23 O.R. (3d) 629 (Ont. C.A.).

quale c'erano rischi maggiori di conseguire problemi psicologici e fisici, come la contrazione del virus HIV. Il giudice Russell, contando sulla coeva decisione della Corte federale in *Halm v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*[230], decise per la soppressione

---

[230] *Halm v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1995] 2 F.C. 331, 91 F.T.R. 106, 28 Imm. L.R. (2d) 252 (Federal Court Trial Division), consultabile su http://recueil.cmf.gc.ca/fc/1995/pub/v2/1995fca0190.html. In *Halm v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, a Henry Halm fu negato lo *status* di immigrante e intimato dall'arbitro C. Simmie di lasciare il Canada dopo che le autorità avevano appreso che egli non era comparso in giudizio a fronte dell'accusa, formulata a suo carico dallo Stato di New York, di aver commesso otto crimini sessuali, tra cui sodomia di 3° grado ("oral sex with someone less than 17 years old") e messa in pericolo del benessere di un bambino ("showing pornographic film to male under age of 16 years and masturbating self in front of "child""). A detta di Halm, la sezione 159 del *canadian criminal code* – che secondo l'*adjudicator* Simmie, in virtù dei subparagrafi 19(1)(*c*.1)(i) dell'*Immigration Act*, conteneva l'equivalente delle condanne per sodomia formulate contro l'appellante – stabiliva una differenziazione in base all'età che violava la sez.15(1) della Carta e in assenza di questa gli atti per i quali era stato ritenuto colpevole sarebbero stati legali, se avvenuti in Canada. Il giudice Reed sostenne che la sezione 159 violava la Carta per l'*enumerated ground* dell'età e per l'*analogous ground* dell'orientamento sessuale e pertanto, il 14 marzo 1995, ordinò l'annullamento della misura di espulsione adottata nei confronti di Mr. Halm. Reed J. rifiutò l'argomentazione del Governo in base alla quale la distinzione contenuta nella sezione *de quo* si legittimava col fine del perseguimento di tre obiettivi validi – "(1) to reinforce moral precepts; (2) to inhibit homosexual youth from acknowledging their sexual orientation at an early age; (3) to protect young persons from the increased risk of HIV transmission". Confutando il primo obiettivo ritenuto legittimo dalla legge, Reed J. stabilì: "I agree that there has always been a close connection between the criminal code and moral values. That does not mean, however, that today in our pluralistic society, that moral values alone can justify making an activity criminal. If it could one immediately has to ask "by whose moral values is the state to be guided"? I am not persuaded that in a free and democratic society that it is justifiable to make an activity criminal merely because a segment, indeed maybe a majority, of the citizency consider it to be immoral" (p. 32). In risposta alla presentazione del secondo e del terzo obiettivo, M.me Reed argomentò che "[a]ll the evidence indicates that AIDS is spread by a number of activities (sharing needles among drug users, blood transfusions, both anal and vaginal intercourse). In absolute numbers it would appear that anal sex is the least frequent method of transmission. It is not rational to make one such activity a criminal offence and not the others. Also while unprotected anal sex may be riskier, as a potential conduit for HIV transmission than vaginal sex, in both cases it is unprotected sex which is the cause, not the activity itself" (p. 33). La vicenda *Halm* proseguì con la presentazione, da parte di Mr. Halm, di una domanda di controllo giudiziario della misura di espulsione contro di lui adottata il 7 luglio 1995 in ragione della sua costituzione in latitanza dopo la messa in libertà su cauzione nello Stato di New York e delle false indicazioni fornite ai funzionari

della section 159, ritenendo che questa discriminasse direttamente in base all'età ed indirettamente in ragione dell'orientamento sessuale e si ponesse quindi in contrasto con la sez.15(1) della Carta. Abella J. osservò, concorrendo alla decisione di Russel, che "la sez. 15 svantaggia[va] arbitrariamente gli uomini gay negandogli fino al compimento dei diciotto anni una scelta che i non gay [avrebbero] invece [potuto] compiere a quattordici, come la scelta di esprimersi sessualmente con un compagno consenziente fuori dal rapporto matrimoniale. […] Anche se non legalmente uniti in matrimonio, gli adolescenti quattordicenni [potevano] intrattenere rapporti sessuali senza il rischio della sanzione penale; quelli gay no. Così facendo si perpetua[va] anziché restringere la discriminazione nei confronti di un gruppo storicamente svantaggiato – quello degli omosessuali"[231]. Abella J. sottolineò come, "a differenza di altre previsioni contenute nel codice al fine di proteggere i giovani da condotte sessuali dannose, solo la norma che proibi[va] il rapporto anale [punisse] sia la partecipazione del più giovane sia quella del più maturo"[232], e concluse per l'assenza di prove evidenti volte a sostenere che gli adolescenti fossero soggetti al rischio di trasmissione dell'AIDS più di altri, che la criminalizzazione del loro comportamento sessuale li avrebbe protetti e che il reale intento della sezione 159 sarebbe stato quello di definire, da parte del Governo, un comportamento morale avente una giustificazione ragionevole ed obiettiva.

In *Carmen M.* il Governo non propose alcun appello poiché una corte del Quebec stava affrontando quasi contemporaneamente la stessa questione, che vedeva sottoposta la sezione 159 a un giudizio di ragionevolezza[233]. La Corte d'Appello del Quebec in *R. v.*

---

dell'immigrazione canadese su fatti importanti quali il suo stato di visitatore. Tale domanda venne rigettata dal giudice Rothstein in *Halm v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1996] 1 C.F. 547 (consultabile in http://recueil.cmf.gc.ca/fc/ 1996/pub/v1/ 1996fca0124.html), sulla base dell'assunto che esistevano ragionevoli motivi di credere che Halm potesse rappresentare un pericolo pubblico o sottrarsi alle autorità per evitare l'espulsione.

[231] *R. v. Carmen M.*, cit., 636.

[232] *Ibidem*, 638.

[233] *R. v. Roy*, [1995] R.J.Q. 282 (C.Q.). La Corte decise che l'art. 159 del codice criminale non era incompatibile con l'art. 7, l'allegato 11d) e il par. 15(1) della Carta e che, in assenza di una prova in tal senso, non era possibile concludere che

Roy[234] rilevò la presenza di una discriminazione indiretta in ragione dell'orientamento sessuale ex sez.15(1) della Carta – e alla stessa conclusione pervenne in *R. v. M. (C.)*[235] il giudice Abella (mentre gli altri due giudici di maggioranza si pronunciarono nel senso di riconoscere una avvenuta discriminazione diretta soltanto in base all'età). Esaminando la distinzione in questione alla luce della sez.1 della Carta, allo scopo di verificarne la giustificabilità, tutti i giudici conclusero che l'obiettivo di prevenire la trasmissione del virus HIV non era motivo proporzionato a giustificare l'adozione di una misura quale quella della criminalizzazione dell'attività sessuale privata svolta consensualmente in un'età in cui altrimenti sarebbe stata considerata legale. Sfortunatamente il Governo Federale rinunciò a proporre appello dinanzi alla Corte Suprema, impedendole di confermare le decisioni delle Corti inferiori, e ad abrogare la sezione 159, comportandone la conservazione in tutte le province e i territori che non fossero l'Ontario e il Quebec.

9. *L'orientamento sessuale e il transgenderismo*

L'orientamento sessuale è un fenomeno distinto dal transessualismo[236], che si verifica quando il senso psicologico di appartenenza ad un determinato sesso-genere di un individuo (identità sessuale e/o di genere) è discordante rispetto al sesso biologico di appartenenza originaria. Sovente in ambito medico-scientifico si parla al riguardo di disforia di genere o sessuale[237]. Esistono persone di ses-

---

l'orientamento sessuale fosse motivo analogo ai sensi della Carta o una caratteristica innata e che l'accusato facesse parte di un gruppo svantaggiato.

[234] *R. v. Roy*, [1998] 125 C.C.C. (3d) 442 (Que. C.A.).

[235] *R. v. M. (C.)*, [1995] 23 O.R. (3d) 629, 30 C.R.R. (2d) 112, 98 C.C.C. (3d) 481 (Ont. C.A.).

[236] J.C. Gonsiorek, J.D. Weinrich, *The Definition and Scope of Sexual Orientation*, in Aa.Vv., *Homosexuality*, J.C. Gonsiorek, J.D. Weinrich (eds.), cit., 1.

[237] Il concetto di genere a cui si allude è ovviamente quello dal significato ampio, poiché in tal caso si vuole valorizzare il fattore della costruzione socioculturale dello stesso concetto di sesso: sulla problematicità linguistica delle categorie implicate si veda J. Boswell, *Revolution, Universals and sexual Categories*, in M. Duberman, M. Vicinus, G. Chauncey (eds.), *Hidden from History,* cit., 17, ove si afferma

so maschile, con cromosomi sessuali XY, oltre che organi genitali interni ed esterni tipicamente maschili, che percepiscono e sentono di appartenere realmente al genere o al sesso femminile, oppure femmine che sentono e credono d'appartenere al sesso maschile. La disforia di genere, o sessuale, è concetto diverso da quello di orientamento sessuale, tant'è che la scienza distingue ulteriormente i transessuali in ragione del loro orientamento (*heterogenderal*, *homogenderal*)[238].

A volte il senso d'identificazione in un altro sesso-genere è talmente radicato che l'individuo, dopo un delicato *iter* di preparazione psico-fisica, decide di procedere a trattamento chirurgico per allineare il sesso biologico a quello psicologico (*i.e.* al sesso-genere a cui il soggetto sente di appartenere)[239]. Il trattamento chirurgico non modifica il sesso cromosomico della persona, ma agisce sulla struttura genitale sia interna sia esterna e, se supportato da un idoneo trattamento ormonale, può determinare forti modificazioni dei ca-

---

che "[t]he scientific method is, in fact, predicated on realist attitudes. On the other hand, the philosophical structure of the modern West is closer to nominalism: the belief that categories are only the names (Latin: nomina) of things agreed upon by humans, and that the "order" people see is their creation rather than their perception. Most modern philosophy and language theory is essentially nominalist, and even the more theoretical sciences are nominalist to some degree. In biology, for example, taxonomists disagree strongly about whether they are discovering (realists) or inventing (nominalists) distinctions among Phyla, genera, species, etc. (When, for example, a biologist announces that bats, being mammals, are "more closely related to" humans than to birds, is he expressing some real relationship, present in nature and detected by humans organize and sort information but that bears no "truth" or significance beyond this utility?)".

[238] I.B. Pauly, *Terminology and Classification of Gender Identity Disorders*, in W.O. Bockting, E. Coleman (eds.), *Gender Dysphoria. Interdisciplinary Approaches in Clinical Management*, The Haworth Press Inc., New York-London-Norwood, 1992, 7: la classificazione in base all'orientamento sessuale dei transessuali è compiuta tenendo presente come parametro di riferimento il sesso acquisito a seguito dell'operazione di riallineamento ("[t]he important variable is not the genetics of the relationship, but the gender status of the two participants").

[239] W.O. Bockting, E. Coleman, *Comprehensive Approach to the Treatment of Gender Dysphoria*, in W.O. Bockting, E. Coleman (eds.), *Gender Dysphoria*, cit., 131-151; R.F. Docter, J.S. Fleming, *Dimensions of Transvestism and Transsexualism: The Validation and Factorial Structure of the Cross Gender Questionnaire*, in W.O. Bockting, E. Coleman (eds.), *Gender Dysphoria*, cit., 15-38.

ratteri sessuali secondari[240]. Avuto riguardo all'esito del trattamento chirurgico il "mutamento di sesso" è oggi un'opzione possibile, e transessuale è chi decide di sottoporsi a trattamento medico di riallineamento: sono detti *female-to-male* se da femmine divengono maschi, e *male-to-female* nel caso inverso. *Preop* – o anche *preoperative transsexual* – è chi prima del trattamento chirurgico inizia una terapia ormonale e assume stili di vita tipici del genere cui il sogetto sente di appartenere. Transessuali e *preop* costituiscono la categoria dei *trangendered*[241].

Talora s'include fra i *transgendered* anche l'ermafrodita (intersesso), ma in realtà tale categoria è concettualmente distinta. Solo in determinate circostanze l'intersesso è anche *transgendered*, potendo accadere che tali soggetti non avvertano mai alcun senso d'identificazione col sesso-genere opposto a quello attribuito al momento della nascita. Inversamente, rientra fra i *transgendered* l'ermafrodita che si

---

[240] H. Asscheman, L.J.G. Gooren, *Hormone Treatment in Transsexuals*, in W.O. Bockting, E. Coleman (eds.), *Gender Dysphoria*, cit., 39; P.T. Cohen-Kettenis, L.J.G. Gooren, *The Influence of Hormone Treatment on Psychological Functioning of Transsexuals*, in W.O. Bockting, E. Coleman (eds.), *Gender Dysphoria*, cit., 55 ss.

[241] H. Asscheman, L.J.G. Gooren, *Hormone Treatment in Transsexuals*, in W.O. Bockting, E. Coleman (eds.), *Gender Dysphoria*, cit., 41 ss; su tali temi si v. diffusamente H. Devor, *FTM. Female-to-Male Transsexual*, Indiana University Press, Bloominghton, 1997; B. Hausman, *Changing Sex. Transsexualism, Technology, and the Idea of Gender*, Duke University Press, Durham NC, 1995. La categoria dei *transgendered* può essere più o meno ampia secondo il concetto di genere (ampio o ristretto) cui si fa riferimento; alcune classificazioni adottano una concezione ristretta di genere e conseguentemente distinguono l'identità sessuale dall'identità di genere, ritenendo il transessualismo come una manifestazione della prima fattispecie, e il *transgenderism* come espressione della seconda: E. Heinze, *Sexual Orientation*, cit., 48. Per identità sessuale, l'A. intende il processo mentale tramite cui determinati individui, appartenenti ad un certo sesso biologico, identificano e qualificano loro stessi come facenti parte del sesso biologico opposto, ciò implicando talora anche la necessità di ricorrere a rimedi chirurgici per allineare il sesso biologico a quello psicologico. Secondo l'A. rientrano in quest'ultimo caso i transessuali, da distinguere rispetto ai travestiti o ai cd. *cross-dresser*, che pur esprimendo una forte identificazione psicologica nel sesso opposto rispetto al proprio sesso biologico, non desiderano ricorrere ad una rettificazione del sesso, ma preferiscono adottare costantemente od occasionalmente l'apparenza del sesso in cui si identificano (*i.e.* al genere in senso stretto, da cui si desume il concetto di identità di genere).

identifichi in un sesso-genere discordante rispetto al sesso – maschile o femminile – chirurgicamente prodotto al momento della nascita[242].

Distinto dai *transgendered* è chi ama indossare indumenti tipici del genere opposto, a patto che tale comportamento non sia determinato da un soggettivo senso d'identificazione con un diverso sesso-genere. *Cross-dresser* è chi indossa panni del sesso opposto solo sporadicamente o in privato, e travestito (*transvestit*) è chi usualmente si veste con indumenti del sesso opposto. *Cross-dressers* e travestiti sono inclusi nella categoria dei *transgenderd* solo se avvertono un senso d'identificazione col sesso-genere opposto, e in tal caso si differenziano dai transessuali o *preop* per il fatto di non volere rettificare il sesso biologico di appartenenza[243]. Possono esservi femmine che amano vestire panni tradizionalmente maschili (giacca e cravatta), oppure maschi che in occasioni particolari usano gonna o altri indumenti femminili. Il parametro di classificazione di questi fenomeni è eminentemente culturale: in alcuni contesti l'indossare la gonna da parte degli uomini è conforme ai costumi sociali – si pensi al *Kilt* scozzese, o alla tonaca monacale. Sino a qualche decennio fa, poi, il sesso femminile sembrava violare ruoli di genere tradizionali se indossava i pantaloni.

Il travestitismo è collegato di norma al bisogno individuale di immedesimarsi nel modello comportamentale del sesso in cui ci si identifica – sottendendo, quindi, motivazioni legate all'identità di genere – ma nulla esclude che questo possa essere dettato da circostanze contingenti. Ci si potrebbe travestire per nascondere il proprio orientamento sessuale, o per conseguire determinati benefici sociali altrimenti preclusi, ad esempio per evitare gli svantaggi provocati da discriminazioni sessuali. Numerose sono le testimonianze

---

[242] S. Kessler, *Lessons from the Intersexed*, cit., *passim*; J. Money, A.A. Ehrhardt, *Man &Woman, Boy & Girl. The Differentiation and Dimorphism of Gender Identity from Conception to Maturity*, John Hopkins University Press, Baltimore, 1972, in cui si definisce l'ermafroditismo come un fenomeno essenzialmente medico e biologico; *contra* E. Heinze, *Sexual Orientation*, cit., 49.

[243] R.F. Docter, J.S. Fleming, *Dimensions of Transvestism and Transsexualism: The Validation and Factorial Structure of the Cross Gender Questionnaire*, in W.O. Bockting, E. Coleman (eds.), *Gender Dysphoria*, cit., 17-18; E. Heinze, *Sexual Orientation*, cit., 48.

che confermano la complessità delle motivazioni alla base del travestitismo. Tante coppie di donne decisero ad esempio di contrarre matrimonio grazie al travestimento da uomo di una delle due. Emblematica è la storia di Elena de Cespedes, spagnola, nata nel 1545 ed educata e cresciuta come donna durante l'infanzia. Inizialmente Elena decise di travestirsi da uomo per sfuggire al tradizionale lavoro femminile della tessitura che altrimenti sarebbe stata obbligata a svolgere; quindi si fece chiamare Eleno e divenne prima soldato e poi sarto. Nel frattempo Eleno s'innamorò di una compaesana ed ottenne la licenza matrimoniale, riuscendo a nascondere il suo vero sesso per ben due volte alle ispezioni corporali svolte dall'autorità pubblica a seguito delle denunce della precedente fidanzata. Solo in seguito si scoprì che il ruolo del marito era svolto da una femmina, così Elena fu processata e condannata a morte dal tribunale dell'Inquisizione[244]. Quella di Elena è solo una delle tante storie che narrano il travestimento come mezzo per affrontare contingenze di natura economica, sociale e personale[245].

Essere *transgender* è cosa ben diversa dall'essere omosessuale, bisessuale o lesbica, anche se nella pratica possono verificarsi coincidenze[246]. La riduzione di omosessuali, bisessuali, lesbiche, travestiti e *transgender* in un'unica grande categoria concettuale riecheggia erroneamente la vecchia tesi omofobica dell'*inversion model* la quale, concependo lesbiche e gay come "invertiti", o membri di un "terzo sesso" o anche intersesso, definiva l'omosessualità nei termini di inversione psicologica, analogamente a quanto accade per il fenomeno del transgenderismo. Stando a questa tesi è gay chi ha un corpo da uomo e un'anima femminile, mentre è lesbica chi conserva una sensibilità maschile in una corporatura femminile. In entrambi

---

[244] V.L. Bullough, B. Bullough, *Cross Dressing, Sex and Gender*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1993, 94-112.

[245] *Ibid*, 97-98, 100-103, 134-138, 164-168. Gli AA. riportano numerose testimonianze di "women passing as men" fra il personale della *Dutch East India Company*, 400 delle quali, travestite, servirono la *Union Army* durante la guerra civile americana. Per testimonianze analoghe si veda J.N. Katz, *Gay American History*, Meridian, New York,1992, 209-279.

[246] D.J. West, *Supposed Origins of Homosexuality*, cit., 313 sostiene l'irrilevanza dei "gender discordant behaviour" e dei "temperment or cross dressing interests" ai fini dell'individuazione delle categorie dell'orientamento sessuale.

i casi sarebbe il modello psicologico tipico di un sesso a subire l'inversione, ma spiegazioni di questo tipo sono oggi abbandonate perché *ictu oculi* controllate dal semplificante e arbitrario paradigma sessista[247].

9.1. *Il transessualismo e il diritto fondamentale all'identità sessuale: l'esperienza italiana*

La distinzione concettuale fra orientamento sessuale e transessualismo trova conferma in due note pronunce, ormai datate, della Corte costituzionale italiana. Nella prima – la decisione 98/1979 –, la Corte fu chiamata a decidere se erano in contrasto con gli articoli 2 e 4 della Costituzione gli artt. 165 e 167 del r.d.l. 9 luglio 1939, n. 1238, e 454 del codice civile poiché, stando alla costante interpretazione della Cassazione (che il giudice *a quo* condivideva), escludevano il diritto alla rettificazione dell'atto di nascita e all'attribuzione del sesso femminile "nell'ipotesi di modificazioni artificiali di un sesso che [facessero] perdere ad un individuo le caratteristiche

---

[247] M.W. Ross, *Femininity, Masculinity, and sexual Orientation: Some Cross-cultural Comparison*, in Aa.Vv., *Homosexuality and Social Sex Roles*, cit., 27-36: l'A. afferma che il maggior grado di femminilità o di mascolinità dipende prevalentemente dal tipo di società e cultura in cui si vive, ma non determina un maggior o minor grado di omosessualità tenendo conto della *seven-point scale* di Kinsey; M.W. Id., *Homosexuality and Social Sex Roles: a Re-Evaluation*, in Aa.Vv., *Homosexuality and Social Sex Roles*, cit., 2: "seeing male homosexuals as individuals with a cross-gender identification is equivalent to saying that because society considers sexual interaction natural or acceptable only between different-sex partners, a male who wishes to interact sexually with another male must think of himself as, or contain attributes of, a female"; R.C. Pillard, *Masculinity and Femininity in Homosexuality: "Inversion" Revisited*, in Aa.Vv., *Homosexuality and Social Sex Roles*, cit., 32-43; K.H. Ulrichs, *The Riddle of "Manly Love". The Pioneering Work on Male Homosexuality*, translated by M.A. Lombardi-Nash, Prometheus Books, Buffalo, 1994[2]; A. Taylor, *Conceptions of Masculinity and Femininity as a Basis for Stereotypes of Male and Female Homosexuals,* in Aa.Vv., *Homosexuality and Social Sex Roles*, cit., 37. Parte della dottrina giuridica riconosce la distinzione concettuale tra orientamento sessuale e identità di genere, ma preferisce includere ogni fattispecie nel concetto di *sexual orientation* argomentando che al fine di individuare diritti fondamentali e sistemiche pratiche discriminatorie gli elementi in comune appaiono più importanti rispetto alle singole differenze: E. Heinze, *Sexual Orientation,* cit., 48.

peculiari maschili ed acquistare quelle femminili esterne, qualora le modificazioni stesse [trovassero] corrispondenza in un'originaria, indiscutibile, personalità psichica di natura femminile". In particolare, l'ordinanza del giudice *a quo* rilevava che le norme impugnate ledevano una specifica garanzia costituzionale, come il diritto all'identità sessuale quale altro fra i diritti inviolabili dell'uomo enunciati nell'art. 2 della Costituzione, e tutelabile in giudizio in virtù dell'art. 24 della stessa.

A parte il deludente esito finale, giacché si dichiara non fondata la questione di legittimità posta[248], la pronuncia della Corte evidenzia l'esistenza di una distinzione concettuale fra il transessualismo, che più propriamente riguarda l'identità sessuale, e l'orientamento sessuale. La Corte accoglie l'idea che vede i due fenomeni come fattispecie distinte, anzitutto sotto un profilo strettamente psichico, asserendo che "[l]a relazione tecnica […] ha posto in chiara luce come ci si trovi di fronte a un caso di 'transessualismo', nel quale cioè nel soggetto è operante una profonda convinzione di appartenere al sesso opposto, con rifiuto degli attributi del sesso fisico di appartenenza, che sono sentiti come fonte di disgusto, ed una aspirazione ad essere inserito ed accettato nella società come persona di sesso opposto; e ciò a differenza degli omosessuali"[249]. Da ciò, poi, la Corte desume la necessità di "lasciar fuori dal *thema decidendum* la questione della (incontestata) libertà sessuale[250]" – ossia dell'orientamento sessuale: all'epoca della decisione questa espressione non era ancora in voga in ambito giuridico – e conclude invitando il legislatore ad affrontare direttamente le problematiche connesse all'identità sessuale. "Posto, infatti, nei suoi termini reali" – afferma la Corte – "il problema [dell'identità sessuale], che non coinvolge, come si è detto, la libertà del comportamento sessuale, può suscitare in Italia, come in altri Paesi, l'attenzione del legislatore sulle sue possibilità di soluzione e i relativi limiti in ordine al matrimonio[251]".

---

248 Corte Costituzionale No. 98/1979, punti 2 e 3 del Considerato in diritto.
249 *Ibidem*, ritenuto in fatto.
250 *Ibidem*, punto 1 del Considerato in diritto.
251 *Ibidem*, punto 2 del Considerato in diritto.

Accoltosi dunque l'invito a legiferare espresso dalla Corte[252], la stessa è chiamata a sindacare la legittimità degli articoli 1 e 5 della legge 14 aprile 1982 n. 164 – recante norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso – rispetto agli artt. 2, 3, 29[253], 30 e 32[254] della costituzione. I disposti legislativi indubbiati prevedono rispettivamente "la rettificazione di cui all'art. 454 del codice civile" anche "in forza di una sentenza di Tribunale passata in giudicato che attribuisce ad una persona sesso diverso da quello enunciato nell'atto di nascita a seguito di intervenuta modificazione dei suoi caratteri sessuali" (art. 1 L. 164/1982) ed il rilascio "con la sola indicazione del nuovo sesso e nome" delle "attestazioni di stato civile riferite a persona della quale sia stata giudizialmente rettificata l'attribuzione di sesso" (art. 5 L. 164/1982). Il giudice *a quo* – in quel caso la Corte di Cassazione – censura i disposti di legge sopra menzionati nella parte in cui consentono di rettificare l'attribuzione di sesso anche nelle ipotesi di transessualismo, oltre a quelle, già pacificamente riconosciute, "di evoluzione naturale di soluzioni originariamente non ben definite, ancorché coadiuvate da interventi chirurgici diretti ad evidenziare organi già esistenti ed a promuoverne il naturale sviluppo"[255] (ermafroditismo).

---

[252] Riguardo al dibattito politico e alle soluzioni legali prima e dopo la legge 164/1982 si v. A. Pinori, *Aspetti giuridici connessi ed interventi di modificazione dei caratteri sessuali*, in *Rassegna di diritto civile*, 1995, 621 ss; S. Patti, *Attribuzione di sesso e mutamento di nome: lacune della legge e soluzioni giurisprudenziali*, in *Il foro italiano*, 1983, 589 ss.; L. Luchini, *Rettificazione di sesso e diritto al cambiamento del prenome: riflessioni in merito alla legge 164/1982*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 1997, 773; in merito agli sviluppi recenti si rinvia a N. Coco, *Transessualismo e modificazione del nome in Italia: prime questioni emergenti dalla nuova regolamentazione secondo il DPR n. 396 del 2 novembre 2000*, in *Atti del Convegno "Sexual Orientation, Gender Identity and Foundamental Rights – Decriminalization, Antidiscrimination Laws and the Recognition of Gay, Lesbian and Transexual Rights*" (Torino, 9-10 marzo 2001).

[253] Riguardo alla questione dell'accesso al matrimonio da parte del transessuale su veda più ampiamente A.N. Sharpe, *The transsexual and Marriage: Law's Contradictory desires*, in *Australasian Gay and Lesbian Law Journal*, The Federation Press, Auckland, 1997, 7, 1-14.

[254] Sul rapporto fra transessualismo e diritto alla salute si v. B. Pezzini, *Transessualismo, salute e identità sessuale*, in *Rassegna di diritto civile*, 1984, 461.

[255] Corte costituzionale No. 161/1985, punto 2 del Considerato in diritto.

La Corte rileva anzitutto la necessità di "soffermarsi, per quanto necessario, sul fenomeno del transessualismo"[256], la cui considerazione aveva determinato l'intervento legislativo oggetto di costituzionalità. La Corte, riprendendo una definizione medico-legale, rileva che "transessuale [...] viene considerato il soggetto che, presentando i caratteri genotipici e fenotipici di un determinato sesso (ma alcuni autori preferiscono parlare di 'genere') sente in modo profondo di appartenere all'altro sesso (o genere), del quale ha assunto l'aspetto esteriore ed adottato i comportamenti e nel quale, pertanto, vuole essere assunto a tutti gli effetti ed a prezzo di qualsiasi sacrificio"[257]. La Corte sottolinea l'impossibilità di curare efficamente la sindrome transessuale sia con terapie ormonali sia con interventi di psicoterapia, e che soltanto l'operazione chirurgica demolitoria-ricostruttiva può sortire risultati positivi al fine di lenire il profondo sentimento d'angoscia avvertito dal soggetto.

La Corte constata che il transessuale su cui è stata operata la trasformazione anatomica degli organi genitali "è capace, di regola, di *normali* rapporti sessuali con un partner dell'altro sesso (quello cioè al quale egli era originariamente ascritto), mentre gli è preclusa, sempre allo stato attuale delle conoscenze e capacità scientifiche, la facoltà di generare"[258]. La Corte giustifica così l'intervento del legislatore ricordando che "il transessuale, più che compiere una scelta propriamente libera, obbedisce ad un'esigenza incoercibile, alla cui soddisfazione è spinto e costretto dal suo 'naturale' modo di essere", sicché "[i]n definitiva, la legge n. 164 del 1982 si è voluta dar carico anche di questi 'diversi', producendo una normativa intesa a consentire l'affermazione della loro personalità e in tal modo aiutarli a superare l'isolamento, l'ostilità e l'umiliazione che troppo spesso li accompagnano nella loro esistenza". La legge citata "si colloca, dunque, nell'alveo di una civiltà giuridica in evoluzione, sempre più attenta ai valori di libertà e dignità della persona umana, che ricer-

---

[256] *Ibidem*, punto 3 del considerato in diritto.

[257] *Ibidem*, punto 3 del considerato in diritto.

[258] *Ibidem*, punto 3 del considerato in diritto (corsivo aggiunto, per sottolineare come la stessa Corte associ l'aggettivo "normale" necessariamente al rapporto sessuale eterosessuale; in realtà il transessuale potrebbe avere "normali rapporti sessuali" anche con un partner dello stesso sesso).

ca e tutela anche nelle situazioni minoritarie ed anomale"[259]. Pertanto la Corte sottolinea come "tutte le censure avanzate dal giudice a quo […] si risolv[ano], per lo più, in mere questioni di principio[260]" e dichiara, a seconda dei casi, infondate o inammissibili tutte le questioni poste, ed anzi collega all'art. 2 della costituzione "il diritto di realizzare, nella vita di relazione, la propria identità sessuale, da ritenere aspetto e fattore di svolgimento della personalità"[261].

L'esperienza italiana distingue dunque l'orientamento sessuale dal transessualismo, ma al contempo evidenzia forti analogie dal punto di vista dei diritti fondamentali implicati. Se, infatti, l'intervento del legislatore a tutela del diritto fondamentale all'identità sessuale è da giustificarsi, costituzionalmente parlando, in base al fatto che il transessuale, più che compiere una scelta propriamente libera, obbedisce ad un'esigenza incoercibile, alla cui soddisfazione è spinto e costretto dal suo naturale modo di essere, perché mai non potrebbe svolgersi identico ragionamento rispetto alle minoranze sessuali, tanto da desumersi un dovere costituzionale di interessamento delle istituzioni nazionali al fine di salvaguardare uno speculare diritto al libero orientamento sessuale?

10. *Sesso, genere (condizione coniugale, "status civile", religione…) e orientamento sessuale: autonomia o sovrapposizione?*

Posto di fronte alla necessità di tracciare un criterio discretivo fra orientamento sessuale e categorie diverse quali sesso e genere, John Money propone una definizione del primo concentrata sulla morfologia sessuale o sulla struttura corporea. L'omosessuale "è un soggetto che ha le potenzialità di innamorarsi [*to fall in love*] solo di qualcuno che ha il suo stesso sesso corporeo [*the same body sex*] – la stessa morfologia corporea e genitale [*the same genital and body morfology*]. Per l'eterosessuale la morfologia deve essere quella di

---

[259] *Ibidem*, punto 4 del considerato in diritto.
[260] *Ibidem*, punto 9 del considerato in diritto.
[261] *Ibidem*, punto11 del considerato in diritto.

una persona dell'altro sesso. Per il bisessuale la morfologia corporea può essere quella d'entrambi i sessi"[262].

Money considera non necessario che il sesso corporeo di uno dei partner sia in accordo col sesso cromosomico, con le gonadi tipiche di un sesso, o con l'apparato sessuale riproduttivo interno. Un transessuale *male-to-female*, con morfologia corporea sessuale tipicamente femminile, è percepito come realmente femmina, e similmente un transessuale *female-to-male* è considerato un maschio. Dunque una persona con coppia cromosomica XX, ma con sembianze sessuali maschili e una mentalità ed un corpo virili – entrambe in disaccordo col sesso genetico, con le gonadi sessuali, e con la struttura riproduttiva interna – che s'innamori di una persona geneticamente e morfologicamente femmina è intesa come eterosessuale, e similmente la partner, perché "[i]l criterio per stabilire la loro eterosessualità è la morfologia sessuale dei loro corpi e la mascolinità o femminilità della loro mentalità e del loro comportamento, non il sesso dei cromosomi, delle gonadi, o degli organi interni"[263].

A parte la discutibile definizione di orientamento sessuale in base alle idee di innamoramento e amore – idee che, sebbene spesso collegate nell'esperienza soggettiva di alcuni individui, sono in realtà concettualmente distinte[264] –, Money considera maschio chi possiede sembianze di organi maschili (pene e scroto), essendo irrilevante sia l'origine degli stessi – chirurgica o no – sia la composizione cromosomica, e regola identica vale per le femmine. Questo modo di ragionare non risolve però qualunque problema di classificazione dei sessi (e di conseguenza degli orientamenti sessuali): come considerare, ad esempio, una persona con coppia cromosomica XY, con organi genitali interni tipicamente maschili, che disgraziatamente

---

262 J. Money, *Gay, Straight, and In-Between.* , cit., 12.

263 *Ibidem*, 13.

264 M. Barbagli, A. Colombo, *Omosessuali*, cit., 16: "[c]ome indicatore di tale orientamento si considerano di solito i sentimenti (o meglio ancora i desideri)"; l'A. riporta (p. 49) la testimonianza di Mauro, un omosessuale: "[q]uando sono entrato in analisi e mi sono innamorato del mio analista, per la prima volta ho collegato le due cose, il desiderio e l'affettività. Ma prima di allora no, le avevo sempre collegate con le donne. Difatti mi ero innamorato di donne, avevo sempre sentito desiderio e progettualità nei confronti delle donne".

durante la guerra abbia subito l'evirazione del pene? Si potrebbe sostenere che Money faccia riferimento alla "genital *and* body morfology", ma nemmeno il riferimento alternativo al doppio criterio sembra essere di ausilio. Se, infatti, la morfologia corporea deve essere intesa come carattere distinto dalla morfologia genitale – perché diversamente tale criterio non sarebbe d'alcuna utilità rispetto al caso appena avanzato – come inquadrare l'ipotesi in cui vi sia disaccordo fra gli stessi, come nel caso del transessuale *male-to-female* che non abbia mai sperimentato il trattamento ormonale?[265]

Il limite della teoria di Money risiede nella considerazione dell'orientamento sessuale come categoria autonoma e separata da quelle di sesso e genere[266]. Si potrebbe sostenere che, sullo sfondo, Money intuisca zone di compenetrazione fra orientamento sessuale e genere – specialmente laddove sostiene che il criterio per determinare il primo è "the sexual morphology of […] bodies and the masculinity or femininity of […] mentality and behavior"[267] – ma, se pure così fosse, lo sviluppo solo embrionale di quest'idea non consente di fornire risposte adeguate a questioni immediatamente conseguenti. Difficile, ad esempio, comprendere da Money in che modo il fenomeno della discriminazione degli orientamenti sessuali minoritari rifletta stereotipi cognitivi culturali e paradigmi normativi sessisti. Per rispondere adeguatamente a queste ed altre questioni connesse occorre considerare sesso, genere ed orientamento sessuale come categorie giuridiche correlate e parzialmente sovrapposte,

---

[265] Critico è in merito il giudizio di E. Stein, *The Mismeasure of Desire*, cit., 63: "[a] related problem for Money concerns the use he makes of the word "same": how similar do two bodies have to be to count as being of the same morphology? Of course, everyone has somewhat different genital and body morphology – breast size, amount of chest hair, penis or clitoris size, for example, vary significantly from person to person. Money seems to think that body morphology can be neatly divided into two distinct groups in terms of morphology. Although Money wants to allow for a continuous, bipolar view of sexual orientation […], he seems wedded to rejecting a continuous view of sex-gender".

[266] C. Calhoun, *Separating Lesbian Theory from Feminist Theory*, 104 *Ethic* 558-551 (1994); E.K. Sedwick, *Epistemology of the Closet*, University of California Press, Berkeley, 1990, 27-35.

[267] J. Money, *Gay, Straight, and In-Between*, cit., 13.

sino a negare l'esistenza di una totale separatezza e autonomia fra i rispettivi divieti di discriminazione[268].

Circa l'unidualità della categoria sesso-genere si è già argomentato; qui è sufficiente precisare come di rado i fenomeni discriminatori avvengano in ragione del sesso inteso come dato biologico, e come invece, molto più spesso, sia il genere ad assumere un ruolo performativo/normativo, tanto da indurre alcune costituzioni recenti – tra cui il Sudafrica (sez. 9 cost. finale) – a menzionare espressamente tra i fattori di non discriminazione sia il primo che il secondo. Quando si nega al sesso femminile l'accesso ad una carriera di prestigio, ad esempio, ciò non dipende quasi mai dall'idea che una data caratteristica fisica (organo genitale, cromosoma, apparato sessuale interno, ecc.) sia strettamente essenziale per l'esecuzione di determinate mansioni lavorative. Molto più spesso il rifiuto di una candidatura femminile discende da un complesso di significati e/o pregiudizi ascrivili al modello stereotipato d'identità femminile, e pertanto la discriminazione sessuale si fonda eminentemente sul genere. Dunque concepire sesso e genere come categorie giuridicamente separate e impermeabili l'una verso l'altra equivale ad ignorare la performante dimensione sociale, culturale e identitaria del sesso, la quale non può certo essere occultata se si vuole avere una visione realistica e non distorta dei fenomeni discriminatori[269].

Consapevole di ciò, la Corte Suprema degli Stati Uniti ha precisato che la *sex-based classification* non possa superare il vaglio

---

[268] È pienamente condivisibile l'approccio ipotizzato dalla Corte Superiore dell'Alaska nel *same-sex marriage case* (*Brause* v. *Boureau of Vital Statistics*, Case No. 3AN-95-6552 CI, (1998) (Alaska Super.)), giacché si asserisce che "the court would find that the specific prohibition of same-sex marriage does implicate the constitution's prohibition of classifications based on […] gender, and the state would then be required to meet the intermediate level of scrutiny generally applied to such classifications".

[269] E. Borgida, C. Hunt, A. Kim, *On the Use of Gender Stereotyping Research in Sex Discrimination Litigation*, in 13 *J.L. & Pol'y* 613 (2005), 617: "[g]ender is a fundamental dimension of categorization. Once an individual is categorized as belonging to a gender, the stereotypes of that gender may quickly come to the perceiver's mind, a process known as stereotype activation. Once stereotypes are activated, they are then available for the perceiver to apply in her thinking about an evaluation of the target person. It is important to note that categorization, stereotype activation, and stereotype application can all occur outside of the perceiver's awarness".

di costituzionalità se non si adduca una giustificazione particolarmente persuasiva ("exceedingly persuasive justification"[270]) in grado di provare che la classificazione non sia fondata su luoghi comuni ("overbroad generalization"[271]) o su "nozioni fisse circa i ruoli e le abilità di maschi e femmine"[272]. In tal modo la Corte consolida l'idea che il sesso e il genere siano categorie contigue e parzialmente sovrapposte, tanto che le classificazioni fondate sull'una o sull'altra devono essere indistintamente assoggetate al medesimo test intermedio di giudizio. In *Missisipi University for Women v Hogan*[273] – caso che dichiara l'incostituzionalità rispetto al XIV Emendamento di uno *statute* che consentiva l'accesso alla *Mississippi School of Nursing* delle sole studentesse – O'Connor J. chiarisce che il discriminare direttamente a sfavore dei maschi, anziché delle femmine, non implichi alcuna differenza circa l'applicazione del test intermedio di scrutinio, e che la normativa in questione solo apparentemente possa ritenersi una benigna classificazione a favore del sesso femminile, poiché, in realtà, tende a perpetuare la visione sociale che vede assegnate al sesso femminile la cura degli indigenti. La classificazione non mostra inoltre correlazione alcuna con il supposto obiettivo della promozione del lavoro femminile in un settore di tendenziale sottorappresentazione femminile, essendo statisticamente alta la percentuale di donne impieghate nel settore infermieristico[274].

Sesso e genere sono inoltre contenitori concettuali strettamente connessi a quello di orientamento sessuale, perché in vario modo

---

[270] *United States v. Virginia et al.*, 518 US 515 (1996), 534: la Corte Suprema giudica incompatibile con il XIV emendamento l'istituzione di un prestigioso istituto scolastico militare che consentiva l'immatricolazione di soli studenti maschi perché da sempre le arti militari sono una disciplina per uomini.

[271] *Ibidem*, 533.

[272] *Missisipi University for Women v Hogan* 458 US 718 (1982), 727.

[273] *Idem.*

[274] Analogamente, in *J.E.B. v. Alabama ex rel. T B*, cit., la Corte Suprema Corte sancì l'incostituzionalità dell'utilizzo del potere di "ricusazione non motivato" spettante alle parti (*peremptory challenge*) per escludere in ragione del sesso-genere alcuni membri della giuria, e ribadì che "the Equal Protection Clause prohibits discrimination in jury selection on the basis of gender, or on the assumption that an individual will be biased in a particular case for no reason other than the fact that the person happens to be woman or happens to be a man".

lo ricomprendono al suo interno[275]. Rispetto al primo deve infatti rilevarsi che l'ascrizione di un individuo ad una specifica categoria di orientamento sessuale è operazione che necessita di raffrontare il sesso (biologico/legale) di un ipotetico soggetto principale A – quello di cui si deve determinare l'orientamento – con il sesso (biologico/legale) di altro/i soggetto/i subordinato/i B – quello/i di colui/coloro verso cui il primo direziona, potenzialmente o realmente, i propri interessi sessuali. In tal modo la categoria di orientamento sessuale (eterosessuale, bisessuale, omosessuale) cui è ascrivibile A esprime in forma sintetica, mediante l'utilizzo di una classe descrittiva, una relazione caratteristica potenziale o reale – data dal rapporto fra il sesso del soggetto principale e quello dei soggetti subordinati – della sua sfera sessuale. La potenzialità o la realità della categoria dipende dal modo d'individuazione dei parametri sessuali di raffronto, indicizzato all'attrazione psicologica o all'auto-identificazione nel primo caso, oppure al comportamento complessivo nel secondo[276].

In sede legale si è sovente evitato di fare riferimento alle categorie di orientamento sessuale per esprimere la direzione sessuale di una singola condotta, preferendosi invece distinguere in virtù del rapporto di identità/non identità dei sessi implicati, ossia esprimendo l'orientamento sessuale nei termini di una mera combinazione sessuale (matrimonio tra persone dello stesso sesso, *opposite-sex couple*, *same-sex conduct*, e altre espressioni analoghe). A ben vedere, tuttavia, un trattamento normativo che distingua in base all'identità/non identità dei sessi coinvolti nella singola condotta realizza tanto una classificazione in base all'orientamento sessuale, sia una differenziazione a motivo del sesso. Si supponga, ad esempio, che una norma consenta solo il matrimonio fra persone di ses-

---

[275] F. Valdes, *Queers, Sissies, Dykes, and Tomboys: Decostructing the Conflation of "Sex", "Gender", and "Sexual Orientation" in Euro-American Law and Society*, in 83 *Cal. L. Rev.* 1 (1995).

[276] R. Wintemute, *Sexual Orientation Discrimination as Sex Discrimination: Same-Sex Couples and the Charter in* Mossop, Egan *and* Layland, in 39 *MCGLJ* 429 (1994), 459: "[i]n treating sexual orientation as the direction of a person's emotional-sexual attraction, or as the direction of a person's emotional-sexual conduct, one focuses on the direction of desired or actual emotional-sexual conduct, that is, the sex of the partner with whom the person desires to engage, or actually engages, in the conduct".

so opposto (*i.e.* non identico, *opposite-sex marriage*). In tal caso la discriminazione subita dal soggetto principale A, che supponiamo maschio omosessuale, può essere spiegabile in (almeno) due modi: (1) A subisce una discriminazione in virtù della direzione sessuale di una condotta – quella di volere contrarre matrimonio con B, maschio anch'egli; (2) A subisce altresì una discriminazione in ragione del proprio sesso. Infatti, solo una femmina C potrebbe contrarre matrimonio con B, ed A è quindi escluso dal trattamento normativo unicamente in ragione del propria appartenenza al sesso maschile. Detto diversamente, A non può sposare B perché è maschio, mentre C può farlo perché è femmina. Entrambe le spiegazioni sono prospettabili: *ergo*, la discriminazione fondata sulla direzione sessuale della condotta è anche una forma di discriminazione in base al sesso del soggetto principale.

Circa invece la sovrapposizione fra genere e orientamento sessuale, questa riceve conferme di varia natura. Andrew Koppelman sottolinea anzitutto come uomini effeminati e donne mascoline siano, di fatto, percepiti dalla società circostante (e dagli organi legislativi rappresentativi) come gay o lesbiche anche a prescindere dalla loro condotta sessuale[277]. A volte, infatti, è sufficiente la trasgressione di ruoli di genere non sessuali – negli hobby, nei mestieri, nello sport, nelle amicizie, nell'abbigliamento, o finanche nei pensieri (si pensi alle sostenitrici del femminismo) – per tacciare qualcuno di omosessualità o, peggio, per scatenare soprusi e condotte omofobici di vario tipo. Siffatta convinzione opera anche in senso opposto, sicché nell'immaginario collettivo gay e lesbiche rivestono funzioni e ruoli ritenuti tipici e appropriati per il sesso/genere opposto. La società tipizza gli omosessuali come maschi/uomini effeminati, e le lesbiche come femmine/donne mascoline. Da qui l'idea, ben espressa da Sandi Farrell, per cui "l'etichetta gay/lesbica è l'altro lato della fusione fra la non conformità di genere e l'orientamento verso persone dello stesso sesso. L'etichetta è usata principalmente come meccanismo degradante per proteggere la conformità sociale a norme di genere non sessuali. In molti casi è utilizzata per etichettare individui a prescindere da ogni cono-

---

[277] A. Koppelman, *Why Discrimination Against Lesbian and Gay Men is Sex Discrimination*, in 69 *N. Y.U. L. Rev.* 197 (1994), 234-235.

scenza circa la loro storia sessuale o identità, e a volte anche in contrasto alla nota realtà. Questo dimostra il modo in cui l'etichetta gay/lesbica (e l'intero concetto di 'omosessualità') abbia poco a che fare con la sessualità in sé e per sé, mentre sia più collegabile alla volontà di mantenere gerarchie di genere"[278].

A rigore, comunque, il collegamento fra genere e orientamento sessuale non può certo dirsi annacquato, né tanto meno inesistente, se si accentua l'aspetto sessuale certamente presente in quest'ultimo. Sarebbe come affermare che la condotta sessuale di un individuo non eserciti alcun ruolo performante nella proiezione sociale dei sessi e nell'affermazione di stereotipi normativi espressivi di mascolinità e femminilità. Sylvia Law sottolinea al riguardo che "la presunzione e prescrizione che gli interessi erotici siano diretti esclusivamente verso persone di sesso opposto definiscono un aspetto importante della mascolinità e femminilità"[279]. Le lesbiche, dunque, non sono percepite come appieno appartenenti al genere femminile. Le "vere donne" sono tali anche perché attratte sessualmente ed affettivamente, consumano rapporti sessuali e intraprendono relazioni sentimentali con maschi/uomini. Parimenti, i gay non sono "veri uomini" poiché un maschio è uomo anche nella misura in cui sia sessualmente ed affettivamente attratto dalle femmine/donne, consumi rapporti sessuali e s'impegni in relazioni affettive con esse[280].

Di qui si evince la percezione dispregiativa rappresentata tramite icone di genere degli omosessuali, come donne o uomini solo sino a un certo punto, come persone che violano l'aspettativa sociale che vuole tutti indistintamente posizionati agli estremi di una ipotetica

---

[278] S. Farrell, *Reconsidering the Gender-Equality Perspective for Understanding LGBT Rights*, in 13 *Law & Sexuality* 605 (2004), 618-619.

[279] S.A. Law, *Homosexuality and the Social Meaning of Gender*, in 1988 *Wis. L. Rev.* 187 (1988), 196. Sylvia Law aggiunge che "[s]exism and heterosexism are tightly linked. Lesbian and gay men pose a formidable threat to the classic gender script. They deny the inevitability of heterosexuality. They do not fit. Such persons, particularly if they are comfortable with their sexuality and reasonably content and successful in their work and family life, invite heterosexual people to explore whether their own sexual orientation is innate, 'freely chosen', or simply the socially comfortable course of least resistance" (p. 210).

[280] M. Witting, *One is not Borne a Woman*, 1 *Feminist Issue* 47-54 (1981); M. Barbagli, A. Colombo, *Omosessuali*, cit. 13.

linea graduata di genere, o maschi o donne. Il genere denota il significato sociale degli orientamenti sessuali minoritari, spesso incarnando sentimenti omofobici e degradanti, e traccia una gerarchia di maggior o minore valore inerente tra i normali e i deviati. Dunque il genere assume un ruolo normativo, perché nei casi di devianza comportamentale/sessuale non opera la presunzione culturale che immedesima il maschio nell'uomo, o la femmina nella donna. Definire una persona come gay, lesbica, o con altri epiteti apertamente offensivi è in molti casi funzionale ad esprimere la degradante femminilità o mascolinità, rispettivamente, di certi maschi o femmine[281].

Sul piano storico Francisco Valdes ha ripercorso le linee di sviluppo della sessualità dall'antica Grecia sino ai nostri giorni, dimostrando come il concetto di omosessualità rappresenti la risposta contingente a mutamenti di norme di genere al servizio della supremazia maschile. Dunque il modo attuale di percepire gli individui omosessuali non è né inevitabile né innaturale, ma il prodotto di un particolare momento della storia della gerarchia fra sessi/generi[282]. William Eskridge colloca nel tredicesimo secolo il passaggio dall'accettazione al dispregio delle pratiche omosessuali, quando la chiesa cattolica romana e quella greco-ortodossa intravidero nelle relazioni tra persone dello stesso sesso una minaccia alla prosecuzione della specie e un possibile attentato alla sacra istituzione del matrimonio[283]. Di qui l'inaugurazione della lunga stagione dei crimini contro natura volta essenzialmente a perseguire penalmente le condotte anticonformiste nei termini di genere, come le relazioni sessuali o affettive tra persone dello stesso sesso o il travestitismo, specialmente se compiuto da donne per incarnare sembianze maschili[284].

---

[281] M.A.C. Case, *Disaggregating gender from sex and sexual orientation: the effeminate man in the law and feminist jurisprudence*, 105 *Yale L.J.* 1 (1995).

[282] F. Valdes, *Queers, Sissies, Dykes, and Tomboys*, cit.

[283] W.N. Eskridge Jr., *The Case For Same-Sex Marriage. From sexual Liberty o Civilized Commitment*, The Free Press, New York, 1996, 21-23. Prima di allora le culture occidentali premoderne, come le antiche civiltà egiziana e mesopotamica, avevano mostrato tolleranza nei confronti delle relazioni sessuali e/o affettive omosessuali. Ne sono prova le testimonianze di alcuni matrimoni imperiali (tra cui due ascrivibili a Nerone) conclusi tra persone dello stesso sesso, o di altri episodi come la relazione amorosa tra Adriano e un giovinetto.

[284] W.N. Eskridge Jr., *The Case For Same-Sex Marriage*, cit., 35-36.

Diversamente dalle società pre-statuali che mostrano differenze di rilievo in tema di famiglia e sessualità, le società statali contemporanee convergono largamente sul paradigma sessuale madre-padre-figlio, *ergo* su un paradigma eterosessuale di organizzazione sociale. Caratteristica comune di molte società statuali è l'uniformità delle norme che disciplinano la struttura familiare e le relazioni tra i sessi, uniformità che trova convergenze e fondamenti in concezioni etiche relative o più spesso in visioni morali della tradizione religiosa Giudaico-Cristiana. Le tradizioni religiose giudaico-cristiane hanno sempre tacciato d'immoralità qualunque attività sessuale intrapresa a fini non procreativi, e il diritto contemporaneo riflette queste concezioni religiose sia promuovendo un codice di moralità sessuale[285], sia favorendo unicamente modelli di vita e aspirazioni umane che rispecchiano ruoli di genere tradizionali. Gli ordinamenti non riconoscono le minoranze sessuali come gruppo degno di eguale considerazione e rispetto perché ritengono che queste possano in vario modo minacciare un modello ideale di organizzazione sociale che vede il maschio dedito prevalentemente al lavoro o alla carriera e la femmina alla cura della famiglia. Lo confermano le parole di William Gairdner, secondo cui "l'omosessualità prospera […] laddove le distinzioni fra ruoli maschili e femminili sono scoraggiate. Gli ordinamenti che desiderano arginare la minaccia omosessuale devono ristabilire la cultura della mascolinità e della femminilità, ed il fatto che l'omosessualità abbia iniziato ad emergere contestualmente al femminismo non è affatto una semplice coincidenza. Queste rappresentano due facce della stessa moneta. La tendenza alla neutralizzazione delle differenze di genere è palese e concomitante agli sforzi verso la 'normalizzazione' dell'omosessualità"[286].

Se da un lato, dunque, è probabile che visioni morali o religiose influenzino l'organizzazione giuridica o l'applicazione di particolari istituti a detrimento di legittime aspettative del sesso o dei gruppi sessuali più vulnerabili, dall'altro deve notarsi come spesso que-

---

[285] J. Burchell, J. Milton, *Principles of criminal law*, cit., 622.

[286] W. Gairdner, *The Trouble with Canada*, Stoddart, Toronto, 1990, 281, cit. in R. Wintemute, *Sexual Orientation Discrimination as Sex Discrimination,* cit., 472.

ste visioni pregiudizievoli si annidino dietro, o rilevino come conseguenza di, distinzioni fondate sulla condizione coniugale o più in generale sullo *status* civile, posto che il modello di famiglia fondata sul matrimonio eterosessuale appare come l'unica alternativa possibile fra la schiera dei legami interpersonali socialmente e giuridicamente riconosciuti[287]. In *Caban v. Mohammed*, per esempio, la Corte Suprema statunitense ritiene sussistente la lesione del divieto di discriminazione in ragione del sesso-genere ad opera della sez. 111 del *New York Domestic Relations Law*, che, ai fini dell'adozione del bambino nato fuori del matrimonio, richiedeva il solo consenso della madre. "L'effetto della classificazione adottata dallo Stato di New York" – afferma la Corte – "consiste nella discriminazione del padre non coniugato anche laddove la sua identità sia nota e in presenza di una chiara manifestazione dell'interesse paterno alla sorte del bambino. Ciò prova l'arbitrarietà di ritenere i padri non uniti in matrimonio come in ogni caso meno qualificati delle madri ad esprimere considerazioni sentite circa il destino dei loro figli"[288].

La storia dimostra come lo scopo principale e l'effetto della sponsorizzazione eterosessuale, da parte dello Stato, consista nel mantenere le differenziazioni di genere e le relazioni che le presuppongono. Chi resiste all'idea di svecchiamento dei costumi sessuali teme infatti che porre i membri delle minoranze sessuali e le relazioni da questi costituite su un piano di eguaglianza significhi minare dal basso le istituzioni in buona sostanza fondate sulla differenziazione ineguale dei sessi/generi, fra cui il matrimonio[289]. In realtà un modello liberalizzato di famiglia risulterebbe sì più complesso, ma anche più sensibile alle differenze umane[290] e ai mutamenti culturali e sociali[291]. L'idea che i minori necessitino di una famiglia rigidamente formata da due persone di sesso opposto assolventi le funzioni di padre e di madre è a sua volta il retaggio di stereotipate convinzioni diffuse: "le famiglie non tradizionali" – ha di recente affermato

---

[287] A. Pantazis, *Meanings of Transsexualism*, cit., 472.
[288] *Caban v. Mohammed*, 441 U.S. 380 (1979), 393.
[289] S.A. Law, *Homosexuality*, cit., 218-221.
[290] *Moore v. East Cleveland*, 431 U.S. 494 (1977).
[291] P. De Vos, *Same-Sex Sexual Desire and the Re-Imagining of the South African Family*, in 20(2) *SAJHR* 179 ss (2004).

il Comitato per i Diritti del Fanciullo – "da sempre costituiscono oggetto di ricerche analitiche, ma le conclusioni raggiunte sono sempre le stesse. La struttura familiare, in se stessa, ha effetti limitati sul modo in cui i bambini sono cresciuti"[292].

La percezione dispregiativa delle minoranze sessuali rivela altri aspetti sin qui parzialmente taciuti. Da un lato vi sottende l'implicito riconoscimento di differenze, in termini di ruoli sociali e modi di vita, tra gli appartenenti alle minoranze sessuali e tra questi e la restante società maggioritaria eterosessuale[293]; dall'altro vi è la resistenza sociale di matrice (etero)sessista al mantenimento dei tradizionali modelli di genere maschile e femminile[294]. Un modello meno polarizzato di genere, tuttavia, sembra potere fiorire solo in quelle società aperte che, oltre a percepire l'esistenza di differenze fra chi abbraccia differenti stili di vita sessuale, contestualmente abbandonano ogni atteggiamento assimilazionista di stampo sessista ed eterosessista. Passaggio, questo, che richiede battaglie per l'eguaglianza e la pari dignità dei sessi e degli orientamenti sessuali. Fra piena accettazione di differerenti costumi o ideali di vita e atomizzazione dei generi corre un rapporto di stretta relazione: le società che "accomodano" le differenze e vedono come normali e legittimi *life styles* diversi cessano di descrivere aspirazioni o condotte minoritarie nei termini di degenerazione – "donna non vera", "uomo non vero" – o di deriva morale, e anzi di norma il differente modo di vivere viene percepito come un *unicum*, capace di autoaffermarsi come modello a sé, privo di significati dispregiativi.

Assai paradossalmente, affinché un orientamento sessuale minoritario si affermi come genere nuovo occorrono il pieno riconoscimento e l'incondizionata accettazione della maggioranza sociale, il che presuppone a sua volta il graduale affievolimento del carattere

---

[292] U.N. Committee on the Rights of the Child Doc. CRC/C/SR580, Summary Record of the 580th Meeting Netherlands, 18/11/1999, § 12.

[293] M. Barbagli, A. Colombo, *Omosessuali*, cit., 12: "le differenze fra gay e lesbiche sono altrettanto spiccate di quelle fra uomini e donne eterosessuali".

[294] *Ibidem*, 77 "le madri sono più allarmate dal *coming out* delle figlie, che da quello dei figli […] l'uscita allo scoperto della figlia costituisce una rottura dei ruoli tradizionali molto più di quella del figlio"; E. Stein, *The Mismeasure of Desire,* cit., 32-33.

performante e normativo dei generi tradizionali maschili e femminili. Tale passaggio non è ancora avvenuto nelle società occidentali, perché nè il forte senso d'identificazione o appartenenza radicato in capo alle minoranze sessuali, nè le profonde differenze degli "omosessuali moderni" – che tuttavia riguardano principalmente la sfera dell'auto-identificazione, e non quella dell'etero-attribuzione di ruoli sociali – sono riuscite ad affievolire le fondamenta della cultura sessista tutta concentrata sui generi e ruoli sessuali tradizionali[295].

Studi etnografici ed antropologici sulle civiltà precolombiane confermano quanto appena sostenuto[296]. In alcune culture dei Nativi d'America – Indiani in primo luogo, ma anche Maya, Aztechi, Incas – vissero maschi che pur mostrando caratteristiche o assumendo responsabilità tipicamente femminili – quali la viva partecipazione al coro, o il coniugarsi con maschi conformemente alle norme dei singoli ordinamenti locali – non erano percepiti come donne, o comunque come persone femminili ed effeminate. Devereux, uno dei primi antropologi a studiare la tradizione *berdache*, notò che presso la tribù indiana dei *Mohave* i *berdaches* – in lingua locale rispettivamente *alyha* (di sesso maschile) e *hwame* (di sesso femminile) – erano ben integrati nella società. Gli *alyha* si sposavano con un maschio e gli *hwame* con una femmina, e la loro unione matrimoniale non solo era socialmente ben accettata, ma era anche consentita dall'ordinamento tribale[297]. Walter Williams, nel bel libro *The Spirit and the Flesh*, conferma l'esistenza di tradizioni *berdache* nella maggioranza delle tribù native, ed evidenzia come tali costumi rivestissero un ruolo importante sotto il duplice profilo culturale e giuridico. Williams presta attenzione soprattutto ai costumi sociali dei maschi *berdache*. Sovente accadeva che un giovane maschio fosse cresciuto

---

[295] M. Barbagli, A. Colombo, *Omosessuali*, cit., 13, 35, 95 ("un gay assomiglia prima di tutto a un uomo, una lesbica a una donna").

[296] J.C. Gonsiorek, J.D. Weinrich, *The Definition and Scope of Sexual Orientation*, in Aa.Vv., *Homosexuality*, J.C. Gonsiorek, J.D. Weinrich (eds.), cit., 3: "[i]n some cultural/ethnic groups, both in and outside the western world, same-sex behavior is not seen as homosexual orientation, which is defined instead by social sex role or participation in specific sexual acts".

[297] G. Devereux, *Institutionalized Homosexuality of the Mohave Indians*, 9 *Human Biology* 513-515 (1937).

e educato per diventare un *berdache*, e che questi assumesse nella comunità tribale di appartenenza il ruolo di leader riverito in virtù di una supposta capacità di mediare tra la realtà terrena e quella spirituale. Il matrimonio fra un uomo e un maschio *berdache* era giuridicamente e socialmente consentito. Di norma l'uomo che sposava il maschio *berdache* era sessualmente orientato nei confronti, indifferentemente, di femmine e maschi ma non era considerato *berdache*. La scelta di contrarre matrimonio *berdache* poteva dipendere sia da ragioni di preferenza sessuale, sia da fattori eminentemente economici; il coniuge *berdache*, infatti, oltre a svolgere mansioni domestiche partecipava attivamente alla caccia e ad altre attività tradizionalmente maschili[298].

In tali contesti sociali, i maschi che rivestivano detti ruoli tipicamente femminili – o, meglio, femminili secondo il metro valutativo occidentale – erano visti come un *tertium genus*, come *berdache*. Non erano né uomini né donne, né maschili né femminili, né un mix variamente calibrato tra i due generi; semplicemente esistevano anche maschi (o femmine) *berdache*. I *berdache* costituivano un genere autonomo pienamente accettato dalla comunità; il senso d'identificazione col genere fu talmente forte che in diverse culture si finì addirittura per considerare questi individui come membri di un terzo sesso[299]. Vi sono esempi di moltiplicazione dei generi anche nell'epoca contemporanea: si pensi alla figura delle donne afrosurinamesi definite come *mati*. Esse hanno rapporti sessuali lunghi, intensi e spesso alla luce del sole con altre donne, nell'intervallo o in concomitanza con relazioni sessuali con uomini, senza però essere considerate come uomini o comunque donne di secondo rango perché scarsamente femminli[300]. Tutto questo conferma la facilità con

---

[298] W.L. Williams, *The Spirit and the Flesh: Sexual Diversity in American Indian Cultures*, Beacon Press, Boston, 1992, *passim*.

[299] C. Callender, M.K. Lee, *Men and Not-Men. Male Gender-Mixing Statutes and Homosexuality*, in *The Many Faces of Homosexuality. Anthropological Approaches to Homosexual Behavior*, E. Blackwood (editor), Harrington Park Press, New York, 1986, 165.

[300] G. Wekker, "*What's Identity Got to Do with It?" Rethinking Identity in Light of the Mati Work in Suriname*, in E. Blackwood, S.E. Wieringa (eds.), *Female Desires: Same-Sex Relations and Transgender Practices Across Cultures*, Columbia University Press, New York, 1999, chapter 5.

cui talora aspetti culturali sono visti come aventi natura biologica, quando in realtà non lo sono, e dunque della difficoltà eminentemente culturale di concepire non solo l'esistenza di più di due generi, ma anche di più di due sessi. Un *imprinting* culturale, questo, che in una parola può definirsi sessismo.

Dell'interdipendenza fra genere e orientamento sessuale si è occupata anche la letteratura medico-scientifica. Daryl Bem ha chiarito il ruolo giocato sia da fattori biologici che ambientali nello sviluppo infantile dei comportamenti di genere, e quindi dell'orientamento sessuale. I fattori biologici determinerebbero nel bambino elementi caratteriali, quali l'aggressività e la disponibilità al contatto fisico, che, a loro volta, in società fortemente polarizzate attorno a ruoli tipicamente maschili e femminili, si plasmerebbero in modelli comportamentali di genere conformi o meno al sesso di appartenenza. Identificatosi quindi in un particolare genere, il bambino percepirebbe come diversi ed "esotici" coloro che rivestono ruoli di genere opposti, e tale processo genererebbe un "generale interesse fisico e psicologico" nei confronti di costoro. Infine, l'interesse psicologico e fisico nei confronti dell'"esotico" si trasformerebbe in risveglio sessuale e sviluppo dell'orientamento sessuale durante la fase dell'adolescenza[301].

Ciò che accomuna sullo sfondo le dottrine che a vari livelli dimostrano la compenetrazione fra sesso, genere e orientamento sessuale è la sentita necessità di partire dalla paradigmatica categoria concettuale di sesso per decostruirla e riconcettualizzarla secondo una versione più fluida e depurata di alcuni riconoscibili elementi culturali. Una simile riflessione s'impone anche agli operatori del diritto, giacché irrigidire il sesso attorno a fissi parametri biologici o a immutabili stereotipi socio-culturali emblema di mascolinità o femminilità significa non solo perpetuare nell'errore di resistere all'informazione che non conviene o che non può essere integrata, ma soprattutto occultare la realtà dei sessi così come questi sono percepiti nell'esperienza soggettiva e reale di ognuno. Ciò che, inevitabilmente, finisce per minacciare il senso di dignità, eguaglianza e libertà di

---

[301] D. Bem, *Exotic Becomes Erotic: A Developmental Theory of Sexual Orientation*, in 103 (2) *Psychological Review* 325 (1996).

coloro che – per scelta o condizione poco importa – risultano certamente anticonformisti agli occhi dei più, ma non per questo privi di valore inerente.

Non stupisce quindi l'inaugurale opera di rivisitazione del concetto di sesso realizzata dalla Corte di Strasburgo in *Christine Goodwin* v. *United Kingdom*[302], di certa rilevanza anche per il diritto comunitario. Consapevole della necessità di porre rimedio "all'insoddisfacente situazione in cui i transessuali vivono dopo l'intervento chirurgico, una situazione intermedia che non è del tutto quella di un genere né quella dell'altro"[303], la Corte per la prima volta afferma il diritto da parte di un transessuale britannico *male-to-female*, a cui l'ordinamento inglese non consentiva (sino al 2004) di rettificare i registri di stato civile, di contrarre matrimonio con un maschio.

Due sono le giustificazioni addotte a fondamento della decisione. La prima è la necessità di ristabilire l'essenza della dignità e della libertà dell'uomo che nella nozione di autonomia personale, protetta all'art. 8 CEDU, riflette l'importante diritto di stabilire i dettagli della propria identità di essere umano. La seconda è che l'art. 12 CEDU (matrimonio)[304] deve interpretarsi nel senso di non richiedere necessariamente la presenza di due persone di sesso biologico opposto. Infatti, "[s]ebbene il transessuale non possegga tutte le caratteristiche biologiche del nuovo sesso assegnato […] deve notarsi che a seguito dei sofisticati interventi chirurgici e dei trattamenti ormonali l'unico aspetto biologico realmente immodificabile dell'identità di genere è il patrimonio cromosomico. È comunque noto che le anomalie cromosomiche possano esistere naturalmente (nei casi

---

[302] *Christine Goodwin* v. *United Kingdom*, ECHR, App. N. 28957/95 (11/07/2002); J.N. Erdman, *The deficiency of consensus in human rights protection: a case study of Goodwin* v. *United Kingdom and I.* v. *United Kingdom*, in 2(2) *Journal of Law & Equality* 318 (2003); P. Wachsmann, A. Marienburg-Wachsmann, *La folie dans la loi: considérations critiques de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de transsexualisme*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n. 56, 2003, 157-183 ; F. Sudre, J-P. Marguenaud, J. Andriantsimbazovina, A. Gouttenoire, M. Levinet, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, collection Thémis, PUF Droit, Paris, 2004, n. 38.

[303] *Ibidem*, punto 90 della motivazione.

[304] Art. 12 CEDU: "Uomini e donne di età adatta hanno diritto di sposarsi e di contrarre una famiglia".

d'intersesso, ad esempio, se al momento della nascita i tratti biologici non sono tra loro congruenti), ed in quei casi alcuni individui devono essere assegnati all'uno o all'altro sesso in base alle circostanze più appropriate al caso specifico. È ovvio […] che per i transessuali i fattori cromosomici, fra tutti gli altri, non debbano avere necessariamente un ruolo decisivo nell'attribuzione legale dell'identità di genere"[305]. *Goodwin* è dunque il primo passo in avanti – auspicabilmente non l'ultimo – per l'affermazione di un diritto alla libertà di genere, che certamente include al suo interno anche il diritto al libero orientamento sessuale[306].

10.1. *L'applicazione del divieto di discriminazione in base al sesso alle minoranze sessuali: ancora Toonen (1994) del Comitato dei diritti dell'uomo*

In *Nicholas Toonen v. Australia*[307] – decisione in parte già analizzata –, il Comitato dei diritti umani delle Nazioni Unite considera la criminalizzazione dei rapporti sodomitici consensuali tra persone dello stesso sesso, contenuta agli artt.122 a) e c) e 123 del codice penale dello Stato australiano di Tasmania, in contrasto con la privacy e il nucleo forte di eguaglianza protetti dal Patto internazionale sui diritti civili e politici (art. 17(1) in correlazione con l'art. 2(1) ICCPR), mentre non ritiene necessario esaminare, nonostante la richiesta del ricorrente, se sia occorsa ugualmente violazione dell'art. 26 del Patto (eguaglianza di fronte alla legge e non discriminazione).

A fronte della questione sollevata dallo Stato dell'Australia volta ad apprendere dal Comitato se "l'orientamento sessuale possa essere considerato come 'altra condizione' [*other status*] ai fini dell'art. 26"[308] – *ergo* se la legge della Tasmania, nel proibire certe pratiche

---

[305] *Christine Goodwin* v. *United Kingdom*, cit., punti 81-83 della motivazione.

[306] R. Wintemute, *The Massachusetts Same-Sex Marriage Case: Could Decisions from Canada, Europe, and South Africa Help the SJC?*, in 38/3 *New England Law Review* 510 (2004).

[307] *Nicholas Toonen v. Australia*, U.N. Human Rights Committee, Doc. CCPR/C/50/D/488/1992, Communication No. 488/1992.

[308] *Ibidem*, § 6.9.

sessuali tra uomini, stabilisse una distinzione basata sul sesso e sulla preferenza sessuale[309] –, il Comitato si limita a dichiarare che "il riferimento al 'sesso' agli articoli 2, paragrafo 1, e 26 deve essere interpretato come includente l'orientamento sessuale"[310], evitando di decidere se quest'ultimo costituisse anche un "other status".

La mancanza di puntuali spiegazioni in questo senso, molto criticata dalla dottrina[311], è in parte sopperita dalla separata osservazione del membro svedese del Comitato, Mr. Bertil Wennergren, il quale sottolinea come il riferimento al termine "sex", contenuto negli artt.2(1) e 26 del Patto, includa quello di "sexual orientation" dal momento che "denominatore comune di fattori di non discriminazione quali 'razza, colore e sesso' sono componenti biologiche o genetiche"[312]. Per effetto di tale ammissione, nell'ottica del Comitato, l'orientamento sessuale sarebbe un fattore biologico o genetico invariabile al pari del sesso, ma questo assunto non gode affatto, come si è visto, di un adeguato supporto scientifico confermatorio[313]. La spiegazione vacillante di un membro isolato del Comitato non basta da sola ad offuscare il grande significato che riveste una simile pronuncia, ammissiva dell'esistenza derivata di un divieto di discriminare in base all'orientamento sessuale in rapporto ad *ogni* diritto tutelato dal Patto, se non fosse – come si vedrà meglio nel prossimo capitolo – che il Comitato stesso ha poi dimostrato di darvi limitato seguito successivo.

---

[309] *Ibidem*, § 6.10(a).

[310] *Ibidem*, §8.7.

[311] A. Twomey, *Strange Bedfellows: The UN Human Rights Committee and the Tasmanian Parliament*, Parliamentary Research Service, Current Issues Brief No 6, 1994, 13 ("[i]t is most unfortunate that the Committee made this bald statement without giving any reason why sexual orientation is to fall within the reference of 'sex'"), 15 ("the Committee's reasons can only be a matter of speculation"); E.H. Sadtler, *A Right to Same-Sex Marriage under International Law: Can it be Vendicated in the United States?*, in 40 *Virginia Journal of international Law* 418 (1999), 426: "[t]he Committee's unexplained finding that 'sex' includes 'sexual orientation' may also limit Toonen's precedential value".

[312] *Nicholas Toonen v. Australia*, cit., Appendix, Mr. Bertil Wennergren *opinion.*

[313] Le linee del dibattito scientifico prodotto in Australia al tempo di *Toonen* sono rintracciabili in: *'Born Gay: it's all in the genes'*, in *Sydney Morning Herald*, 17 July 1993; *'Genes and sex'*, in *The Age*, 20 July 1993; *'Prejudice and the X chromosome'*, in *The Age*, 30 July 1993.

10.2. *L'applicazione del divieto di discriminazione in base al sesso-genere: l'esperienza comunitaria*

Nel 1996, con *P.* v. *S. Cornwall County Council*[314], per la prima volta la Corte di Giustizia si avvale del divieto di discriminazione a motivo del *sesso* – contenuto sia nel Trattato istitutivo della CEE sia nella normazione derivata – per combattere forme discriminatorie fondate propriamente sul *genere*, ovvero sugli stereotipi socio-culturali circa l'appartenenza a una particolare categoria sessuale. Da allora ha preso piede un'azione comunitaria volta a proteggere i soggetti discriminati in virtù della loro non conformità a modelli comportamentali e/o estetici presunti appropriati per il sesso d'appartenenza, tracciandosi in tal modo un *composite* giuridico per molti aspetti condivisibile, per altri, purtroppo, contraddittorio e perfettibile.

Duplice è l'atteggiamento mostrato dagli organi comunitari – in particolare di giudici e legislatori – nei confronti del *gender mainstreaming*. Da un lato vi è prontezza ad accogliere le deviazioni di genere a fronte di rivendicazioni d'interessi ritenuti ormai in armonia con le dominanti concezioni d'eguaglianza, dignità, libertà e giustizia. Dall'altro si palesa reticenza nel riconoscere la diversità di genere laddove i valori della società aperta e democratica si scontrano con le più radicate tradizioni culturali, *in primis* quelle concernenti l'organizzazione familiare, o con le identità "gender-loaded" più anticonformiste[315].

Gli organi comunitari mostrano dunque sensibilità nella protezione dei transessuali da odiose forme di discriminazione nel settore lavorativo, giungendo finanche a riconoscere (almeno implicitamente) la sussistenza di un diritto fondamentale all'identità sessuale e/o di genere di cui occorre tenere conto nell'attuazione del diritto dell'Unione. Diversamente, gli stessi organi manifestano contraddizioni e resistenze nella protezione d'interessi il cui riconoscimento implicherebbe lo smantellamento (oltraggioso) di ruoli sessuali tra-

---

[314] *P.* v. *S. Cornwall County Council*, CGCE 30 aprile 1996, causa C-13/94 (Racc. pagg. I-2143-2167).

[315] S. Gulati, *The use of gender-loaded identities in sex-stereotyping jurisprudence*, in 78 *N. Y.U. L. Rev.* 2177 (2003).

dizionali inscritti culturalmente nel tessuto sociale, come ad esempio l'indifferenziata assegnazione a madri e padri di congedi lavorativi finalizzati alla crescita della prole, o l'eguale distribuzione di benefici rilevanti per il diritto comunitario a formazioni familiari eterosessuali ed omosessuali.

Ad una considerazione d'insieme, dunque, risulta ancora incompleto il processo di riconoscimento di un più generale diritto alla libertà di genere a rilevanza comunitaria, ossia di un diritto che consenta a tutti – uomini, donne, transessuali, gay, lesbiche e bisessuali – di ricoprire senza pregiudizio, per scelta o per condizione personale, ruoli e funzioni sociali che per cultura invalsa sono espressione, in vario modo e misura, di mascolinità o femminilità. Due sono i basilari argomenti di principio richiamati in ambito comunitario che osteggiano il completamento di tale riconoscimento.

I sostenitori di marcati costumi sessisti rallentano l'auspicato processo di svecchiamento dei costumi familiari ricorrendo in primo luogo all'argomento della natura. Quest'argomento è talmente persuasivo da giustificare la ragionevolezza della differenziazione normativa e da vanificare lo spirito del divieto di discriminazione in base al sesso. Si afferma, ad esempio, che la famiglia e il ruolo delle donne al suo interno esistono per natura, e che dunque la differenziazione sessuale risponde al criterio di ragionevolezza in virtù del quale casi uguali devono essere trattati in modo uguale e casi diversi in modo diverso. Si afferma cioè acriticamente – il caso americano *Bradwell* citato in epigrafe ne è un altro chiaro esempio – che la differenziazione normativa in base al sesso riflette un'obiettiva differenziazione naturale, laddove tuttavia con quest'espressione possono raggrupparsi una congerie di asserzioni tutt'altro che univoche e razionali. Talvolta natura equivale a biologia, talaltra a tradizione, necessità, norma, volontà divina, e altre cose ancora. Gli appelli alla natura nel discorso politico sui ruoli di genere passano sovente da una di queste affermazioni ad un'altra, senza seguire una concatenazione logica. Quindi dal fatto che le cose siano sempre state in un certo modo, si finisce fin troppo rapidamente per desumere che quel modo ha le sue origini nella biologia, o nella volontà del Creatore, o che è l'unico possibile, o che è giusto, ragionevole ed opportuno per l'umanità.

Altre volte, invece, gli oppositori finiscono per negare l'applicazione del divieto di discriminazione in base al sesso ricorrendo all'argomento della differente identità, senza che questa possa assurgere ad elemento costitutivo di un più generale diritto fondamentale rilevante trasversalmente per l'azione comunitaria. Assai paradossalmente si afferma che proprio la non conformità della vittima ad un performante paradigma culturale-normativo di genere costituisce il nucleo fondante di un diverso tipo d'identità, e che dunque il criterio normativo di classificazione non è né il sesso né il genere, bensì quella particolare identità. Di fronte al caso, ad esempio, di un datore di lavoro che si rifiuti di assumere un candidato maschile in virtù del fatto che costui ha avuto, ha, o intende avere relazioni affettive e/o sessuali con persone dello stesso sesso, gli oppositori negano che questo rientri fra i casi (vietati) di discriminazione in base al sesso-genere, e dunque giustificano differenziazioni normative in base all'orientamento sessuale, o all'identificazione sessuale, siccome non esplicitamente coperte dalla clausola antidiscriminatoria.

Entrambi gli argomenti non sono condivisibili. Non lo sono non solo per ragioni di principio – poiché le categorie normative sesso, genere e orientamento sessuale sono concetti/costruzioni sociali accomunate da un medesimo paradigma strisciante e sovrano che ne determina la generazione e la rigenerazione nel tempo –, ma anche alla luce del già analizzato quadro comunitario di riferimento, che in ogni caso dovrebbe farsi carico delle prime se vuole ambire a divenire un sistema giuridico razionale e giusto, un sistema che – entro i limiti delle sue competenze – sia rispettoso dei valori fondanti di dignità, eguaglianza e libertà e dei diritti da questi discendenti.

10.2.1. *Sesso-genere a tutela della donna in gravidanza e maternità*

Non è certo un segreto che nel mercato del lavoro una delle ragioni che rende il sesso femminile meno appetibile di quello maschile è costituita dalla maternità. Poiché il pensiero dominante ritiene inevitabile che a un certo punto della carriera la donna interrompa le attività lavorative per dedicarsi ai figli, il lavoro femminile è visto nell'economia di mercato continentale come un investimento più

dispendioso e meno produttivo di quello maschile. Quattro sono le cause principali che possono indurre una donna ad interrompere il lavoro: la gravidanza, il parto, l'allattamento e la crescita della prole. Mentre le prime tre trovano una loro giustificazione obiettiva in fattori biologici immodificabili e specifici del sesso femminile, la quarta è il riflesso di un invalso costume sociale che, detto banalmente, vuole la moglie impegnata in casa nei lavori domestici e il marito in ufficio o nell'arena pubblica a procacciar denaro e sostentamento. Se, dunque, gravidanza, parto e allattamento sono questioni femminili riguardanti propriamente il sesso, inteso come categoria biologica, la crescita della prole concerne il genere, perché il fatto che si presuma tale compito come un dovere femminile è il portato di stereotipi sociali e culturali.

Stando a queste premesse, una matura e razionale politica volta a realizzare il principio di parità di trattamento tra lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile (art. 141 Trattato CE; art. II-83 Costituzione europea) postula almeno due ordini di priorità rispetto alla questione maternità: (a) impedire trattamenti di sfavore in ragione della condizione di gravidanza e/o della necessità di partorire e allattare la prole, (b) incidere sui modelli culturali e comportamenti sociali affinché entrambi i genitori, indistintamente, prestino tempo e cura alla crescita delle nuove generazioni. È assai paradossale notare, tuttavia, come nell'intento di combattere le discriminazioni occorse in ragione della gravidanza e delle altre condizioni biologiche relative alla maternità, l'azione comunitaria continui in vario modo a perpetuare l'idea, discriminatoria negli effetti, che vede la relazione genitore figlio come un compito ascrivibile preferibilmente, se non unicamente, al sesso femminile.

Nessuna fra le direttive discendenti dall'art. 141 Trattato CE contiene un divieto di discriminazione *ad hoc* a motivo della gravidanza, sebbene le Direttive 76/207, dapprima, e 2006/54 facciano in vari punti riferimento a questa specifica condizione femminile. Il punto è, tuttavia, che la Direttiva 2006/54 include nel concetto di discriminazione in base al sesso non solo quella fondata sulla gravidanza – postulato che, a rigore, è condivisibile tenuto conto della sua dimensione strettamente biologica –, ma anche quella in ragione della maternità – corollario, questo, assai discutibile se si considera

che la maternità, non definita dalla direttiva in questione, in principio può includere aspetti tanto biologici quanto socio-culturali.

L'art. 2, c. 2, lett. c) della Direttiva 54/2006 afferma che la vietata discriminazione in base al sesso comprende "qualsiasi trattamento meno favorevole riservato ad una donna per ragioni collegate alla gravidanza o al congedo per maternità ai sensi della Direttiva 92/85/CEE"[316]. Se però, da un lato, la Direttiva in questione lascia intendere di aver aderito ad una concezione squisitamente biologica di maternità – ad esempio ribadendo la legittimità "della protezione della condizione biologica della donna durante la gravidanza e la maternità"[317] –, dall'altro tale idea di maternità sembrerebbe essere negata laddove, ad esempio, si "lascia impregiudicata la facoltà degli Stati membri di riconoscere diritti distinti di congedo di paternità e/o adozione"[318]. Ciò perché ammettendosi il riconoscimento di siffatto congedo anche al padre, si esclude in principio la finalizzazione di tale istituto alla salvaguardia di una specifica condizione biologica femminile, che nel padre è necessariamente assente, e anzi si ricollega agli aspetti sociali della relazione genitore-figlio[319]. Sembra dunque che maternità e paternità debbano essere intese come costrutti

---

[316] Art. 2, c. 2, lett. C Dir. 54/2006/CE.

[317] Considerando n. 24 Dir. 54/2006/CE. A supporto della concezione squisitamente biologica di maternità sembrerebbe riconnettersi anche l'art. 15 Dir. 54/2006/CE che accorda unicamente alla donna il "diritto di riprendere il proprio lavoro un posto equivalente secondo termini e condizioni che non le siano meno favorevoli". Tuttavia, la garanzia di un diritto esclusivamente femminile potrebbe non giustificarsi in una condizione biologica tipica del sesso femminile, e anzi perpetuare lo stereotipo di genere che affida esclusivamente alla donna il compito di crescere ed educare la prole.

[318] Art. 16 Dir. 54/2006/CE.

[319] La Direttiva 2006/54 riconosce inoltre che gli Stati membri "dovrebbero affrontare il problema […] della marcata separazione fra i sessi nel mercato del lavoro, attraverso un'organizzazione flessibile dell'orario di lavoro che consenta alle donne e agli uomini di conciliare meglio la vita familiare e la vita lavorativa" e tramite "disposizioni appropriate in materia di congedo parentale, a benefici di entrambi genitori" (Considerando n. 11 Dir. 54/2006/CE). Doppie nel tono sono le premesse tracciate ai considerando 25 e 26, laddove il primo sottolinea che "per chiarezza, è […] opportuno prevedere esplicitamente la tutela dei diritti delle lavoratrici in congedo di maternità", e il secondo si limita a riscontrare che in vario modo "gli Stati membri sono stati incoraggiati a valutare la possibilità che i rispettivi ordinamenti giuridici riconoscano ai lavoratori uomini un diritto individuale e non trasferibile al congedo di paternità pur mantenendo i propri diritti inerenti al lavoro".

sociali di genere, ma mentre la relazione madre-figlio si dà per scontata – prova ne è il fatto che già da tempo è vigente nell'ordinamento comunitario e attuata negli ordinamenti nazionali –, quella padre-figlio è concepita come mera opzione la cui attuazione dipende unicamente da una scelta discrezionale dei legislatori statali.

L'ambiguità di fondo della disciplina della maternità riflette piè pari la criticabile giurisprudenza della Corte di Giustizia sviluppatasi antecedentemente all'approvazione della Direttiva 54/2006. Giurisprudenza che è assai utile ripercorrere visto che, come detto, la Direttiva 54/2006 si limita a fondere in un unico testo settori di disciplina preesistenti accomunati dalla loro discendenza dall'art. 141 Trattato CE senza innovare l'ordinamento vigente. Due sono, fra tanti[320], i casi che meglio delineano la *bottom line* comunitaria in tema di maternità, ma soprattutto la difficile relazione e le implicazioni fra aspetti relativi al sesso e al genere: *Ulrich Hofmann* v. *Barmer Ersatzkasse*[321] ("*Hofmann*") – di vecchia data ma emblematico – e *Margaret Boyle e a.* v. *Equal Opportunities Commission*[322] ("*Boyle*").

Nel primo Hofmann, padre di un figlio naturale da lui riconosciuto, ottiene dal suo datore di lavoro un permesso non retribuito di alcuni mesi per prendersi cura del bambino giacché la madre se ne era già occupata per un periodo di otto settimane. Contemporaneamente Hofmann inoltra domanda alle autorità tedesche onde ot-

---

[320] *Carmen Sarkatzis Herrero* v. *Instituto Madrileño de la Salud (Imsalud)*, CGCE 16 febbraio 2006, Causa C-294/04; *Commissione* v. *Granducato di Lussemburgo*, CGCE 14 aprile 2005, Causa C-519/03; *Commissione* v. *Repubblica d'Austria*, CGCE 1 febbraio 2005, Causa C-203/03; *Land Brandenburg* v. *Ursula Sass*, CGCE 18 novembre 2004, Causa C-284/02; *Wiebke Busch* v. *Klinikum Neustadt GmbH & Co. Betriebs-KG*, CGCE 27 febbraio 2003, Causa C-320/01; *Maria Luisa Jiménez Melgar* v. *Ayuntamiento de Los Barrios*, CGCE 4 ottobre 2001, Causa C-438/99; *Silke-Karin Mahlburg* v. *Land Mecklenburg-Vorpommern*, CGCE 3 febbraio 2000, Causa C-207/98; *Marìa Paz Merino Gòmez* v. *Continental Industrias del Caucho SA*, CGCE 18 marzo 2004, Causa C-342/01; *Tele Danmark A/S* v. *Handels-og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark (HK)*, CGCE 4 ottobre 2001, Causa C-109/00; *North Western Health Board* v. *Margaret McKenna*, CGCE 8 settembre 2005, Causa C-191/03.

[321] *Ulrich Hofmann* v. *Barmer Ersatzkasse*, CGCE 12 luglio 1984, Causa C-184/83.

[322] *Margaret Boyle e a.* v. *Equal Opportunities Commission*, CGCE 27 ottobre 1998, Causa C-411/96.

tenere un'indennità che la legge locale sulla protezione sociale della madre riconosce per la durata della maternità. La richiesta è respinta, e a giustificazione del rigetto si argomenta che la legge invocata riconosce unicamente alle madri il diritto al permesso di maternità e alla relativa indennità. Hofmann adisce così il giudice tedesco, che sospende il giudizio per chiedere alla Corte di Giustizia se sia in contrasto con la Direttiva 76/207 una normativa statale che al termine del periodo di convalescenza della madre della durata di otto settimane dalla nascita attribuisca a costei un permesso di maternità per prendersi cura del figlio fino a che non abbia compiuto i sei mesi senza che, in alternativa, tale opzione venga prevista previo accordo dei genitori anche a favore del padre.

A sostegno della lesione del divieto comunitario di discriminazione in base al sesso Hofmann adduce che, diversamente dal congedo di otto settimane riconosciuto unicamente alla partoriente a decorrere dalla nascita, il permesso di maternità non è finalizzato alla protezione sociale della madre per ragioni biologiche e mediche ma alla salvaguardia del fanciullo fino a che questi non abbia raggiunto i sei mesi di vita. Riprova ne è il fatto che mentre il primo congedo è obbligatorio, il secondo è rimesso alla volontà della madre. Non solo. A parere di Hofmann una reale protezione della madre dal cumulo di pesi derivanti dalla maternità e dal lavoro può essere garantita da norme imparziali che consentano anche al padre, su decisione di entrambi i genitori, di occuparsi della prole, in modo da liberare la madre e consentirle di riprendere il lavoro.

Viceversa le autorità tedesche difendono la conformità della disciplina alla cornice comunitaria rilevando che la necessità di proteggere la salute della madre in seguito alla gravidanza e al parto si protrae per una certa durata dopo la scadenza del periodo obbligatorio di tutela di otto settimane, e quindi il permesso di maternità è giustificato da ragioni derivanti dalle caratteristiche biologiche della donna, avendo lo scopo di non obbligare la madre, fin dalla scadenza del periodo legale di tutela, a decidere se debba o meno riprendere il lavoro.

La Corte rigetta la tesi sostenuta da Hofmann, e afferma che la Direttiva 76/207 non ha lo scopo di disciplinare questioni attinenti all'organizzazione della famiglia o di modificare la ripartizione delle

responsabilità all'interno della coppia. Inoltre si precisa che il principio di non discriminazione in base al sesso contenuto in detta Direttiva non impedisce agli Stati di mantenere o istituire regimi protettivi per quel che riguarda la gravidanza e la maternità della donna, ed anzi riconosce la legittimità di tali strumenti sotto due aspetti: "in primo luogo, la protezione della condizione biologica della donna durante e dopo la gravidanza, fino al momento in cui le sue funzioni fisiologiche e psichiche si sono normalizzate dopo il parto e, in secondo luogo, la protezione delle particolari relazioni tra la donna e il bambino, durante il periodo successivo alla gravidanza e al parto, evitando che queste relazioni siano turbate dal cumulo dei pesi derivanti dal fatto di dover contemporaneamente svolgere un'attività lavorativa"[323]. Di qui la Corte trae le mosse per asserire la legittimità rispetto alla Direttiva 76/207 di un permesso di maternità, concesso alla madre dopo la scadenza del periodo legale di tutela, "in quanto mira alla protezione della donna con riguardo sia alle conseguenze della gravidanza, sia alla maternità. Sotto questo aspetto, tale permesso può essere legittimamente riservato alla madre, ad esclusione di ogni altra persona, tenuto conto del fatto che solo la madre può essere tentata di riprendere prematuramente il lavoro"[324].

Più recentemente la Corte di Giustizia ha affrontato questioni analoghe, ma gli esiti non sembrano mutati e, paradossalmente, la dicotomia di genere pubblico (maschio)/ privato (femmina) ne esce rinvigorita. Paradigmatico è *Boyle*, caso in cui alcune dipendenti dell'*Equal Opportunity Commission* (EOC) adiscono l'*Industrial Tribunal* di Manchester per ottenere la dichiarazione di nullità di talune clausole contenute nel *Maternity Scheme* siccome discriminatorie avverso il sesso femminile e quindi in contrasto con le disposizioni dell'art. 141 del Trattato e delle Direttive 75/117, 76/207 e 92/85 (quest'ultima concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento). Il tribunale inglese, interrogandosi sulla compatibilità di alcune disposizioni del *Maternity Scheme* con il diritto comunitario decide di so-

---

[323] *Ulrich Hofmann* v. *Barmer Ersatzkasse*, cit., punto 25 della motivazione.
[324] *Ibidem*, punto 26 della motivazione.

spendere il procedimento e di sottoporre alla Corte cinque questioni pregiudiziali.

Con una di queste si domanda alla Corte se il divieto di applicare ai lavoratori di sesso femminile un trattamento discriminatorio o deteriore a causa di gravidanza, parto, maternità osti alla clausola di un contratto di lavoro che subordini il versamento, durante il congedo di maternità di cui all'art. 8 Dir. 92/85, di una retribuzione più elevata delle indennità previste dalla normativa nazionale (SMP: *Statutory Maternity Pay*) in materia di congedo di maternità alla condizione che la lavoratrice s'impegni a riprendere l'attività lavorativa durante il primo mese successivo al parto, dovendo in caso contrario rimborsare la differenza tra l'importo della retribuzione che le sarà stata versata durante il periodo di congedo e quelle delle dette indennità. Deve osservarsi, tuttavia, che le lavoratrici dell'EOC che fruiscono della possibilità di assentarsi dal lavoro conservando l'intera retribuzione per motivi connessi alla malattia o a speciali circostanze non sono tenute ad impegnarsi a rimborsare una parte della retribuzione qualora non riprendano l'attività lavorativa al termine del periodo di assenza.

La Commissione rileva in merito che l'art. 11, punti 2, lett. b), e 3 Dir. 92/85 comporta l'obbligo di versamento alla lavoratrice in congedo di maternità di un importo per lo meno equivalente a quello che riceverebbe in forza del contratto di lavoro nel caso di assenza per malattia. Qualora, come nel caso in questione, il datore di lavoro si sia impegnato a versare ai lavoratori assenti per malattia l'integralità della retribuzione, le lavoratrici in congedo di maternità dovrebbero, in forza della Dir. 92/85, percepire un reddito equivalente. Pertanto a parere della Commissione l'art. 11 della Dir. 92/85 osterebbe a che le lavoratrici, nell'ipotesi in cui non riprendano il lavoro dopo il parto, siano obbligate a rimborsare la differenza tra la retribuzione integrale loro versata durante il congedo di maternità e le indennità cui avevano diritto durante il congedo in forza della normativa nazionale.

Diversamente la Corte sottolinea che stando all'art. 11 della Dir. 92/85 l'indennità di maternità "è ritenuta adeguata se assicura redditi almeno equivalenti a quelli che la lavoratrice interessata otterrebbe in caso di interruzione delle sue attività per motivi connessi alo stato di salute, entro il limite di un eventuale massimale *stabilito*

dalle legislazioni nazionali"[325], che in tal caso era inferiore rispetto a quanto disposto dal contratto collettivo. Di qui la Corte desume la legittimità della clausola contrattuale in questione rispetto all'art. 11 Dir. 92/85 nel limite in cui si garantisca un'indennità di maternità che "non sia inferiore al reddito che riceverebbe la lavoratrice interessata, in forza della normativa previdenziale nazionale, in caso di interruzione dell'attività lavorativa per motivi di salute"[326].

Per quanto concerne poi l'art. 141 del Trattato, come attuato dalle Dir. 75/117 e 76/207, le ricorrenti affermano che l'obbligo imposto ad una lavoratrice di riprendere l'attività lavorativa dopo il parto – dovendo, in caso contrario, rimborsare la retribuzione contrattuale ricevuta durante il congedo di maternità se supera lo SMP – costituisce una discriminazione nei confronti di una lavoratrice a causa della gravidanza ed è quindi in contrasto col principio della parità delle retribuzioni. Infatti, per le altre forme di assenza retribuita, come le assenze per malattia, i lavoratori in generale avrebbero diritto alla retribuzione convenuta senza doversi impegnare a riprendere l'attività lavorativa al termine dell'assenza.

La Corte rigetta anche l'argomento della discriminazione in base al sesso/gravidanza asserendo che "la lavoratrice gestante, puerpera o in periodo di allattamento si trova in una situazione specifica di vulnerabilità che comporta il diritto al congedo di maternità ma che, in particolare durante tale congedo, non può essere equiparata a quella di un lavoratore di sesso maschile *né a quella di un lavoratore di sesso femminile assente dal lavoro per malattia*. Infatti il congedo di maternità di cui fruisce la lavoratrice è volto alla protezione della condizione biologica della donna durante e dopo la gravidanza nonché alla protezione delle particolari relazioni tra la donna e il bambino durante il periodo successivo alla gravidanza e al parto"[327].

Interessante ai nostri fini è anche la riposta data dalla Corte alla terza questione posta dal Tribunale di Manchester, con la quale si chiede se il divieto di applicare ai lavoratori di sesso femminile

---

[325] *Margaret Boyle e a.* v. *Equal Opportunities Commission*, cit., § 32 (corsivo aggiunto).

[326] *Ibidem*, punto 36 della motivazione.

[327] *Ibidem*, punti 40-41 della motivazione.

un trattamento discriminatorio o deteriore a causa di gravidanza, parto, maternità – art. 141 Trattato così come specificato dalle Dir. 75/117, 76/207 e 92/85 – osti alla clausola di un contratto di lavoro che vieti a una lavoratrice di avvalersi del regime delle assenze per malattia durante il congedo di maternità di almeno quattordici settimane (di cui un lavoratore di sesso femminile deve fruire in forza dell'art. 8 Dir. 92/85) o di qualunque congedo di maternità supplementare (che il datore di lavoro le conceda) salvo qualora decida di riprendere il lavoro facendo pertanto cessare definitivamente il congedo di maternità. La Corte risolve la questione distinguendo la fattispecie del congedo di maternità di cui all'art. 8 Dir. 92/85 da quella del periodo supplementare ed eventuale di astensione concesso alla madre dal datore di lavoro.

Nel caso di congedo ordinario la Corte rileva che, sebbene gli Stati membri siano tenuti ad adottare le misure necessarie affinché le lavoratrici fruiscano di un congedo di maternità di almeno quattordici settimane, si tratta di un diritto cui le lavoratrici possono rinunciare ad eccezione delle due settimana di congedo obbligatorio (art. 8, c. 2, Dir. 92/85), che nel Regno Unito decorrono dal giorno del parto. Ciò perché – lo si intuisce chiaramente dal ragionamento seguito dalla Corte – il congedo obbligatorio di due settimane trova la sua *ratio* nella necessità di ristabilire le condizioni biologiche e di salute femminili, cui perciò non è possibile rinunciare. La madre ha in ogni caso diritto di beneficiare anche delle dodici settimane facoltative, e in tal caso il congedo di maternità previsto deve durare quattordici settimane ininterrotte, ripartite prima e dopo il parto (art. 8 Dir. 92/85).

Tuttavia, "se […] una lavoratrice si ammala nel corso del congedo di maternità di cui all'art. 8 della Direttiva 92/85 e si avvale del regime delle assenze per malattia e se tale assenza si conclude in un momento precedente la scadenza del detto congedo di maternità, non può essere privata del diritto di continuare a fruire, dopo tale data, del congedo di maternità previsto dalla citata disposizione sino alla scadenza del periodo minimo di quattordici settimane, conteggiato a decorrere dalla data dell'inizio del congedo di maternità. Un'interpretazione in senso contrario comprometterebbe l'obiettivo del congedo di maternità, che non è solo volto alla protezione della

condizione biologica della donna bensì anche alla tutela dei rapporti particolari tra la donna e il bambino durante il periodo successivo alla gravidanza e al parto. Il periodo di congedo di maternità di almeno quattordici settimane ininterrotte, ripartite prima e/o dopo il parto, è volto in particolare a fornire alla lavoratrice la garanzia di potersi occupare del neonato durante le settimane successive al parto. Pertanto essa non può, salvo casi eccezionali, essere privata di tale garanzia per motivi di salute"[328].

Consentendosi alla donna di interrompere il congedo di maternità di dodici settimane per ragioni di malattia e di completare il periodo residuo una volta avvenuto il recupero fisico, la Corte finisce per riproporre in modo arguto e sottile il modello di assimilazione del sesso femminile col ruolo esclusivo di madre dedita alla cura dei figli. Deve notarsi, infatti, che la Corte fa passare la sua decisione come *garanzia esclusiva della madre* affinché costei possa occuparsi del neonato durante le settimane successive il parto, laddove in realtà siffatta esclusività si traduce in un motivo di pregiudizio che designa il sesso femminile come il meno produttivo fra i due nel mercato del lavoro. A ben notare, poi, la Corte contribuisce a diffondere il messaggio e a perpetuare la credenza, sullo sfondo sessisti, che assegnano un plusvalore alla relazione donna-bambino, al punto da non poter essere sacrificata in alcun modo nemmeno laddove vi sia l'esigenza di salvaguardare la salute della madre. Il sacrosanto collegamento madre-bambino, infatti, non può durare meno del previsto nemmeno quando sopravvenga una malattia che, per cause *diverse* dalla gravidanza e dal parto – altrimenti si negherebbe in principio la possibilità di derogare al regime della maternità – incida sulle condizioni di salute della madre. Come se, a fronte di un padre sovente impossibilitato a chiedere il congedo parentale, alle madri fosse davvero consentito di dedicarsi unicamente a se stesse sottraendo tempo e cure al neonato. Tempo e cura nella cui restituzione all'infante – stando a *Boyle* – le madri, *a differenza dei padri*, sono fortemente agevolate.

Passando poi al caso del congedo supplementare, la Corte rileva che – pur essendo questa un'ipotesi estranea all'ambito di appli-

---

[328] *Ibidem*, punti 60-61 della motivazione.

cazione della Direttiva 92/85 – l'art. 5 della Dir. 76/207 "non esige che una lavoratrice possa avvalersi simultaneamente del diritto al congedo di maternità supplementare concessole dal datore di lavoro e del regime delle assenze per malattia. Di conseguenza perché un lavoratore di sesso femminile in congedo di maternità possa usufruire del regime di assenza per malattia può essergli richiesto di porre fine, in via definitiva, al congedo di maternità supplementare concessogli dal datore di lavoro"[329].

A parte quest'ultima asserzione contenuta in *Boyle*, il quadro comunitario d'insieme in tema di maternità non pare particolarmente sensibile all'imperativo egualitario di smantellare la forzata omologazione dei sessi a dati e fissi ruoli di genere. Due sono i principali elementi di debolezza al riguardo. Il primo consiste nel preferire la relazione madre-figlio rispetto a quella padre-figlio anche laddove non vi sia alcuna condizione biologica obiettiva che lo imponga. Se, infatti, l'ordinamento comunitario risulta già attrezzato per rendere effettivo il rispettabile diritto di madre a prendersi cura dello sviluppo del figlio minore – la Direttiva 54/2006, peraltro, lascia impregiudicate tutte le disposizioni contenute nelle Direttive 96/34 (concernente l'accordo quadro sul congedo parentale concluso dall'UNICE, dal CEEP e dalla CES) e 92/85[330] –, altrettanto non può dirsi per il parimenti rispettabile diritto analogo di padre, semplicemente incoraggiato senza alcuna perentorietà o, alla meglio, rimesso alla discrezione dei singoli Stati membri.

Il secondo tallone d'Achille, meno evidente ma oltremodo insidioso, consiste nel "biologizzare" e ricollegare al divieto di discriminazione in base al sesso non solo la gravidanza, il parto e l'allattamento – che sono specifiche condizioni obiettive del sesso femminile – ma anche gli aspetti non biologici collegati alla gravidanza e alla maternità, *ergo il rapporto madre-figlio*. È infatti ragionevole assumere che il divieto di discriminazione in base al sesso consenta di trattare differentemente le donne laddove costoro non si trovino obiettivamente nelle stesse condizioni degli uomini, e da questo punto di vista gravidanza, parto e allattamento sostanziano condi-

---

329 *Ibidem*, punti 64-65 della motivazione.
330 Art. 28 Dir. 54/2006/CE.

zioni biologiche tipiche del sesso femminile che giustificano un trattamento diverso. Lo stesso non può tuttavia sostenersi riguardo alla concezione sociale di maternità, perché la posizione delle madri non è obiettivamente diversa da quella dei padri, ed entrambi dovrebbero contribuire in eguale misura all'espletamento dei diritti-doveri genitoriali.

Emerge dunque un quadro comunitario che, tradotto in termini pratici, consente ad un tempo di: (1) rigenerare e fossilizzare l'immagine della donna impegnata unicamente in casa nei compiti di madre, (2) giustificare regimi preferenziali che rendono il sesso femminile meno appetibile e adatto al mercato del lavoro e agli spazi pubblici, (3) discriminare i padri laddove desiderino cooperare o sostituire la madre laddove voluto da entrambi i genitori e obiettivamente possibile.

10.2.2. *Sesso-genere a tutela di transessuali e minoranze sessuali*

La condizione giuridica del transessuale costituisce una valida cartina di tornasole per saggiare la capacità di un ordinamento e delle sue categorie di fornire soluzioni dignitose e giuste alle diversità di genere. Il riconoscimento del diritto all'identità sessuale (espressivo di un più generale diritto alla libertà di genere) è sovente, infatti, il corollario naturale dell'accoglimento di una concezione complessa di sesso, che in tal caso richiede di considerare aspetti di natura biologica, psicologica (*brain sex*, o identità sessuale) e culturale (*gender*, o identità di genere). Sandi Farrel sottolinea con acume che "i transessuali e i travestiti costituiscono una sorta di punto o spazio concettuale intermedio tra gli uomini che sono percepiti come effeminati o che hanno orecchini o capelli lunghi, da un lato, e i gay e le lesbiche, dall'altro, per lo meno nell'immaginario popolare e giudiziale, in cui i tre gruppi esistono lungo la stessa linea continuata della non conformità di genere"[331]. Pur non volendo qui confondere fattispecie che per validi aspetti debbono essere considerate come

[331] S. Farrell, *op. cit.*, 651.

concettualmente distinte, il merito di Farrel risiede nel sottolineare la dimensione di genere che per certi aspetti accomuna la transessualità all'omosessualità.

Transessuali e omosessuali incarnano ipotesi di deviazione dei ruoli di genere, ma mentre i primi desiderano modificare i propri caratteri fisici sessuali, coloro che si identificano come gay e lesbiche si riconoscono rispettivamente nel sesso maschile e femminile di origine. Tuttavia, i transessuali possono in un certo senso dirsi anche omosessuali. Si pensi alla qualificazione delle relazioni affettive e/o sessuali di un individuo che abbia subito l'intervento chirurgico di riallineamento del sesso, per esempio di uno che da maschio sia divenuto femmina. In tal caso potrebbero qualificarsi come omosessuali sia le relazioni intrattenute dal soggetto considerato con persone di sesso maschile – giacché da un punto di vista cromosomico (e nella mente di molte persone) "costui" resta maschio – sia quelle occorse col sesso femminile – perché fra i due soggetti sussiste identità dei caratteri genitali esterni, se non anche dei caratteri sessuali secondari.

Se, da un lato, tale doppiezza rende i transessuali figure che trasgrediscono i ruoli di genere tradizionali, dall'altro non possono sottacersi aspetti che rivelano una forte dose di conformismo. Nel sottoporsi all'intervento chirurgico di rettificazione del sesso, infatti, i transessuali rafforzano l'idea che vuole sesso e genere fra loro necessariamente allineati. Alla base dell'intervento chirurgico vi sta in fondo la presunzione culturale per cui l'identità di genere discordante o è allineata al sesso, o è occultata e rinnegata per sempre. Dunque i transessuali non scardinano tanto la tradizionale distinzione di ruoli – e, anzi, per certi aspetti ne seguono le orme –, ma soprattutto contrastano la convinzione diffusa per cui maschi e femmine sono differenti creature con identità maschili o femminili determinate causalmente e direttamente dal sesso biologico. Ciò che, a voler essere ancora una volta realisti, non è.

L'atteggiamento comunitario tenuto nei confronti di queste forme di anticonformismo di genere può dirsi nel complesso soddisfacente. Dapprima si è interpretato il concetto di sesso secondo criteri complessi, sì da estendere il campo di applicazione del divieto a motivo di questo. La Corte di Giustizia ha ritenuto che il campo di applicazione del principio della parità di trattamento tra uomini e

donne non possa essere limitato al divieto delle discriminazioni basate sul fatto che una persona appartenga all'uno o all'altro sesso biologico. Tale principio, infatti – considerato il suo scopo e data la natura dei diritti che è inteso a salvaguardare – si applica anche alle discriminazioni derivanti da un cambiamento di sesso. Così affermando, la Corte riconosce il sesso come dato dalla natura complessa e mutevole, ma soprattutto sembra ammettere che laddove è in gioco il senso di dignità e la libertà delle persone s'impone la necessità di adottare una concezione decostruita di sesso, depurata da sovrastrutture ideologiche, sociali e culturali date acriticamente per valide, ossia più attenta alla realtà dei sessi così come questi sono percepiti nell'esperienza soggettiva e concreta di ognuno.

Questo è il diritto vivente affermatosi a partire da *P.* v. *S.*[332]. In quel caso P. – vestito da uomo e maschio secondo lo stato civile – viene assunto in qualità di amministratore presso un istituto di istruzione professionale, di cui è direttore S. Un anno dopo l'assunzione P. comunica ad S. la sua intenzione di cambiare sesso, e dopo essersi sottoposto a due successivi interventi chirurgici di rettifica, S. le comunica il licenziamento. P decide così di intraprendere la via dell'impugnazione del licenziamento per discriminazione fondata sul sesso, sebbene il *Sex discrimination Act* (SDA del 1975) – allora vigente nell'ordinamento inglese – definisse la discriminazione

---

[332] *P.* v. *S. Cornwall County Council*, cit. Per le note di dottrina si segnalano: G.F. Mancini, *Workplace discrimination and the law of the European Union* (Relazione alla conferenza tenuta alla Human Rights and Equal opportunities Commission, sotto gli auspici della University of New South Wales (Sidney), novembre 1998); A. Campbell, H. Lardy, *Discrimination against transsexuals in employment*, in 21 *European Law Review* 412 (1996); M.V. Ballestrero, *Transparità. Ovvero transessualismo e discriminazione*, in *Ragion pratica*, 1996, 6, 269; L. Flynn, *Case Note on P. v.S. and Cornwall Council*, in 34 *Common Market Law Review* 367 (1997); M. Alonso Olea, *El despido de un transexual (a propósito de la sentencia comunitaria de 30 de abril de 1996)*, in *Revista española de Derecho del Trabajo*, 1998, 87, 5; C. Barnard, *The Principle of Equality in the Community Context:* P, *"Grant", "Kalanke" and "Marschall": four uneasy bedfellows?*, in 57(2), *The Cambridge Law Journal,* 352 (1998); M. Bell, *Shifting Conceptions of Sexual Discrimination at The Court of Justice: from P v S to Grant v SWT*, in 5 *European Law Journal,* 73 (1999); M. Mariscal De Gante, E. López Pasaro, *Transexualidad y discriminación*, in *Revista española de Derecho del Trabajo*, 1999, 96, 601; M. Bonini Baraldi, *Parità di trattamento e nozione di "familiare" tra prerogative nazionali e prospettive comunitarie*, in *Familia*, 2003, 3, 821.

vietata come il fatto di riservare ad una donna un trattamento meno favorevole di quello riservato ad un uomo, e viceversa. Nessuna disposizione dello SDA prendeva in considerazione il mutamento di sesso. Il giudice britannico si rivolge in via pregiudiziale alla Corte di Giustizia chiedendole se, nel diritto comunitario[333], il divieto di discriminazione in ragione del sesso si estenda al "trattamento fondato sullo stato di transessuale", ossia se un licenziamento causato dalla scelta del lavoratore di cambiare sesso possa essere considerato "discriminatorio per ragioni di sesso", e se pertanto, secondo il diritto comunitario, la discriminazione non denoti più soltanto una disparità di trattamento tra uomo e donna, ma anche un trattamento in sé pregiudizievole, motivato da scelte del lavoratore riguardante la propria identità di genere.

L'Avvocato Generale Tesauro suggerisce alla Corte di prendere una decisione coraggiosa, poiché tutte le volte in cui la stessa ha dato applicazione all'art. 119 Trattato CE, e alle relative Direttive, lo ha fatto senza forzarne l'estensione oltre la comparazione fra i trattamenti riservati ai lavoratori dell'uno e dell'altro sesso biologico. Ragionando in tal modo, infatti, mancherebbe l'elemento della discriminazione tra i sessi, atteso che il transessuale femmina non è trattato diversamente dal transessuale maschio. L'Avvocato Generale, tuttavia, intuisce la problematica distinzione fra sesso e genere. "Comincio col ricordare la tesi" – esordisce Tesauro – "sostenuta con sempre maggior forza in ambienti medico-scientifici, secondo cui occorrerebbe andare oltre la classificazione tradizionale e riconoscere che, al di là della dicotomia uomo-donna, vi è un ventaglio di caratteristiche, di comportamenti e di ruoli che partecipano dell'uomo e della donna […]. In tale prospettiva, è evidente che non sarebbe lecito continuare a sanzionare esclusivamente le discriminazioni fondate sul sesso che siano riferibili all'uomo e alla donna nel senso tradizionale dei termini, rinunciando invece a tutelare coloro che, precisamente a motivo

---

[333] Si trattava, in particolare, della Direttiva 76/207, art. 5, par. 1, secondo cui "L'applicazione del principio della parità di trattamento per quanto riguarda le condizioni di lavoro, comprese le condizioni inerenti al licenziamento, implica che siano garantite agli uomini e alle donne le medesime condizioni, senza discriminazioni fondate sul sesso".

del loro sesso e/o della loro identità sessuale, sono trattati ugualmente in modo sfavorevole […]. Mi rendo ben conto che da sempre ci si è limitati a constatare il sesso, senza che il diritto dovesse intervenire per definirlo. Il diritto non ama le ambiguità e ragionare in termini di Adamo ed Eva è certo più semplice"[334].

Tesauro procede osservando che "il sesso rileva come convenzione, come parametro sociale", e che i trattamenti differenziati di cui sono spesso vittime le donne "non sono certo dovuti ai loro caratteri fisici, bensì al ruolo, all'immagine che la società ha della donna". Analogamente "deve riconoscersi che il trattamento sfavorevole subito dai transessuali è il più delle volte legato ad un'immagine negativa, ad un apprezzamento morale che nulla ha a che vedere con le loro capacità nel mondo del lavoro"[335]. Pertanto conclude che il licenziamento motivato dal cambiamento di sesso deve essere ricondotto al divieto di discriminazione per ragioni di sesso, sancito dalla Direttiva 76/207, e ad un più generale principio di uguaglianza di genere.

Accogliendo il monito dell'Avvocato Generale, la Corte di Giustizia stabilisce che la direttiva 76/207 (art. 5, n. 1) "osta al licenziamento di un transessuale per motivi connessi al suo mutamento di sesso" poiché questa richiede "l'assenza di *ogni* discriminazione fondata sul sesso"[336], incluse quelle fondate propriamente sul genere. La Direttiva non è quindi che l'espressione del principio di uguaglianza, che è uno dei diritti fondamentali del diritto comunitario. Anche il diritto a non essere discriminati in ragione del sesso costituisce uno dei diritti fondamentali della persona umana, pertanto la sfera di applicazione della Direttiva non può essere ridotta alle sole discriminazioni dovute all'appartenenza all'uno o all'altro sesso biologico. Tenuto conto del suo oggetto e della natura dei diritti che tutela, "la direttiva può applicarsi anche alle discriminazioni *che hanno origine*, come nella fattispecie, nel mutamento di sesso dell'interessata"[337], e che in sostanza si traducono in discriminazio-

---

[334] *P.* v. *S. Cornwall County Council*, cit., punto 17 delle Conclusioni dell'Avvocato Generale.

[335] *Ibidem*, punto 20 delle Conclusioni dell'Avvocato Generale.

[336] *Ibidem*, punto 17 della motivazione (corsivo aggiunto).

[337] *Ibidem*, punto 20 della motivazione (corsivo aggiunto).

ni di genere. Discriminazioni di questo tipo sono fondate "essenzialmente se non esclusivamente"[338] sul sesso dell'interessato. Infatti, "una persona, se licenziata in quanto ha l'intenzione di subire o ha subito un cambiamento di sesso, riceve un trattamento sfavorevole rispetto alle persone del sesso al quale era considerata appartenere prima di detta operazione. Il tollerare una discriminazione del genere equivarrebbe a porre in non cale, nei confronti di siffatta persona, il rispetto della dignità e della libertà al quale essa ha diritto e che la Corte deve tutelare"[339].

La giurisprudenza *P.* v. *S.* è certamente condivisibile, ma non è del tutto evidente se accanto all'interpretazione estensiva del concetto di sesso si sia riconosciuto anche un correlativo diritto fondamentale all'identità sessuale e/o di genere[340]. Deve osservarsi, infatti, che se da un lato la Corte riferisce della presenza in ambito comunitario di un diritto fondamentale all'eguaglianza inclusivo del diritto a non subire arbitrarie discriminazioni in ragione del sesso, a sua volta espressivo del rispetto per la dignità e la libertà della persona, dall'altro la Corte svolge il suo ragionamento ricorrendo allo schema della comparazione fra due diverse circostanze, il che, a rigore, non sarebbe stato necessario se i giudici avessero inquadrato la questione in esame nei termini di diritto fondamentale. Anziché desumersi la discriminazione ponendo a confronto la condizione della persona che ha intenzione di subire o ha subito un cambiamento di sesso con quella *delle (altre) persone del sesso al quale era considerata appartenere prima dell'operazione*, la Corte avrebbe potuto semplicemente affermare l'impossibilità di negare a chiunque il diritto fondamentale alla rettificazione del sesso, confermando uno dei postulati discendenti dalla teoria dell'eguaglianza giuridica che vieta l'adozione di distinzioni soggettive di sorta, sesso incluso, laddove si discuta di un interesse umano primario (nucleo forte dell'eguaglianza).

---

[338] *Ibidem*, punto 21 della motivazione.

[339] *Ibidem*, punto 21-22 della motivazione.

[340] Solo in *Sarah Margaret Richards* v. *Secretary of State for Work and Pensions*, 27 aprile 2006, Causa C-424/04 la Corte cita *P.* v. *S* attribuendogli il merito di avere per la prima volta affermato la rilevanza comunitaria del diritto fondamentale all'identità di genere.

A fronte di *P.* v. *S.* non può sottacersi la contraddittorietà del pressoché coevo indirizzo giurisprudenziale emergente da *Lisa Jacqueline Grant* v. *South-West Trains Ltd*[341]. È il caso di una signora assunta presso le ferrovie inglesi che rivendica le agevolazioni di trasporto, previste dal suo contratto di lavoro, nei confronti della convivente dello stesso sesso. Il *Ticket Regulation* accorda il *benefit* solo a favore del lavoratore, del coniuge, delle persone a carico e, previa presentazione di una dichiarazione solenne che attesti l'esistenza di una relazione significativa da almeno due anni, del "common law opposite-sex spouse". La signora Grant ha adempiuto a tutte le formalità previste, e dimostrato che la relazione con la convivente durava da almeno due anni, ma la domanda è respinta in quanto non è prevista la concessione di agevolazioni a favore dei conviventi dello stesso sesso. L'*Industrial Tribunal*, a cui Lisa Grant si è nel frattempo rivolta per chiedere tutela, decide di inoltrare rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, affinché questa chiarisca se la discriminazione fondata sul sesso, di cui all'art. 119 Trattato CE, comprenda anche la discriminazione fondata sull'orientamento sessuale del dipendente.

---

[341] *Lisa Jacqueline Grant* v. *South-West Trains Ltd*, CGCE 17 febbraio 1998, causa C-249/96, (Racc. pag. I-621-653); A. Koppelman, *The Miscegenation Analogy in Europe, or, Lisa Grant meets Adolf Hitler*, in R. Wintemute, M. Andenæs (eds.), *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships. A Study of National, European, and International Law*, Oxford-Portland Oregon, Hart Publishing, 2001, 623-633; C.D. Rasnic, *The Latest Pronuncement from the European Court of Justice on Discrimination Against Homosexuals:* Grant *v.* South-West Trains, LTD, in 12 *N.Y. Int'l L. Rev.,* 79 (1999); P. Pallaro, *Il divieto di discriminazioni fondate sul sesso, fra transessualismo e libertà di orientamento sessuale*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 37, 1998, 609 ss; P.L. Spackman, Grant v. South-West Trains: *Equality for Same-Sex Partners in the European Community*, in 12 *American University Journal of International Law & Policy,* 1063 (1997); A. Weyembergh, *Les droits des homosexuels devant le juge communautaire*, in *Journal des Tribunaux de droit européen*, 1998, 110-113; E. Brems, *Grant: Case C-249/96. Lisa Jacqueline Grant* v. *South-West Trains Ltd. (Eur. Ct. J. February 17, 1998)*, in 5 *Columbia Journal of European Law* 141 (1998-99); S. Greco, *Nuovi sviluppi in materia di tutela dei diritti fondamentali*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1998, 6, 1369; K. Berthou, A. Masselot, *La Cour de Justice des Communautés européennes et les couples homosexuels*, in *Droit social*, N. 12, décembre 1998, 1034-1043; J. McInnes, *Case Note on Case C-249,* Lisa Jacqueline Grant v. South West Trains Ltd, in 36 *Common Market Law Review,* 1054 (1999); G.B. Gallus, *Le agevolazioni di viaggio e la loro concessione sulla base dell'orientamento sessuale del dipendente*, in *Diritto dei trasporti*, 2000, 2, 455.

Grant afferma che norme ponenti un trattamento differenziato in ragione della direzione sessuale della condotta sono basate unicamente sull'orientamento sessuale, e non anche sul sesso. La Corte dichiara che "il diniego, da parte di un datore di lavoro, di concedere una riduzione di prezzo di trasporti a favore della persona, dello stesso sesso, con cui il lavoratore ha una relazione stabile, qualora siffatta agevolazione venga concessa in favore del coniuge del lavoratore o della persona di sesso opposto con la quale quest'ultimo ha una relazione stabile fuori dal matrimonio, non costituisce una discriminazione vietata dall'art. 119 del Trattato o dalla direttiva del Consiglio 10 febbraio 1975, 75/117/CEE". Il requisito stabilito dal regolamento aziendale in questione non configura una discriminazione fondata direttamente sul sesso del lavoratore, bensì sull'orientamento sessuale[342]. "Infatti" – osserva la Corte – "le agevolazioni di cui trattasi vengono negate al lavoratore di sesso maschile che viva con una persona dello stesso sesso così come vengono negate al lavoratore di sesso femminile che vive con una persona dello stesso sesso"[343]. Dunque mentre *P.* v. *S.* afferma in definitiva l'estensione applicativa del divieto di discriminazione in base al sesso alle fattispecie discriminatorie motivate dal genere, *Grant* disconosce che siffatto divieto di discriminazione in base al sesso-genere possa applicarsi anche ai trattamenti differenziati in ragione dell'orientamento sessuale[344].

Le conclusioni raggiunte dalla Corte non sono condivisibili. Dalla motivazione della sentenza emerge anzitutto che la Corte di Giustizia non è abbastanza critica da accorgersi che, a rigore, le dispo-

---

[342] *Ibidem*, punto 47 della motivazione. Si noti che la Corte di giustizia afferma che la distinzione fatta dal *Ticket Regulation* costituisce una ipotesi di discriminazione (diretta) fondata sull'orientamento sessuale, sicché oggi l'applicazione della Direttiva 78/2000/CE in casi del genere sarebbe fuor di dubbio, poiché essa vieta espressamente, fra le altre, anche tali forme discriminatorie.

[343] *Ibidem*, punto 27 della motivazione.

[344] *Ibidem*, punto 42 della motivazione. La Corte distingue *Grant* da *P* v. *S.* e rileva che in quelle circostanze "le discriminazioni erano in realtà fondate essenzialmente, se non esclusivamente, sul sesso dell'interessato. Un ragionamento del genere, in forza del quale le dette discriminazioni vanno vietate analogamente a quelle fondate sull'appartenenza di una persona ad un determinato sesso, cui sono strettamente connesse, è limitato al caso di cambiamento di sesso di un lavoratore e non si applica quindi alle disparità di trattamento fondate sull'orientamento sessuale di un individuo".

sizioni del *Ticket Regulation* non accordano un beneficio in ragione dell'orientamento sessuale, *propriamente* inteso, di un soggetto, dato che queste non indicano il soggetto eterosessuale convivente *more uxorio* come destinatario delle agevolazioni di trasporto. Infatti, una differenziazione normativa come quella contenuta nel *Ticket Regulation*, formulata in funzione dell'identità/non identità dei sessi coinvolti nella relazione di coppia, esclude certamente la totalità delle persone omosessuali unite in coppia – e tale è, in effetti, il caso di Lisa Grant e della compagna –, ma non osta in principio anche all'esclusione di persone bisessuali o eterosessuali, per vari motivi unite in coppia. E di ciò la Corte non si avvede.

È poi significativo notare come la Corte neghi la presenza di una fattispecie riconducibile al divieto di discriminazione in base al sesso asserendo che "le agevolazioni di cui trattasi vengono negate al lavoratore di sesso maschile che viva con una persona dello stesso sesso così come vengono negate al lavoratore di sesso femminile che vive con una persona dello stesso sesso". Siffatta argomentazione, a ben vedere, occulta agilmente la fattispecie della discriminazione sessuale tramite un artifizio. La Corte propone un ragionamento che pone in rapporto il sesso del soggetto principale con quello del soggetto subordinato (*ergo*, orientamento sessuale) all'interno di due modelli "sessuati" di condotta *latu senso* sessuale posti in raffronto tra loro. In altre parole, la Corte esclude che Lisa Grant sia stata discriminata "in quanto femmina" (*sex-based discrimination*) perché "un maschio che avesse scelto di convivere *more uxorio* con un altro maschio" [primo esempio di condotta sessuale coniata al maschile] avrebbe subito le medesime conseguenze che "essa (femmina) ha subito nello scegliere di vivere con un'altra femmina" [secondo esempio di condotta sessuale coniata al femminile]. Dunque assai paradossalmente la Corte esclude la lesione del divieto di discriminazione in base al sesso giacché il trattamento normativo in questione si applica tanto ai gay quanto alle lesbiche.

Paradossalmente, stando a siffatto ragionamento si potrebbe altresì negare il carattere discriminatorio di un divieto posto ad uno studente nero di accedere ad una scuola per soli bianchi. Infatti, si potrebbe asserire che il divieto posto allo "studente nero di frequentare una scuola per bianchi" è analogo al divieto posto allo "studente

bianco di frequentare una scuola per neri"; *ergo*, le due razze sarebbero trattate in modo eguale, e non vi sarebbe alcuna discriminazione. Ma non è artificioso sostenere che l'esclusione di uno studente nero da una scuola bianca non è una discriminazione fondata sulla razza giacché – parafrasando le parole della Corte di Giustizia – "la frequenza ad una scuola viene negata allo studente nero che intenda frequentare una scuola per bianchi così come viene negata allo studente bianco che intenda accedere ad una scuola per neri"? Se così non fosse, l'*apartheid* e la segregazione razziale non sarebbero affatto discriminatorie.

Tornando a *Grant*, è ragionevole ritenere che la fattispecie affrontata dalla Corte sia una discriminazione direttamente fondata sul sesso, in quanto le agevolazioni di trasporto vengono negate alla partner unicamente in ragione del sesso femminile di Lisa Grant (soggetto principale); se, viceversa, la partner avesse convissuto con un maschio le ferrovie inglesi avrebbero concesso il *benefit*[345]. In alternativa si potrebbe sostenere, specialmente dopo *P.* v. *S.*, che la medesima discriminazione sia fondata sul sesso-genere, in quanto le agevolazioni di trasporto vengono negate alla convivente giacché Lisa Grant incarna un ruolo consentito solo al sesso maschile, come quello di intraprendere una relazione intima con una femmina; se, al contrario, Lisa Grant avesse rivestito i panni del sesso femminile, comportandosi da vera donna, ossia se avesse convissuto con maschio, le ferrovie inglesi non avrebbero esitato ad erogare il beneficio.

Che nell'ordinamento comunitario ebbe difficoltà a divenire pacifico il riconoscimento di un diritto al libero orientamento sessuale espressivo di un più ampio diritto alla libertà di genere si desume anche dalla composizione del caso *D e Regno di Svezia contro Con-*

---

[345] R. Wintemute, *Recognising New Kinds of Direct Discrimination: Transsexualism, Sexual Orientation and Dress Codes*, in 60 *Modern Law Review,* 345 (1997): "this comparison avoids a finding of direct sex discrimination by changing not only the sex of the women, but also of her partner. Yet for a valid sex discrimination analysis, the comparison must change only the sex of the complaining individual, and must hold all other circumstances constant". V. anche: B. Guiguet, *Le droit communautaire et la reconnaissance des partenaires de même sexe*, in *Cahiers de droit européen*, 1999, nn. 5-6, 553 ("[l]a discrimination fondée sur le sexe incluant les cas de conversion sexuelle – dont la spécificité n'est pas niée – il paraissait logique qu'il en soit de même en matière d'orientation sexuelle").

siglio dell'Unione Europea[346]. In quel caso un funzionario svedese impugna innanzi alla Corte di Giustizia la sentenza del Tribunale di primo grado che respingeva il ricorso per l'annullamento di un atto del Consiglio che, a sua volta, aveva precedentemente negato al ricorrente la concessione dell'assegno di famiglia previsto a favore del "funzionario coniugato". Il funzionario richiedente l'assegno afferma che il suo *status* personale è retto dalla legge sulla *registered partnership* e che, nello Stato di appartenenza (la Svezia), questo è assimilato a quello conseguente al matrimonio.

La Corte di Giustizia asserisce che il *benefit* non è stato negato né a causa del sesso del ricorrente – "il fatto che il ricorrente sia uomo o donna è indifferente ai fini della concessione dell'assegno di famiglia"[347] – né in base al suo orientamento sessuale – infatti l'assegno sarebbe stato negato anche se il funzionario fosse stato legato da *registered partnership* con persona di sesso opposto –, bensì a cagione del tipo di relazione giuridica esistente fra i due. Di conseguenza la Comunità, quale datore di lavoro, non è tenuta a ricollegare a tali situazioni gli effetti derivanti dal matrimonio. Nella sentenza, lo *status* di partner registrato è ritenuto *altro dal matrimonio*, e poiché le nozioni comunitarie di matrimonio e di coniuge si riferiscono esclusivamente ad un rapporto fondato sul tradizionale matrimonio civile, le relazioni stabili tra due persone dello stesso sesso non possono essere assimilate alle relazioni tra persone sposate, nemmeno se di-

---

[346] *D e Regno di Svezia contro Consiglio dell'Unione Europea*, CGCE 31 maggio 2001, cause riunite C-122/99P e C-125/99P, in *European Court Reports* I-4319 (2001). Per un commento, si v.: D. Simon, *Commentaire sous CJCE, 31 mai 2001*, D. et Royaume de Suède, soutenus par Danemark et Pays-Bas c. Conseil, *aff. C-122/99 P et C-125/99 P*, in *Europe* (Paris), N. 7, juillet 2001, 11-12; B. Pezzini, *Matrimonio e convivenze stabili omosessuali. Resistenza del paradigma eterosessuale nel diritto comunitario e difficoltà del dialogo con le legislazioni nazionali (nonostante la Carta dei diritti fondamentali)*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2001, 3, 1519; E. Rossi, *Le unioni stabili registrate di fronte alla Corte di giustizia*, in *Quaderni costituzionali*, 2001, 3, 695; I. Canor, *Joined Cases C-122/99 P & C-125/99 P*, D. and Sweden v. Council, in 8(1) *Columbia Journal of European Law* 92 (Winter 2002); E. Caracciolo di Torella, E. Reid, *The Changing Shape of the European Family and Fundamental Rights*, in 27 *European Law Review* 80 (2002); E. Calò, *La Corte di giustizia accerchiata dalle convivenze*, in *Rivista del notariato*, 2002, 5, 1272.

[347] *Ibidem*, punto 46 della motivazione.

venute l'oggetto di una registrazione ufficiale da parte di un'amministrazione nazionale. Tale disparità di trattamento fondata direttamente sullo *status* civile colpisce assai di frequente le persone omosessuali e costituisce una discriminazione indiretta sulla base dell'orientamento sessuale[348]. Infatti di norma gli omosessuali non possono contrarre matrimonio e non sono dunque in grado di soddisfare il requisito posto dalla norma o prassi che conferiscono *benefits* solo in presenza di un rapporto di coniugio.

Segnali confortanti sembrerebbero desumersi dalla normativa comunitaria approvata successivamente a *Grant* e *D e Regno di Svezia*. Potrebbe accadere che un caso di disparità di trattamento sulla base dello stato civile – analogo a quello affrontato dalla Corte di Giustizia in *D e Regno di Svezia*, o anche parzialmente diverso, come l'ipotesi, ad esempio, di un beneficio lavorativo accordato al lavoratore coniugato ma non a colui che convive *more uxorio* – si verifichi all'interno di uno stato membro che nel frattempo abbia recepito la Direttiva 78/2000. A ben vedere, siffatta fattispecie non è immediatamente protetta dalla direttiva. Essa si applica, infatti, alle discriminazioni fondate sulla religione o convinzioni personali, età, *handicaps* ed orientamento sessuale (art. 1 Dir. 78/2000), ed il considerando n. 22 della stessa espressamente dichiara di lasciare "impregiudicate le legislazioni nazionali in materia di stato civile e le prestazioni che ne derivano". Ciononostante, la direttiva proibisce, all'art. 2, c. 2, ogni discriminazione avente carattere indiretto, che si verifica "quando una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere in una posizione di particolare svantaggio le persone […] di una particolare tendenza sessuale". A tal stregua, si può sostenere che il requisito del matrimonio costituisca un criterio apparentemente neutro che discrimini indirettamente le coppie omosessuali, ovviamente nella misura in cui a queste non sia consentito contrarre matrimonio. Non esiste nella direttiva alcuna

---

[348] La prassi canadese conferma come casi di discriminazione direttamente fondati sullo *status* civile siano indirettamente basati sull'orientamento sessuale: *Canada (A.G.) v. Mossop* (1993) 1 S.C.R. 554, 100 D.L.R. (4th) 658; *Egan v. Canada* (1993) 3 F.C. 401, 103 D.L.R. (4th) 336 (C.A.); *Layland v. Ontario (Minister of Consumer and Commercial Relations)* (1993) 14 O.R. (3d) 658 (Div. Ct).

indicazione che collochi tale tipo di discriminazione al di fuori del divieto da essa posto[349]; né, tanto meno, il tenore letterale dell'art. II-81 della futura costituzione europea esclude la copertura delle discriminazioni indirettamente fondate sull'orientamento sessuale, e direttamente fondate sullo status civile o coniugale.

È grazie alle novità introdotte nel diritto dell'Unione da Amsterdam in avanti (art. 13 Trattato CE, Direttive 43 e 78 del 2000, art. II-82 costituzione europea) che si sviluppa con sempre maggiore incisività l'idea di un nucleo forte di eguaglianza che impone il riconoscimento universale e senza distinzione alcuna dei diritti fondamentali, cui gli organi comunitari devono tenere conto nell'esercizio delle loro competenze. *K.B.* v. *National Health Service Pensions Agency, Secretary of State for Health*[350], del 7 gennaio 2004, ad un tempo esprime il consolidamento della dottrina del nucleo forte di eguaglianza ed aggiunge un tassello sostanziale nell'opera di costruzione e riconoscimento del diritto fondamentale alla libertà di genere iniziata con *P.* v. *S.* Il caso sottoposto alla Corte sorge in seguito all'informativa inviata dal *National Health Service Pensions Agency* ad una propria iscritta, l'infermiera K.B., nella quale si dichiara che, qualora costei deceda prima del suo compagno transessuale R. (una donna divenuta uomo in seguito ad un intervento chirurgico di cambiamento di sesso, non formalizzato con la rettifica dell'atto di nascita), quest'ultimo non potrebbe ricevere la pensione di reversibilità prevista dalla legge inglese per il coniuge superstite. Ciò perché la legge del Regno Unito non autorizzava (sino alla riforma del luglio 2004) le modifiche anagrafiche conseguenti ad un'operazione di cambiamento di sesso, e di conseguenza impediva alla coppia di contrarre matrimonio eterosessuale – l'unico permesso dal *Matrimonial Causes Act 1973* e, contestualmente, unico presupposto per il godimento della pensione di reversibilità.

---

[349] M. Bell, *Sexual Orientation Discrimination in Employment*, cit., p. 668; K. Waaldijk, *Toward the Recognition of Same-sex partners*, cit., p. 645.

[350] *K.B.* v. *National Health Service Pensions Agency, Secretary of State for Health*, CGCE, 7 gennaio 2004, causa C-117/01, in Raccolta della giurisprudenza 2004, p. I-541. Sul caso, si v.: L. Violini, *Il diritto dei transessuali a contrarre matrimonio*, cit., 414-416; E. Battaglia, *«Sesso» e «orientamento sessuale» nell'interpretazione dell'art. 141 CE alla luce della sentenza K.B. c. Regno Unito*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2004, 3, 599.

Deve anzitutto notarsi che la vicenda di K.B. mostra una forte analogia con il caso *Grant*, dove in sostanza un vantaggio salariale è negato alla compagna dello stesso sesso di una lavoratrice inglese in ragione dell'impossibilità di contrarre matrimonio tra le due. In *K.B.* l'impossibilità di ricevere la pensione di reversibilità risiede principalmente nel fatto che la legge inglese sul matrimonio del 1973 considera nullo ogni matrimonio i cui coniugi non siano rispettivamente di sesso maschile e di sesso femminile; poi, che si considera come sesso della persona quello risultante sull'atto di nascita, e, infine, che la legge sulla registrazione delle nascite e dei decessi vieta ogni modifica del registro degli atti di nascita, salvo nel caso di errore di scrittura o di errore materiale.

Deve però osservarsi che nella vicenda K.B. non manca nemmeno un importante elemento – quale la considerazione di una realtà di transessualismo – che avvicina questa storia a quella del caso *P* v. *S*. Tuttavia, a parte l'unica analogia data dal problema della condizione giuridica dei transessuali, vi sono significative differenze che portano all'allontanamento dei due casi. Mentre per P. è indifferente che il datore di lavoro lo reputi un uomo o una donna in seguito al suo intervento chirurgico, per K.B. è fondamentale che le autorità britanniche riconoscano in R. un uomo. Se, poi, in P. si discute dei diritti di un lavoratore divenuto transessuale, in K.B. si rivendicano i diritti di una lavoratrice il cui compagno è transessuale. Infine, in P. si agisce per il riconoscimento di un diritto all'identità sessuale, mentre in K.B., così come in Grant, è in buona sostanza *l'orientamento sessuale della ricorrente* e/o *l'identità dei sessi componenti la coppia* ad essere all'origine della discriminazione.

La ricorrente argomenta che il trattamento sfavorevole riservato alla coppia "deriva unicamente dal fatto che R. abbia subito un cambiamento di sesso, il che costituisce una discriminazione diretta fondata sul sesso"[351]. Ma la fallacia dell'argomentazione sostenuta dalla ricorrente emerge più limpidamente nell'asserire "che la condizione di matrimonio costituisce una discriminazione indiretta nei confronti dei transessuali poiché, contrariamente a ciò che avviene in una cop-

---

[351] *Ibidem*, punto 18 della motivazione.

pia eterosessuale in cui nessuno dei due membri è un transessuale, nel caso di una coppia eterosessuale, in cui uno di essi abbia subito una operazione per cambiare sesso, la condizione di matrimonio non potrebbe mai essere soddisfatta"[352]. È piuttosto significativo rimarcare come la signora K.B. si affidi alla giurisprudenza *P.* v. *S*, anziché fondare la sua pretesa sul diverso argomento che la sua unione col compagno R., identificata come omosessuale dalla legge britannica, è discriminata a motivo dell'orientamento sessuale dei partner coinvolti. Evidentemente, la ricorrente è convinta che una pretesa formulata in tali termini rischi di infrangersi contro l'alto scoglio della sentenza *Grant* molto più facilmente di quanto non possa fare la sottolineatura della natura eterosessuale della sua relazione instaurata col compagno transessuale, alla luce del dispositivo di *P.* v. *S.*

La Corte decide di seguire i suggerimenti avanzati dall'Avvocato Generale – egli ritiene che la questione debba essere risolta chiedendosi se il divieto di discriminazioni fondate sul sesso, sancito dall'art. 141 Trattato CE, osti all'applicazione di una normativa nazionale che, negando ai transessuali il diritto di contrarre matrimonio conformemente al loro sesso acquisito, priva questi ultimi della possibilità di ottenere una pensione di reversibilità per vedovi – e asserisce che il caso in esame non può essere considerato "di per sé" come una forma di discriminazione in funzione del sesso, "in quanto il fatto che il richiedente sia un uomo o una donna è indifferente ai fini della concessione della pensione di reversibilità"[353]. Rigettato il *sex-based discrimination argument*, la Corte afferma l'incompatibilità col diritto comunitario del *NHS pension Scheme 1995* ricorrendo argutamente all'argomento dell'eguale diritto fondamentale, o nucleo forte dell'eguaglianza, affermando che "una legislazione, quale quella di cui trattasi nella causa principale, che, in violazione della CEDU, impedisce ad una coppia, quale K.B. e R., di soddisfare la condizione del matrimonio, necessaria affinché uno di essi possa godere di un elemento della retribuzione dell'altro, dev'essere considerata, in linea di principio, incompatibile con le prescrizioni di cui all'art. 141 CE"[354].

---

[352] *Ibidem*, punto 19 della motivazione.
[353] *Ibidem*, punto 29 della motivazione.
[354] *Ibidem*, punto 34 della motivazione.

Ad una conclusione favorevole a K.B., la Corte è giunta servendosi delle disposizioni della CEDU relative al diritto al rispetto della vita privata e familiare, al diritto al matrimonio e al divieto di discriminazione (artt.8, 12 e 14), e della segnalata giurisprudenza *Goodwin* della Corte di Strasburgo facendo comprendere come il significato delle norme comunitarie, e quindi l'estensione del loro ambito di applicazione, dipende da un'interpretazione compiuta anche alla luce dei diritti fondamentali[355]. Congiuntamente a ciò la Corte afferma che "mentre *le coppie eterosessuali*, in cui l'identità di nessuno dei due membri deriva da un'operazione di cambiamento di sesso, possono contrarre matrimonio e, eventualmente, godere di una pensione di reversibilità, che costituisce un elemento della retribuzione di uno di essi, *una coppia quale quella formata da K.B. e R.* non è assolutamente in grado di soddisfare la condizione del matrimonio, quale quella prevista dall'*NHS Pension Scheme*, ai fini della concessione di una pensione di reversibilità"[356].

Dunque con la sentenza K.B. la Corte si spinge ad affermare, nella sostanza, che costituisce una discriminazione vietata dall'art. 141 CE la norma nazionale che impedisce a "una coppia quale quella formata da K.B" – ossia a una coppia composta legalmente da due persone dello stesso sesso (e in pratica all'orientamento sessuale di K.B.) – di tradursi in un'unione prevista e tutelata dal diritto (matrimonio), che è a sua volta presupposto necessario per godere di un vantaggio legato alla retribuzione, in modo non discriminatorio rispetto alle coppie composte legalmente da due persone di sesso opposto. *K.B.* non solo testimonia l'emersione di una sempre minore rigidità del trinomio sesso/genere/orientamento sessuale, ma sembra anche segnare l'abbandono definitivo della linea interpretativa assunta nel caso *Grant* e il progressivo costruirsi ed affermarsi di

---

[355] E. Battaglia, *«Sesso» e «orientamento sessuale» nell'interpretazione dell'art. 141 CE*, cit., 614: "esiste tra diritti fondamentali e sfera d'applicazione del diritto comunitario un'influenza reciproca o «bidirezionale»: se l'estensione della seconda circoscrive l'ambito di operatività dei primi, è vero anche che per via interpretativa i diritti fondamentali possono estendere l'ambito di applicazione del diritto comunitario".

[356] *K.B.* v. *National Health Service Pensions Agency, Secretary of State for Health*, cit., punto 31 della motivazione.

un diritto alla libertà di genere. Tendenze, queste, tutte confermate nell'aprile 2006 dalla giurisprudenza *Sarah Margaret Richards* v. *Secretary of State for Work and Pensions*[357].

Il caso *Richards* riguarda una domanda di pronuncia pregiudiziale, proposta dal *Social Security Comissioner* di Londra prima che il *Gender Recognition Act 2004* entrasse in vigore, con la quale si chiede al Giudice comunitario se la Direttiva 79/7 (relativa alla graduale attuazione della parità di trattamento tra uomini e donne in materia di sicurezza sociale) osti a che uno Stato membro neghi una pensione di vecchiaia prima del compimento del 65° anno di età a una persona transessuale passata dal sesso maschile a quello femminile, nel caso in cui detta persona avrebbe avuto diritto alla pensione al compimento del 60° anno se fosse stata considerata come donna dal diritto nazionale.

Alla base della domanda vi sta la sofferta vicenda della signora Richards, registrata nel 1942 come persona di sesso maschile e sottopostasi il 3 maggio 2001 ad operazione chirurgica per il passaggio al sesso femminile. Nel febbraio 2002 Richards presenta domanda affinché le sia corrisposta una pensione di vecchiaia a partire dal compimento del 60° anno di età, ma la domanda viene respinta perché secondo l'ente erogatore si sarebbe dovuto attendere il raggiungimento dei 65 anni età, vale a dire l'età pensionabile prevista per gli uomini nel Regno Unito. Richards si rivolge pertanto al *Social Security Commissioner* asserendo che il diniego della pensione all'età in cui ogni altra donna vi avrebbe avuto diritto costituiva un'illegittima discriminazione vietata dalla Direttiva 79/7, ma a questo punto l'organo giudicante investe della questione la Corte di Giustizia. Di fronte al giudice comunitario la signora Richards sostiene che le sia stato impedito di godere di una pensione di vecchiaia dal momento in cui essa avesse raggiunto l'età di 60 anni a causa dell'impossibilità di vedersi riconoscere, ai sensi dell'applicazione della legge inglese sulle pensioni di vecchiaia, il nuovo sesso acquisito a seguito dell'intervento chirurgico di rettifica[358].

---

[357] *Sarah Margaret Richards* v. *Secretary of State for Work and Pensions*, cit.

[358] *Ibidem*, punto 29 della motivazione: "[c]ontrariamente alle donne il cui *genere* non risulta da un intervento chirurgico di mutamento di sesso, le quali pos-

Dal canto suo la Corte compie due necessarie premesse prima di fornire risposta alla questione. *In primis* si sottolinea che la Direttiva 79/7 costituisce l'espressione, nell'ambito della sicurezza sociale, del principio di parità di trattamento tra uomini e donne, che è uno dei principi fondamentali del diritto comunitario[359]. Ciò per sostenere che il principio di parità di trattamento che trova espressione nell'art. 4, n. 1, della Direttiva 79/7 in materia di sicurezza ha portata ed effetti identici a quelli del principio di parità di trattamento sancito in relazione alle condizioni di lavoro dalla Direttiva 76/207, e quindi per argomentare l'applicabilità della pregressa giurisprudenza comunitaria in materia. Di qui la seconda precisazione, con la quale si adduce che "in conformità ad una giurisprudenza costante della Corte, il diritto di non essere discriminata in ragione del proprio sesso costituisce uno dei diritti fondamentali della persona umana, di cui la Corte deve garantire l'osservanza"[360]. Idem può dirsi, stando a *P.* v. *S.*, per le discriminazioni che hanno origine nel mutamento di sesso dell'interessato, giacché interpretare restrittivamente il divieto di discriminazione in base al sesso significherebbe contraddire lo scopo e la natura dei diritti che mira a proteggere. Premesse, queste, che portano la Corte a concludere che "poiché consegue ad una conversione sessuale, la disparità di trattamento che ha colpito la sig.ra Richards dev'essere considerata una discriminazione vietata dall'art. 4, n. 1, della Direttiva 97/7"[361].

Balza all'occhio un dato. Che la Corte, per la prima volta, evita di stabilire la discriminatorietà di un trattamento normativo ricorrendo alla comparazione fra circostanze analoghe riferite *a uomini e donne* definiti unicamente in base al paradigma semplificante della conformazione genitale esterna. Si è già detto, infatti, come la Corte in *P.* v. *S.* avesse affermato la discriminatorietà del trattamento ponendo a confronto la situazione della lavoratrice licenziata poiché sottopostasi a cambiamento di sesso con quella delle persone del

---

sono beneficiare di una pensione di vecchiaia all'età di 60 anni, la sig.ra Richards non può soddisfare una delle condizioni di accesso alla detta pensione, nella fattispecie quella relativa l'età pensionabile".

[359] *Ibidem*, punto 22 della motivazione.

[360] *Ibidem*, punto 23 della motivazione.

[361] *Ibidem*, punto 30 della motivazione.

sesso (genitale esterno) al quale era considerata appartenere prima di detta operazione. In *Richards*, invece, è il semplice fatto di collegare il trattamento deteriore alla conversione di sesso che fa scattare la discriminazione. Perciò la Corte paragona il caso di Richards, una persona transessuale passata dal sesso maschile a quello femminile, non a quello delle persone del sesso genitale esterno al quale era considerata appartenere prima di detta operazione (*P.* v. *S.*) – ossia a quella dei richiedenti uomini che, peraltro, non avrebbero maturato il diritto alla pensione prima del compimento del 65° anno di età –, ma a quella di una *persona di sesso femminile la cui identità non derivi da un'operazione di cambiamento di sesso*. Come asserire, tramite la comparazione di circostanze ritenute analoghe, che il sesso di Richards risponde a criteri complessi – morfologici, psicologici e identitari – che, tutti assieme, contribuiscono a definire il sesso di un individuo. E dunque non corre lunga distanza dal riconoscersi che il diritto fondamentale a non essere discriminati in base al sesso implica necessariamente il diritto fondamentale a scegliere e/o rivestire il sesso/genere/orientamento sessuale più consono ai desideri e alle aspettative di ognuno, anche a costo di salvaguardare interessi ritenuti contro natura dai più.

10.3. *Sovrapposizione come presupposto per un diritto al libero genere e orientamento sessuale*

Le due esperienze analizzate – quella del Comitato dei diritti dell'Uomo e e quella della giurisprudenza comunitaria – confermano un dato di fondo: che una teoria giuridica sulle discriminazioni sessuali che voglia essere effettivamente egualitaria deve evitare di concepire sesso, genere – in tutte le sue varie manifestazioni: concezioni religiose di famiglia, preferenza della condizione coniugale rispetto ad altri *status* civili, favore per i figli nati all'interno del rapporto di coniugio, ecc. – e orientamento sessuale come categorie assolutamente separate, totalmente impermeabili l'una verso le altre. Deve evitarlo perché diversamente si rafforzerebbe la tesi che vuole assoggettate al divieto di discriminazione in base al sesso unicamente le differenziazioni fondate sul sesso biologico, con l'effetto dirompente – discri-

minatorio anch'esso nei confronti di donne, transessuali, minoranze sessuali, e talora di uomini – di ignorare la performante dimensione sociale, culturale e identitaria del sesso che pervade l'intero sistema di organizzazione sociale. Se, invece, si interpretano sesso, genere e orientamento sessuale come categorie giuridiche aventi zone applicative sovrapposte e obiettivi accomunanti può giungersi all'effettiva eliminazione di gerarchie sessuali e al riconoscimento di un più generale diritto fondamentale a determinare o ricoprire – nella vita lavorativa, nella sfera familiare, nelle abitudini sessuali – la propria identità di genere indipendentemente dal sesso biologico originario.

Molte delle differenze fra i sessi, comprese quelle che sono normalmente percepite come naturali, sono a ben notare frutto di stereotipate visioni normative di genere che si riflettono nelle tradizioni sociali e nei costumi sessuali anziché il riflesso di obiettive diversità biologiche inscritte da sempre nel grande libro della natura. La longevità di una tradizione non necessariamente ne dimostra la giustizia né, tanto meno, costituisce un criterio affidabile per rintracciare i fondamenti della biologia o dell'essenza naturale delle cose. Al contrario, l'incapacità di concepire un modo alternativo di organizzazione sociale dei sessi è spesso dovuta a carenza d'immaginazione o esperienza o, ancor peggio, alla volontà di mantenere i privilegi di un gruppo su un altro, piuttosto che alla inerente impossibilità di alternative. Affermare che il ruolo dei sessi è determinato per natura significa interpretare l'aspetto biologico e/o tradizionale in senso normativo, esattamente come le cose dovrebbero essere. Affermazioni simili non possono tuttavia fungere né da base a un consenso politico convergente, né da giustificazione a pronunce giudiziali tenute a rispettare e a promuove i valori della società aperta e democratica.

Questa è la conferma di come il gioco della verità e dell'errore non si realizzi solo nella verifica empirica e nella coerenza logica delle teorie, ma anche in profondità nella zona invisibile dei paradigmi culturali e sociali, intesi come principi di selezione delle idee che sono o integrate nel discorso e nella teoria, o escluse e rifiutate. Alla base delle concezioni di sesso vi sono due paradigmi opposti concernenti le relazioni tra componenti biologiche e aspetti psicologici, sociali, culturali dei sessi. Il primo paradigma prescrive la disgiunzione fra le due parti e determina ciò che vi è di specifico nel sesso con esclusio-

ne dell'idea di componente sociale e culturale. Il secondo include la dimensione sociale dei sessi nella sfera biologica, e ogni discorso che obbedisce a questo paradigma fa di tutto ciò che si riferisce al sesso una componente biologica. Questi due opposti paradigmi hanno in comune l'obbedire, sia l'uno che l'altro, a un paradigma ancora più profondo e strisciante, quello di semplificazione che, di fronte a ogni complessità concettuale, prescrive sia la riduzione delle costruzioni sociali alla biologia umana, sia la disgiunzione della biologia umana dagli aspetti sociali. Solo l'interpretazione del sesso alla luce di un paradigma complesso di implicazione/distinzione/congiunzione permette una concezione adeguata ai bisogni umani di eguaglianza, dignità e libertà. L'analisi sin qui condotta dimostra, purtroppo, come tale paradigma complesso non sia ancora interamente inscritto nella cultura giuridica, specialmente quando ciò implichi la ridefinizione dei ruoli maschili e femminili nelle formazioni familiari.

Capitolo III

IL DIRITTO AL MATRIMONIO E ALLA LIBERA SCELTA DEL (SESSO DEL) CONIUGE

Sia giunto o meno il giorno del riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso, oggi le corti di Washington si trovano a decidere questioni legali concomitanti. E dinanzi alle corti i disputanti non sono certamente arrivati sguarniti di argomentazioni.
Mai potrebbe questa o altra corte trovarsi più in sintonia con i nobili obiettivi avanzati da tutte le parti in causa. Da un lato il movente è la libertà individuale, il tanto caro diritto di ognuno di noi a vivere la vita nel modo ritenuto personalmente più appagante. Dall'altro lo sguardo volge alle generazioni future, a cui trasmettiamo i nostri lasciti, e ciò affinché possano godere dei vantaggi sociali e del sostegno psicologico sicuramente alimentati da un ambiente familiare sano.
Obiettivi, questi, la cui disputa pone al centro i valori giuridici. L'eguale applicazione della legge, nel cui nome ci si batte, è un principio cardine dei valori sociali condivisi. L'altro principio qui implicato – la separazione dei poteri tra gli organi dello Stato – è fondamentale per la struttura di una società democratica ordinata. È doveroso compito delle corti tanto difendere vigorosamente gli eguali diritti di tutti i cittadini, quanto suffragare assiduamente le leggi correttamente emanate dal popolo tramite i loro rappresentanti.
Lo stallo nel riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso determina, com'è ovvio, implicazioni politiche che né la follia né il senso del dovere potrebbero riuscire ad occultare. Persone dal più alto profilo intellettuale, dalla moralità integerrima e dalla più aperta visione pubblica preservano opinioni divergenti rispetto alla questione sociale ora innanzi a questa Corte, difendendo visioni fortemente radicate nella buona fede e tutte meritevoli di grande rispetto. Comporre il disaccordo è, ad esser franchi, questione troppo delicata perché possa essere affrontata da un solo individuo, sicché l'autore non desidererebbe altro che fermarsi a questo punto e, con una sincera e calorosa pacca sulla spalla, spedire tutte le parti in lite di fronte alla Corte Suprema statale o al Parlamento nazionale o entrambi. Nolente o volente, tale abdicazione di responsabilità non è un'opzione esperibile. Il caso del matrimonio tra persone dello stesso sesso e il suo dibattito passano da questa stazione secondaria, e alcune impressioni e conclusioni devono pure essere date.

Andersen v. *King County*
[2004 WL 1738447, Wash. Super., Aug 04, 2004, Hon. William L. Downing]

Il Dio onnipotente creò le razze bianca, nera, gialla, malese e rossa, e le collocò in continenti separati. E se non fosse per l'ingerenza con ciò che Egli ha creato, non ci sarebbe occasione alcuna per il matrimonio tra razze diverse. Il fatto che Dio creò le razze separate dimostra come Egli non volesse il mescolamento tra razze.

Loving v. *Virginia* [388 US 1 (1967), 3]

1. *Matrimonio e famiglia: verso una concezione universale sessualmente decostruita*

L'ambiguità e la vaghezza dei disposti in materia di matrimonio, oppure il fatto che nemmeno questo diritto possa intendersi in sé illimitato, o anche l'incertezza se questo debba essere annoverato fra i diritti fondamentali, tutti questi e altri ancora sono profili che in buona sostanza rimettono l'effettività del suo riconoscimento alle concezioni di fondo cui l'interprete attinge, anche inavvertitamente, per determinare e giustificare vincoli di natura concreta. Dal discorso in epigrafe di William Downing – giudice noto della *King County Superior Court* (Washington) – trapela come visioni tanto erudite quanto sinceramente espresse e radicate in concezioni etico-morali di varia natura influiscano grandemente sulla portata dei diritti fondamentali al matrimonio e alla vita familiare, sicché il rischio che si corre nell'estrapolare vincoli giuridici da concetti e diritti transculturali, quali quelli in questione, risiede nella loro esclusiva identificazione contenutistica in concezioni soggettive parziali. In altre parole il pericolo consiste nell'elaborazione di una teoria che finisca per imporre i suoi postulati in maniera autoritaria a coloro che sposano visioni diverse, e per assolutizzare idee in cui in realtà si riconosce solo una parte dell'umanità.

William Downing considera ormai improcrastinabile la necessità di comporre il disaccordo fra le diverse visioni in tema di matrimonio tra persone dello stesso sesso. Egli lascia intendere come procedere da soli nella soluzione giudiziale di tale questione possa sì preludere ad un fallimento – quello di ricadere nuovamente in visioni non sufficientemente universalizzanti o unificanti – ma intuisce altresì come questo sia un rischio a cui non è possibile ovviare per il solo fatto che il contenuto delle enunciazioni matrimoniali e fami-

liari venga determinato da più giudici riuniti in collegio, o da assemblee legislative rappresentative, e come perciò non sia ragionevole demandare il compito ad altri. La presenza di una componente collegiale può forse solo diminuire il rischio di interpretazioni attuative sbagliate – perché maggiormente dialettica rispetto a determinazioni unilaterali – ma non lo elimina alla radice, perché, laddove la questione normativa consista nell'attribuire significato a *riconosciuti diritti fondamentali espressione di valori sociali condivisi e positivizzati*, il vero problema non risiede tanto nel soggetto che compie l'interpretazione, piuttosto nel metodo utilizzato, che deve mirare ad esiti il più possibile universali e in armonia con lo spirito delle premesse assiologiche di fondo delle norme che si vanno ad applicare. Una teoria sui diritti fondamentali accettabile, soprattutto in virtù della sua natura sociale, deve infatti necessariamente uscire tanto dal circuito chiuso delle preferenze personali quanto dalle logiche di maggioranza, ed attingere così i significati ad un livello transpersonale e transculturale in linea con l'idea di universalità.

Uomini dotti, giudici, organi collegiali, assemblee legislative sono tutti soggetti che, seppur con strumenti diversi, possono fruttuosamente cimentarsi in questa sorta di attività interpretativo-attuativa dei diritti fondamentali; anzi, stando agli insegnamenti di Dworkin, in una sana democrazia costituzionale è preferibile che le implementazioni dipendenti da argomentazioni di principio siano condotte da organi estranei al circuito politico, *in primis* dalle corti. Quel che conta è che gli interpreti ritengano imprescindibile, al pari di William Downing, che i diritti fondamentali abbiano ed esigano una certa fondazione dei contenuti, un certo carattere di universalità, cioè che le norme di rango costituzionale o internazionale in tema di matrimonio e famiglia che si pretende di far valere siano sorrette da argomentazioni condivisibili in quanto espressione di valori sociali condivisi. Le argomentazioni razionali che sorreggono la proposta contenutistica sono necessarie per conferire al diritto fondamentale al matrimonio un certo livello di universalità, intesa, quest'ultima, come applicabilità ad una comunità specifica idealmente illimitata. È necessaria una razionalità di tipo comunicativo, che agevoli la reciproca comprensione e il consenso circa i valori/fini, i comportamenti giuridicamente corretti o censurabili. Diversa-

mente si sfocerebbe nella preferenza individuale o di una collettività ristretta, nell'emotivismo, nel decisionismo, in altri termini nell'irrazionalismo.

Un simile approccio, come si è già detto, non può pretendere di applicare una razionalità rigorosamente geometrica, giacché non si dispone di premesse valide in assoluto, in senso forte, cioè di premesse evidenti a tutti[1]. Ma, pur partendo da premesse valide non sempre, è necessario individuare almeno premesse valoriali valide nei casi conosciuti, ed a tal fine il metodo dialettico comparato che ha informato l'attività di molti operatori giuridici posti di fronte al problema delle discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale e del riconoscimento del *same-sex marriage* è particolarmente appropriato. Affinché giudici e interpreti possano rendersi conto se si stia incappando nell'errore di pietrificare concetti costituzionali aperti, quali famiglia e matrimonio, in concezioni personali, o comunque di una parte soltanto dell'umanità, è essenziale verificare che operatori di estrazione cul-

---

[1] La mancata individuazione di concezioni condivise sui valori ultimi fondanti lo *human rights law* costituisce la causa principale di interpretazioni solo *prima facie* coerenti, perché nella sostanza prive di una giustificazione fondazionale accettabile. Rifacendosi al *corpus* normativo internazionale per determinare l'ammissibilità del *same-sex marriage*, E. Heinze sottolinea ad esempio come la CEDAW, anziché specificare le forme vietate di trattamento diversificato in base al sesso, affronti più specificamente il tema della discriminazione femminile. Di là della rubrica della convenzione, che espressamente fa riferimento alle "donne", all'art. 1 CEDAW si chiarisce che "[a]i fini della presente Convenzione, l'espressione "discriminazione nei confronti della donna" concerne ogni distinzione, esclusione o limitazione basata sul sesso, che abbia come conseguenza, o come scopo, di compromettere o distruggere il riconoscimento, il godimento o l'esercizio da parte delle donne, quale che sia il loro stato matrimoniale, dei diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale, culturale e civile o in ogni altro campo". Alla luce di quest'ultima precisazione, secondo Heinze le disposizioni della CEDAW devono essere interpretate nel senso di vietare le discriminazioni fondate sul genere e sull'orientamento sessuale del solo genere femminile, e da qui desume la non sostenibilità, secondo il diritto internazionale, di un dovere statale nel riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso: E. Heinze, *Sexual Orientation: a Human Right. An Essay on International Human Rights Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht-Boston-London, 1995, 216-217. Queste conclusioni, tuttavia, pongono le discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale come un problema specificamente sessuato, in contrasto sia con la stessa realtà dei fatti, sia con significati condivisibili di giustizia e dignità umana che postulano l'universalità del godimento di tutti i diritti fondamentali.

turale e giuridica differenti abbiano raggiunto conclusioni identiche. Se la risposta a questo *test* è affermativa, allora il giurista può essere ragionevolmente certo che la sua determinazione rifletta un consenso diffuso o una realtà normativa più obiettiva. Se, al contrario, l'esito è negativo, allora l'interprete dovrebbe prendere atto dell'esistenza di una pluralità di vedute, e quindi rivedere la sua posizione alla luce di un paradigma più aperto capace di contenere e giustificare più concezioni. In tal senso, dunque, una teoria accettabile dei diritti fondamentali deve anche uscire dal circuito chiuso delle preferenze nazionali ed attingere idee sui valori ad un livello transnazionale.

Rispetto al fenomeno dell'orientamento sessuale permane tuttora, come si è visto, il pericolo d'interpretazioni relativistiche dei diritti fondamentali, nel senso di una loro supposta e/o intrinseca limitatezza a coprire solo peculiari interessi eterosessuali culturalmente dominanti. Tuttavia, salvo alcune eccezioni, il *trend* giudiziale e legislativo recente mostra come il matrimonio sia ben più di altri diritti fondamentali esposto a questo pericolo. Si sostiene che il tenore letterale dei disposti che riconoscono, o da cui è desumibile, il *right to marry* debba necessariamente essere interpretato, e/o definito, nel senso di recepire un modello sociale di unione eterosessuale, e che dunque solo maschio e femmina, insieme, possano accedere al matrimonio. Altre volte si avanzano interpretazioni tautologiche fondate, alternativamente o cumulativamente, sulla tradizione locale, sulla natura delle cose, sulla storia delle istituzioni familiari o sulle dottrine religiose. Queste suonano circa così: il matrimonio è da sempre, *ergo* storicamente, l'unione fra un uomo e una donna, quindi è per natura eterosessuale, tanto che le maggiori dottrine religiose lo hanno sempre concepito e celebrato come tale[2].

Le autorevoli asserzioni di Lynn Wardle ben esemplificano alcune delle più consuete argomentazioni tautologiche avanzate in opposizione al *same-sex marriage*, tutte fondate su un indiscusso valore paradigmatico aggiuntivo della relazione eterosessuale: "non è una mera restrizione definitoria che limita il matrimonio alle unioni etero-

---

[2] E. Gerstmann, *Same-sex Marriage and the Constitution*, Cambridge University Press, New York, 2004, 20-24; Aa.Vv., *Matrimonio, Matrimonii*, a cura di F.B. D'Usseaux, A. D'Angelo, Giuffrè, Milano, 2000, *passim*.

sessuali, ma è l'unione di un uomo e una donna, che noi chiamiamo matrimonio, ad essere unica. La natura della relazione fra due persone dello stesso sesso è intrinsecamente diversa dalla relazione eterosessuale che costituisce il matrimonio. Altre forme di relazione possono certamente costituire il presupposto per lo sviluppo di certe forme d'intimità, o il sostegno economico dei *partners*, la propagazione della specie umana, la crescita dei bambini, e così via. Ma nessun tipo di relazione affettiva possiede le stesse potenzialità di sviluppo individuale e sociale della reciproca unione eterosessuale definita matrimonio, ed è per questo che la legge consente di accedere allo *status* matrimoniale alle sole unioni eterosessuali. In quanto relazione di tipo totale, le unioni eterosessuali differiscono da quelle omosessuali perché contribuiscono in un modo unico al benessere degli individui e della società, e il regime legale riconosce semplicemente questa realtà. Non è il certificato di matrimonio o lo *status* legale che rendono la relazione coniugale unica per il modo in cui contribuisce al benessere dei singoli e della collettività, ma è la reciproca relazione eterosessuale in se stessa. Non è l'etichetta matrimonio che conferisce valore alle unioni eterosessuali, piuttosto il fatto che queste abbiano valore fa sì che godano di un regime giuridico preferenziale (e dell'etichetta) matrimoniale. L'ubiquità del matrimonio eterosessuale, il fatto che col termine matrimonio ci si sia sempre riferiti, in ogni epoca e in tutte le culture, all'unione eterosessuale, tutti questi fatti indicano come non ci si trovi affatto di fronte ad un costrutto sociale. I costrutti sociali mutano, mentre la natura eterosessuale del matrimonio non è mai cambiata nella storia dei secoli e nell'ambito di culture le più diverse fra loro. La differenza di genere sembra così costituire parte della vera natura dell'unica relazione coniugale che le società, attraverso i secoli e nonostante le divisioni culturali, linguistiche ed etniche, hanno stimato di così alto valore"[3].

Varianti ermeneutiche identiche o analoghe a quelle di Wardle mostrano come, soprattutto in tema di matrimonio, il paradigma

---

[3] L.D. Wardle, *Legal Claims for Same-Sex Marriage: Efforts to Legitimate a Retreat from Marriage by Redefining Marriage*, in 39 *South Texas Law Review,* 749-750 (1998), ma analogamente cfr.: Id., *A Critical Analysis of Constitutional Claims for Same-Sex Marriage*, in *Brigham Young University Law Review*, 1996, 1 ss.

eterosessuale irrighi le categorie del ragionamento giuridico, così impedendo, nella maggioranza dei casi, a coppie omosessuali di accedere all'istituto matrimoniale. Posto che il matrimonio è riconosciuto come *human right* da fonti sia internazionali sia costituzionali, è opportuno analizzare i dettagli del dibattito attorno al *same sex-marriage* considerando i contesti normativi internazionali e statali. In entrambi casi si darà preferenza ai sistemi che hanno sviluppato giurisprudenza al riguardo, poiché è dalle argomentazioni giuridiche elaborate in sede applicativa che può meglio comprendersi la giustificatezza o, al contrario, l'arbitrarietà delle prassi che limitano il diritto alla libera scelta del sesso del coniuge. L'analisi avrà dunque in oggetto, prevalentemente, le prassi applicative dell'ICCPR e della CEDU, fra i sistemi normativi internazionali, mentre fra quelli costituzionali i riferimenti principali della comparazione saranno Canada e Stati Uniti. Olanda, Belgio e Spagna, siccome esempi di riconoscimento per via politico-legislativa del matrimonio tra persone dello stesso, saranno oggetto di una trattazione meno diffusa, ma auspicabilmente il più possibile esaustiva. Le vicende sudafricane in tema di riconoscimento del *same-sex marriage* saranno invece diffusamente trattate nella parte III, all'interno dell'analisi del modello di tutela costituzionale esplicita dell'orientamento sessuale.

2. *Le dominanti concezioni sessuate nelle prassi interpretative internazionale e sovrastatale*

L'art. 16 UDHR considera la famiglia come il nucleo naturale e fondamentale della società ed attribuisce allo Stato e alla società "il diritto" – o, meglio, il diritto/dovere – di proteggere questa formazione sociale. Il medesimo disposto prevede che "[u]omini e donne in età adatta [abbiano] il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia, senza alcuna limitazione di razza, cittadinanza o religione" (art. 16(1) UDHR), che i coniugi abbiano eguali diritti riguardo al matrimonio, durante il matrimonio e all'atto del suo scioglimento, e che il vincolo coniugale possa essere contratto soltanto con il libero e pieno consenso dei futuri coniugi. Di tenore analogo sono le disposizioni dell'ICCPR in tema di famiglia e matrimonio. L'art. 23 ICCPR

recita testualmente che "(1) [l]a famiglia è il nucleo naturale e fondamentale della società e ha diritto ad essere protetta dalla società e dallo Stato. (2) Il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia è riconosciuto agli uomini e alle donne che abbiano l'età per contrarre matrimonio. (3) Il matrimonio non può essere celebrato senza il libero e pieno consenso dei futuri coniugi. (4) Gli Stati parti del presente Patto devono prendere misure idonee a garantire la parità di diritti e di responsabilità dei coniugi riguardo al matrimonio, durante il matrimonio e al momento del suo scioglimento. In caso di scioglimento, dev'essere assicurata ai figli la protezione necessaria".

Due sono le osservazioni che emergono dai due disposti di diritto internazionale generale appena considerati. La prima è che "uomini e donne in età adatta" (UDHR), ossia "agli uomini e alle donne" (ICCPR) – e non, ipoteticamente, a un uomo e a una donna, insieme – vengono riconosciuti i diritti fondamentali al matrimonio e alla vita familiare, sicché la presunta e dominante connotazione eterosessuale di questi diritti è più il frutto di un invalso paradigma interpretativo sessista (controllante le categorie di ragionamento umane) che un esito ermeneutico assolutamente ineludibile. In altri termini, si postula la differenza sessuale come presupposto del riconoscimento dei diritti in questione laddove, a rigore, i disposti lasciano spazio anche ad interpretazioni meno costruite, e quindi più elastiche ed inclusive, a cui però la mente non è per cultura indotta a pensare. La seconda osservazione è che probabilmente nemmeno gli estensori delle carte internazionali pensarono a concezioni sessualmente decostruite di matrimonio e famiglia, tanto che si preoccuparono di stabilire che questi diritti non subissero "alcuna limitazione di razza, cittadinanza o religione" (UDHR), ma nulla precisarono in merito al fattore sesso. Dunque gli estensori pensarono esplicitamente ad altre decostruzioni culturali dei diritti in questione, riconoscendo ad esempio la possibilità dell'esistenza giuridica di matrimoni o famiglie interrazziali, ma non immaginarono l'idea di famiglia e matrimonio omosessuali. Non raffigurarsi un'idea, tuttavia, non equivale ad escludere in principio l'estensione d'istituti ritenuti fondamentali per il tessuto sociale, perché, al contrario, tale prassi di diniego finirebbe per contraddire l'idea di universalità dei diritti fondamentali e minare alla radice i valori ispiratori di dignità uma-

na, eguaglianza e libertà, cui la comunità internazionale aderisce sin dall'adozione della UDHR e dei documenti specificativi.

Che il principio d'eguaglianza, la non discriminazione, la dignità umana, la libertà siano dei *prius logici*, ancorché giuridici, cui deve necessariamente collegarsi l'attività interpretativa complessiva dei diritti fondamentali trova conferme nelle carte internazionali. Gli *human rights* non sono un prodotto statale; in tal senso Dworkin riferisce dei diritti fondamentali, testuali parole, come "claim that it would be wrong for the government to deny an individual even though it would be in general interest to do so"[4]. La loro giustificazione trascende l'interesse del singolo Stato, sicché il carattere fondamentale di un diritto risulta pienamente rispettato nella misura in cui l'interprete adotti parametri interpretativi realmente universali, *ergo* transpersonali, transculturali e transnazionali. Il Preambolo UDHR, premettendo che "una concezione comune di questi diritti e di questa libertà è della massima importanza per la piena realizzazione di questi impegni", esprime la necessità di svincolare il processo interpretativo dei diritti fondamentali da elementi culturali e sociali relativi, e anzi orienta gli operatori giuridici a realizzarne il fine ultimo che, essendo *sostanziale* e *determinato*, consiste nel "riconoscimento della dignità inerente a tutti i membri della famiglia umana" (Preambolo UDHR). E la dignità è il fine *ultimo* perché a sua volta "costituisce il fondamento della libertà, della giustizia e della pace nel mondo" (Preambolo UDHR).

Da un punto di vista logico e giuridico la dignità umana – siccome fine ultimo, ossia valore universale essenziale per il benessere dell'individuo – *deve* contrassegnare la tutela e l'applicazione di tutte le libertà fondamentali. Il valore di dignità umana assume un ruolo centrale nell'interpretazione di diritti quali la pretesa a non subire arbitrarie discriminazioni, a non essere puniti in modo cruento, disumano e degradante, il diritto alla vita, e anche il diritto a contrarre matrimonio. Questa deve costituire il *litmus test* per determinare la ragionevolezza di eventuali limitazioni/lesioni di diritti umani fondamentali. Applicata al matrimonio, così come formulato e rico-

---

[4] R.M. Dworkin, *Taking rights seriously*, Harvard University Press, Cambridge, 1977, 269.

nosciuto dalla UDHR e dal restante *corpus* normativo internazionale, il valore della dignità umana impone all'operatore di interpretare estensivamente i disposti di riferimento, nel senso di consentire a "uomini" e "donne" – come individui appartenenti a determinate categorie sessuali, e a prescindere dalla loro razza, sesso, orientamento sessuale, e altre condizioni personali – di contrarre matrimonio con una persona da loro stessi scelta, giacché solo in tal modo ogni soggetto agente è posto nella condizione di compiere una scelta strumentale al conseguimento di un bene realmente fondamentale per il proprio ideale di vita umana[5]. È contraddittorio ritenere che l'interesse centrale protetto dal diritto fondamentale al matrimonio sia unicamente quello di garantire che la scelta coniugale non sia imposta all'individuo, e ad un tempo considerare che quanto è liberamente scelto – e se, ben inteso, insuscettibile di ledere spazi di libertà altrui – possa essere non garantito e non rispettato dal potere pubblico. Il rispetto delle scelte compiute, inclusa quella riguardante il sesso del futuro coniuge, è essenziale affinché non perda di significato il presupposto su cui la stessa libertà ed eguaglianza si fondano, e cioè che gli uomini sono liberi ed eguali in dignità perché esseri dotati di ragione (art. 1 UDHR), e come tali capaci di scegliere autonomamente il proprio destino e modo di realizzazione.

La necessità di interpretare i diritti fondamentali alla luce dei valori riflessi nelle carte che li riconoscono e, dunque, l'esigenza di considerare la dignità umana, l'eguaglianza e la libertà come *prius* logico-giuridici imprescindibili a cui collegare – e in tal senso *far seguire* – l'interpretazione dei diritti al matrimonio e alla vita familiare trova conferme nel diritto internazionale regionale. In tal senso, è bene notare come l'art. 17 della Convenzione americana dei diritti umani subordini il riconoscimento del diritto a contrarre matrimonio al rispetto dell'eguaglianza e del principio di non-discriminazione, suggellando così, assai chiaramente, un ordine di priorità fra diritti e valori che di norma tende ad essere sottovalutato. Dopo essersi ribadito che la famiglia costituisce l'unità naturale e fondamentale

---

[5] E.H. Sadtler, *A Right to Same-Sex Marriage under International Law: Can it be Vendicated in the United States?*, in 40 *Virginia Journal of international Law*, 424 (1999).

della struttura sociale e che questa abbisogna di essere protetta dalla società e dallo Stato, l'art. 17(2) ACHR afferma significativamente che "[i]l diritto di uomini e donne di età adatta a contrarre matrimonio e a formare una famiglia deve essere riconosciuto nel rispetto delle condizioni richieste dalla legge statale, posto che ["insofar as"] tali condizioni non ledano il principio di non discriminazione contenuto nella Convenzione".

È Significativo, poi, notare come la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, per la prima volta, segua un sistema di catalogazione dei diritti ordinata per valori guida – dignità, libertà, eguaglianza, solidarietà, cittadinanza e giustizia –, e come parallelamente in tema di matrimonio e famiglia non faccia alcun riferimento al sesso dei suoi membri, disponendo semplicemente che "[i]l diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio" (art. II-69 Trattato che adotta una costituzione per l'Europa)[6]. Dunque prevale l'idea che una concezione sessualmente decostruita di matrimonio e famiglia possa fare ingresso nella cultura giuridica contemporanea dei diritti fondamentali a patto che non si ignori la priorità logico-

---

[6] Si rammenta che l'art. 10 del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali (ICESCR) prevede che "[g]li Stati del presente Patto riconoscono che: (1) La protezione e l'assistenza più ampia che sia possibile devono essere accordate alla famiglia, che è il nucleo naturale e fondamentale della società, in particolare per la sua costituzione e fin quando essa abbia la responsabilità del mantenimento e dell'educazione di figli a suo carico. Il matrimonio dev'essere celebrato con il libero consenso dei futuri coniugi". La Convenzione sui diritti del fanciullo (CRC) chiarisce nel Preambolo (§ 5) che "the family, as the fundamental group of society and the natural environment for the growth and well-being of all its members and particularly children, should be afforded the necessary protection and assistance so that it can fully assume its responsibilities within the community". La CEDU prevede che "[u]omini e donne in età adatta hanno diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali regolanti l'esercizio di tale diritto" (art. 12 CEDU). La Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli non prevede alcuna specifica disposizione sul matrimonio, ma all'art. 18 riconosce che "(1) [t]he family shall be the natural unit and basis of society. It shall be protected by the State which shall take care of its physical health and moral. (2) The State shall have the duty to assist the family which is the custodian or morals and traditional values recognized by the community. (3) The State shall ensure the elimination of every discrimination against women and also ensure the protection of the rights of the women and the child as stipulated in international declarations and conventions".

giuridica dei valori che ne costituiscono la giustificazione assiologica di fondo. Solo avendo in mente quest'ordine di priorità è possibile interpretare il *corpus* normativo internazionale e le costituzioni statali scevri da relativi paradigmi sessuali che, come si è visto, attentano pericolosamente all'effettività dei *Bill of Rights*[7].

2.1. *La giurisprudenza post-Toonen del Comitato dei diritti dell'uomo*

Contrariamente a quanto sembrerebbe doversi arguire dalla giurisprudenza post-*Toonen* del Comitato dei diritti dell'uomo, in particolare da *Ms. Juliet Joslin et al. v. New Zealand*[8] (*Joslin*), che considera il rifiuto della Nuova Zelanda ad accordare il diritto di sposarsi a due coppie lesbiche compatibile con gli artt. 16 (diritto alla personalità giuridica), 17 (privacy), 23 (famiglia e matrimonio), 26 (eguaglianza di fronte alla legge) e 2 (nucleo forte di eguaglianza) del Patto, l'ICCPR ben si presta a fornire una teoria argomentativa a favore del riconoscimento di matrimonio e famiglia omosessuali. Ciò è possibile, coerentemente a quanto si è sin qui sostenuto, a condizione che s'interpreti l'art. 23(2) – "[i]l diritto di sposarsi e di fondare una famiglia è riconosciuto agli uomini e alle donne che abbiano l'età per contrarre matrimonio" – nel solco dei valori di dignità, eguaglianza e libertà riflessi specialmente negli artt. 26 (divieto di discriminare, *inter alia*, a motivo del "sesso" o di "altra condizio-

---

[7] K.L Walker sottolinea che, tra i vari trattati internazionali, l'ICCPR e l'ICESCR si prestino a fornire una diretta argomentazione del riconoscimento delle *same-sex relationships*, ma nel proporre la sua teoria interpretatva non esplicita compiutamente il ruolo prioritario dei supremi *valori* fondanti lo *human rights law*. Walker si limita a rilevare come l'ICCPR e l'ICESCR contengano alcune disposizioni che, se sistematicamente interpretare, potrebbero efficacemente essere utilizzate per sostenere il riconoscimento delle *same-sex relationships* a livello internazionale e nazionale: K.L Walker, *United Nations Human Rights Law and Same-Sex Relationships: Where to from Here?*, in R. Wintemute, M. Andenæs (eds.), *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships. A Study of National, European, and International Law*, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 2001, 743-757.

[8] *Ms. Juliet Joslin et al. v. New Zealand*, U.N. Human Rights Committee, Doc. CCPR/C/75/D/902/1999, Communication No. 902/1999: New Zealand 30/07/2002.

ne") e 2(1) (rispetto dei diritti fondamentali nei confronti di tutti gli individui senza distinzione di "razza, colore, sesso, lingua, religione, opinioni politiche o di altro tipo, origine sociale o nazionale, proprietà, nascita o altra condizione") del Patto. Una simile deduzione è ulteriormente rafforzata dal fatto che in *Toonen* il Comitato ha sostenuto che la voce "sesso", di cui agli artt. 26 e 2(1) del Patto, include quella di "orientamento sessuale", ed anche a voler dissentire con quest'impostazione non vi è dubbio che l'orientamento debba essere ricompreso nella categoria di "altra condizione". *Joslin* è dunque una decisione opinabile, se non addirittura sbagliata, perché interpreta il matrimonio come l'unico diritto fondamentale sessualmente connotato, e così facendo ignora la priorità logica e giuridica dei valori di dignità, eguaglianza e libertà promananti dal Patto. *Joslin* concepisce il matrimonio come diritto che si distacca dalla tradizione dei valori condivisi, anziché vederlo come un'opzione giustificata e conseguente da questi. Ma vediamone meglio i dettagli al fine di meglio comprendere le ragioni di tale scetticismo.

Le autrici della comunicazione, che si erano viste respingere dal competente ufficiale di stato civile e dall'autorità giudiziaria locale la domanda di autorizzazione al matrimonio alla luce della legge matrimoniale neozelandese del 1955[9], denunciano la violazione di diversi articoli dell'ICCPR sulla base di precise considerazioni. In contrasto con l'art. 26, la mancata apertura legislativa al matrimonio omosessuale costituisce per le reclamanti una discriminazione diretta fondata sul sesso ed una discriminazione indiretta basata sull'orientamento sessuale. La differenza di trattamento impatta negativamente le minoranze sessuali sotto diversi profili: negando loro l'accesso al matrimonio, escludendole dall'idea di piena cittadinanza, stigmatizzandone le relazioni e minandone il senso personale di dignità, sottraendo a queste una scelta fondamentale concessa però ai membri di coppie eterosessuali. Per

---

[9] Si v., per la precedente fase del giudizio: *Quilter v. Attorney General*, [1998] 1 NZLR 523 (Court of Appeal). Per un commento alla questione, si segnalano: A. Butler, *Same-Sex Marriage and Discrimination*, in (1998) *New Zealand Law Journal* 229; N. Christie, *The New Zealand Same-Sex Marriage Case: From Aotearoa to the United Nations*, in R. Wintemute, M. Andenæs (eds.), *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships. A Study of National, European, and International Law*, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 2001, 320-335.

le ricorrenti, la discriminazione è illegittima perché ingiustificabile alla luce dei diversi motivi invocati dallo Stato, tra i quali: (1) il fine esclusivamente procreativo del matrimonio, (2) il pericolo di un radicamento dello stile di vita omosessuale, ritenuto immorale, (3) la tradizione eterosessuale del matrimonio, così come documentata dalla storia istituzionale, (4) la possibilità di disciplinare interamente le convivenze omosessuali tramite strumenti di diritto privato, (5) il pericolo di un futuro riconoscimento dei matrimoni poligamici ed incestuosi, (6) l'effetto negativo sulla crescita dei minori, e (7) la necessità di rispettare uno dei capisaldi normativi discendente dal principio democratico, quale la deferenza giudiziale nei confronti delle deliberazioni parlamentari[10].

A parere delle ricorrenti il mancato riconoscimento del *same-sex marriage* finisce, inoltre, per ledere l'art. 16, quale espressione della garanzia del diritto delle persone di affermare la loro dignità essenziale, attraverso il pieno riconoscimento come individui e membri di una coppia, soggetti di diritto[11]. In aggiunta, la restrizione del diritto di sposarsi alle sole coppie eterosessuali contravviene al diritto di ognuno alla vita privata e familiare, sancito dall'art. 17[12], ed è illegittimo, *ex* art. 23(1), nella misura in cui non considera come le durevoli e responsabili relazioni omosessuali rivestano tutte le caratteristiche proprie della famiglia eterosessuale, mancando del solo requisito del riconoscimento legale[13]. Sul punto, poi, le ricorrenti invitano il Comitato ad un'interpretazione ampia dell'art. 23, poiché "la locuzione 'uomini e donne' contenuta nell'articolo 23, paragrafo 2, non significa che solo gli uomini possano sposare le donne, ma piuttosto che gli uomini e le donne intesi come gruppi possano contrarre matrimonio"[14]. Infine si lamenta la lesione dell'art. 2(1) del Patto, giacché il *Marriage Act 1955* attua una distinzione ingiusta fondata su sesso e orientamento sessuale che viola i diritti alla vita privata, alla famiglia e al matrimonio. Più in generale, le ricorrenti sostengono l'erroneità di prassi interpretative volte a supportare visioni fisse e tradizionali di matrimonio, sottolineando come le

---

[10] *Ms. Juliet Joslin et al. v. New Zealand*, cit., § 3.2.
[11] *Ibidem*, § 3.5.
[12] *Ibidem*, § 3.6.
[13] *Ibidem*, § 3.7.
[14] *Ibidem*, § 3.8.

passate discriminazioni non possano giustificare quelle attuali e come tali visioni ignorino la dimensione evolutiva delle costruzioni sociali: "siccome costrutto sociale […], il matrimonio può essere socialmente decostruito, o ricostruito" al fine di ovviare attribuzioni di significato "radicate nell'eterosessismo dominante"[15].

Dal canto suo, la Nuova Zelanda ribatte le deduzioni delle reclamanti adducendo in buona sostanza due argomentazioni non molto dissimili da quelle proposte da Lynn Wardle. Primo, si afferma che riconoscere il matrimonio omosessuale equivale a riplasmare una storica e tradizionale istituzione legale, già definita dall'ICCPR e dalla UDHR secondo una concezione sessualmente connotata e "riflessiva di valori sociali e culturali" condivisi, e si giustifica tale affermazione sottolineandosi come sino al momento della presentazione delle controdeduzioni nessuno Stato al mondo avesse esteso il matrimonio alle coppie dello stesso sesso[16]. "Il consenso universale delle prassi statali conferma questa concezione" – asserisce la Nuova Zelanda –, ma l'esistenza di un consenso transnazionale è in realtà oggi insostenibile alla luce di fatti noti intercorsi quali l'avvenuto riconoscimento del matrimonio omosessuale in Olanda, Belgio, Spagna, Canada, Sudafrica e Massachusetts. Secondo, si sostiene che "i termini specifici dell'articolo 23, paragrafo 2, nel riferirsi chiaramente [sic!] a coppie di sesso diverso, deve influenzare l'interpretazione di tutti gli altri diritti del Patto invocati. Stando alla massima interpretativa *generalia specialibus non derogant*, nel senso che le disposizioni generali non devono sminuire il significato di previsioni specifiche, il significato specifico dell'articolo 23, paragrafo 2, esclude interpretazioni diverse conseguenti da disposizioni più generali del Patto"[17]. Dunque si finisce per sostenere la priorità logica e giuridica di una definizione relativa di matrimonio, al punto di escludere che tale diritto fondamentale possa ascriversi alla tradizione dei valori riflessi in disposizioni più generali del Patto.

Entrambe le argomentazioni neozelandesi, che in più punti richiamano le già viste prassi interpretative storicistiche, originaliste, letterali, relativiste comuni ad operatori di molti paesi, sono essenziali

---

[15] *Ibidem*, § 5.2.
[16] *Ibidem*, §§ 4.2, 4.3.
[17] *Ibidem*, § 4.5.

al fine di giustificare il mantenimento delle prassi discriminatorie sessiste in ambito familiare e matrimoniale e, anzi, sembrano fondersi fra loro senza che possa chiaramente distinguersi quale delle due assuma un maggior peso specifico. È questa l'impressione che si avverte leggendo deduzioni statali come quelle in cui si asserisce che "c'è uno scopo principale sotteso all'art. 23, paragrafo 1, che è quello di stabilire un trattamento differenziato per forme differenti di famiglia", o che "il trattamento differenziato di famiglie che comprendono o sono condotte da una coppia coniugata riflettono le obbligazioni imposte allo Stato dall'art. 23, paragrafo 2, di concepire il matrimonio come istituzione separata", oppure che "l'incapacità delle coppie omosessuali di contrarre matrimonio discende direttamente dall'art. 23, paragrafo 2, del Patto e non può pertanto costituire discriminazione nei termini dell'art. 26", e che anzi rispetto al principio di non discriminazione "l'incapacità degli omosessuali di contrarre matrimonio non discende da una distinzione, esclusione o restrizione ma piuttosto dalla natura inerente del matrimonio in se stessa"[18].

Una decisione a favore delle due coppie lesbiche sarebbe stata un risultato giuridicamente corretto e necessario, ma l'idea troppo nuova di decostruire famiglia e matrimonio secondo logiche universalizzanti, inclusive di visioni minoritarie, porta il Comitato ad indugiare e riflettere. Una sua decisione resa contro la Nuova Zelanda avrebbe avuto profonde implicazioni a livello internazionale, e per questo il collegio, consapevole della presunta forza persuasiva del suo ragionamento[19], conclude *Joslin* affermando che "considerata l'esistenza di una previsione specifica sul diritto al matrimonio nel Patto, ogni istanza in cui si adduce la violazione di questo diritto deve essere considerata alla luce di questo. L'articolo 23, paragrafo 2, del Patto è l'unica disposizione sostanziale che definisce un diritto usando i termini 'uomini e donne', anziché 'ogni essere umano', 'ognuno' e 'tutti gli individui'. L'uso dei termini 'uomini e donne',

---

[18] *Ibidem*, §§ 4.9, 4.11.

[19] H.J. Steiner, *Individual Claims in a World of Massive Violations: What Role for the Human Rights Committee?*, in P.J. Alston & J. Crawford (eds.), *The Future of UN Human Rights Treaty Monitoring*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, 15-54.

anziché termini generali usati altrove nella Parte III del Patto, è stato correttamente e uniformemente inteso come indicante un dovere pattizio, imposto agli Stati, discendente dall'art. 23, paragrafo 2, di riconoscere come matrimonio l'unione tra un uomo e una donna che reciprocamente desiderano convolare a nozze"[20].

Prevale dunque l'idea che vede il matrimonio come un diritto fondamentale avulso dal sistema di valori riflessi nel Patto. Quel che è più grave, tuttavia, è che il Comitato fa passare per universale – *ergo* transpersonale, transculturale e transnazionale – una definizione matrimoniale sol perché evita di considerare i risultati a cui era pervenuta la coeva giurisprudenza canadese[21]. In altri termini, il Comitato universalizza una concezione di matrimonio che, di fatto, già al momento della decisione sarebbe potuta apparire – se si fosse guardato alle realtà statali e costituzionali – certamente maggioritaria, ma in ogni caso parziale e relativa. E questo sminuisce non poco l'autorevolezza e la persuasività della decisione.

Due sono i profili di rilievo emergenti dall'opinione concorrente consegnata da Rajsoomer Lallah e Martin Scheinin. La prima è che, dopo avere espresso condivisione per la linea interpretativa seguita dalla maggioranza, i due giudici sottolineano come l'art. 23(2) del Patto "non limiti in alcun modo la libertà degli Stati […] di riconoscere, nella forma del matrimonio o altro istituto equiparabile, la relazione affettiva tra due uomini o due donne"[22]. Se questo è possibile, da un lato, dall'altro, però si sottovaluta la difficoltà che tale processo abbia luogo una volta affermata una concezione "troppo ricca" di elementi culturali e socialmente costruiti, come quella proposta dal Comitato. Anche sotto quest'aspetto, dunque, sarebbe stato più logico che il Comitato avesse sfruttato l'occasione per incidere in via interpretativa su un istituto sì pensato, probabilmente anche dagli esten-

---

[20] *Ms. Juliet Joslin et al. v. New Zealand*, cit., § 8.2.

[21] Cfr.: *EGALE Canada Inc. v. Canada (Attorney General)*, [2001] 95 B.C.L.R. (3d) 122, 88 C.R.R. (2d) 322, B.C.S.C. 1365 (B.C. Sup. Ct.) – citata dalle reclamanti in *Joslin*, a supporto delle loro argomentazioni, al §5.1 – e *Halpern v. Canada (Attorney General)*, [2002] 215 D.L.R. (4th) 223, 60 O.R. (3d) 321 (Ont. Sup. Ct. Justice (Div. Ct.)) – non richiamata in *Joslin.*

[22] *Ms. Juliet Joslin et al. v. New Zealand*, cit., Appendix, Mr. Rajsoomer Lallah and Mr. Martin Scheinin *concurring opinion.*

sori del Patto, alla luce del dominate paradigma eterosessuale, ma in ogni caso decostruibile, stante il tenore letterale ambiguo dell'art. 23(2), se collocato sulla scia di valori che ne hanno ispirato il riconoscimento iniziale. Il punto però è anche un altro. Infatti, se da un lato l'opinione concorrente conferma la *ratio decidendi* dell'opinione di maggioranza, dall'altro, però, postulando l'eventuale riconoscimento statale come ipotesi possibile, ne evidenzia l'intrinseca contraddittorietà. Come può pensarsi all'estensione del matrimonio se, al contempo, lo si inquadra come un diritto inteso, uniformemente e universalmente, come speciale perché sessualmente connotato? La realtà è che probabilmente nessuno vuole ammettere che i valori che hanno ispirato il riconoscimento del matrimonio eterosessuale non sono diversi da quelli che hanno segnato la garanzia degli altri diritti fondamentali contenuti nel Patto perché, altrimenti, sarebbe evidente ai più l'arbitrarietà della mancata estensione del primo alle coppie omosessuali.

Seconda osservazione. Richiamando *Toonen* e il divieto di discriminare in base all'orientamento sessuale come fattispecie ricompresa nel sesso, Lallah e Scheinin chiariscono che la conclusione del Comitato non deve essere interpretata come una dichiarazione generale di legittimità, *ex* art. 26 ICCPR, della differenza di trattamento tra coppie omosessuali, cui non è consentito contrarre matrimonio, e coppie sposate, poiché la diversa disciplina legislativa diviene discriminatoria in assenza di giustificazioni ragionevoli ed oggettive di supporto[23]. In questo senso – specificano Lallah e Scheinin –, "il diniego alle coppie omosessuali di certi diritti o benefici disponibili alle coppie coniugate può divenire una discriminazione proibita dall'art. 26, salvo che la differenziazione non sia giustificata da criteri obiettivi e ragionevoli"[24]. Nel caso *de quo*, tuttavia, è stato impossibile giungere alla pronuncia di un'avvenuta violazione dell'art. 26 del Patto poiché le reclamanti non hanno provato il danno personale subito a causa della distinzione operata dalla legge tra persone coniugate e non nell'esercizio di certi diritti "non necessariamente correlati all'istituzione del matrimonio"[25], limitandosi a chiedere il simbolico ricono-

---

[23] *Idem.*
[24] *Idem.*
[25] *Idem.*

scimento della loro relazione attraverso il ricorso all'istituto matrimoniale. Una logica, questa illustrata da Lallah e Scheinin, che sembra suggerire alle parti future di rivolgersi al Comitato senza invocare la parola matrimonio perché, paradossalmente, potrebbe assicurare meno opzioni di quelle eventualmente ottenibili se si chiedesse di volta in volta il riconoscimento di singoli benefici coniugali o familiari. E Stando a *Mr. Edward Young v. Australia*[26] (Young), del 18 settembre 2003, sembrerebbe essere proprio così.

Analizzando la comunicazione presentata dal signor Edward Young, cittadino australiano avente alle spalle una lunga relazione omosessuale con un vecchio combattente scomparso poco tempo prima, il Comitato ha concluso per l'avvenuta violazione, da parte dello Stato, dell'art. 26 del Patto, nella misura in cui lo stesso aveva rifiutato a Young, per motivi fondati sul sesso o sull'orientamento sessuale, il versamento della pensione concessa dal *Veteran's Entitlement Act* (VEA) al "dependant, in relation to a veteran (including a veteran who has died), living with a person of the opposite sex". Il Comitato ha considerato che la semplice lettura della definizione di "member of a couple"[27], figurante nella legge, implicava in ogni caso – anche qualora fossero stati verificati i restanti requisiti – l'automatica esclusione di Young dal beneficio della pensione in ragione della sua convivenza con una persona dello stesso sesso[28] e che in assenza di una ragionevole ed oggettiva giustificazione addotta dallo Stato a sostegno della differenziazione di trattamento attuata per legge tra *partners* omosessuali e *partners* eterosessuali non sposati, "lo Stato

---

[26] *Mr. Edward Young v. Australia*, U.N. Human Rights Committee, Doc. CCPR/C/78/D/941/2000, Communication No. 941/2000: Australia 18/09/2003.

[27] *Veteran's Entitlement Act* (VEA), section 11 "dependant, in relation to a veteran (including a veteran who has died), means (a) the partner…"; section 5E "1) partner, in relation to a person who is a "member of a couple", [as] the other member of the couple; 2) a person is a "member of a couple" for the purposes of this Act if: (a) the person is legally married to another person and is not living separately and apart from the other person on a permanent basis; or (b) all of the following conditions are met: (i) the person is living with a person of the opposite sex (in this paragraph called the partner); (ii) the person is not legally married to the partner; (iii) the person and the partner are, in the Commission's opinion […], in a marriage-like relationship; (iv) the person and the partner are not within a prohibited relationship for the purposes of Section 23 B of the Marriage Act 1961".

[28] *Mr. Edward Young v. Australia*, cit., §10.3.

[avesse] violato l'art. 26 del Patto negando al ricorrente una pensione in base al suo sesso o orientamento sessuale"[29]. Il richiamo a *Toonen* e al riconoscimento dell'orientamento sessuale come motivo vietato di discriminazione *ex* art. 26, effettuato da Young e considerato dal Comitato all'atto dell'esame di merito, non ha tuttavia portato ad una decisione consacrante a chiare lettere l'esistenza di un generale principio di non discriminazione in base all'orientamento sessuale nell'ambito delle unioni omosessuali[30]. Un'autonoma considerazione della questione è avvenuta, invece, in appendice dove Ruth Wedgwood e Franco DePasquale, nella loro opinione concorrente, hanno osservato il delinearsi – presso vari governi e "persone di buona volontà" – del desiderio di trovare una risposta etica e giuridica appropriata alle questioni e controversie sul trattamento egualitario delle coppie omosessuali ed eterosessuali, intuendo l'affermazione di un "diritto trans-nazionale al riconoscimento del matrimonio omosessuale"[31]. È da qui che, auspicabilmente, il Comitato potrebbe in futuro partire per riconoscere l'erroneità di *Joslin.*

2.2. *La giurisprudenza CEDU*

Nemmeno la prassi giurisprudenziale della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo sembra alimentare speranze in un imminente riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso, e gli incoraggianti sviluppi incontrati nel settore del diritto penale non hanno influenzato la Corte nell'inquadramento giuridico delle relazioni di convivenza fra omosessuali come "vita familiare" (art. 8 CEDU). Dalla considerazione dell'esistenza di una vita familiare – con conseguenti diritti di genitorialità – tra una donna transessuale convertita al sesso maschile e il suo *partner* di sesso opposto, che aveva messo alla luce

---

[29] *Ibidem*, §10.4.

[30] D. Sanders, *Human Rights and Sexual Orientation in International Law*, in *ILGA News*, 11/5/2005 (http://www.ilga.org/news_results.asp?LanguageID=1&FileCategory=44&ZoneID=7&FileID=577).

[31] *Mr. Edward Young v. Australia*, cit., Appendix, Mrs. Ruth Wedgwood and Mr. Franco DePasquale *opinion.*

dei figli ricorrendo alla tecnica della fecondazione artificiale[32], non si è passati, infatti, ad alcuna affermazione analoga a favore delle coppie omosessuali.

In *Salgueiro Da Silva Mouta v. Portugal*[33] (21 dicembre 1999), la Corte di Strasburgo ha censurato il diniego di affidamento della figlia di genitori separati al padre, in ragione del suo orientamento sessuale, poiché, prescindendo da qualsiasi verifica degli *standard* europei in materia di affidi, non ha riconosciuto in capo alle autorità portoghesi alcuna discrezionalità per giustificare la diversità di trattamento fondata sull'orientamento sessuale del ricorrente, coperta dall'art. 14 della Convenzione[34]. In riguardo all'esame dell'art. 8 CEDU, poi, la Corte ha sinora ritenuto non necessario fondare una decisione sulla supposta lesione di quest'articolo considerato separatamente dal *corpus* della Convenzione, e ne ha valutato la lesione sempre in congiunzione con l'articolo 14. La Corte ha così preferito evitare di esporsi direttamente nella definizione e tutela del delicato settore della "vita familiare" coperto dall'art. 8 CEDU, settore in cui tuttavia le diverse resistenze culturali degli Stati membri legittimano evidenti discriminazioni e depotenziano la coerenza delle norme e del sistema[35].

---

[32] *X, Y and Z. v. the United Kingdom*, ECHR, App. No.21830/93 (22 aprile 1997), §§ 36-37: "[t]he Court recalls that the notion of "family life" in Article 8 (art. 8) is not confined solely to families based on marriage and may encompass other de facto relationships […]. When deciding whether a relationship can be said to amount to "family life", a number of factors may be relevant, including whether the couple live together, the length of their relationship and whether they have demonstrated their commitment to each other by having children together or by any other means […]. In the present case, the Court notes that X is a transsexual who has undergone gender reassignment surgery. He has lived with Y, to all appearances as her male partner, since 1979. The couple applied jointly for, and were granted, treatment by AID to allow Y to have a child. X was involved throughout that process and has acted as Z's "father" in every respect since the birth. In these circumstances, the Court considers that de facto family ties link the three applicants".

[33] *Salgueiro Da Silva Mouta v. Portugal*, ECHR, App. No. 33290/96 (21 dicembre 1999).

[34] *Ibidem*, §§ 28-36.

[35] R. Aveta, *Vita familiare e coppie dello stesso sesso: il caso "Karner c. Austria" innanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *I diritti dell'uomo cronache e battaglie*, 2004, 1, 82.

In *Fretté v. France*[36] (26 maggio 2002), dinanzi ad un caso simile a *Salgueiro*[37] concernente un potenziale legame familiare quale la domanda d'adozione di un minore da parte di un adulto omosessuale, la Corte ha chiarito che mancando nella Convenzione la garanzia del diritto di adottare, ed essendo prevista una tutela giuridica della vita familiare solo in presenza di una famiglia – e non del semplice "desiderio di formare una famiglia" –, "la decisione di rigettare la domanda di autorizzazione del ricorrente non può ritenersi lesiva del suo diritto alla libera espressione e allo sviluppo della sua personalità o del modo in cui conduce la sua vita, in particolare la sua sfera sessuale"[38]. Proseguendo poi l'esame dell'accertamento di una supposta discriminazione *ex* art. 14 in combinato disposto con l'art. 8, la Corte ha fondato la sua decisione sull'elemento del consenso comune europeo[39], arrivando a sancire che la differenza di trattamento prevista per un celibe omosessuale era compatibile con lo scopo legittimo, lasciato all'apprezzamento statale e quindi concretamente perseguito dal diritto francese[40], di proteggere la salute ed i diritti dei bambini coinvolti

---

[36] *Fretté v. France* (26 febbraio 2002), ECHR, application no. 36515/97. Una versione italiana della sentenza è pubblicata in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 2003, 1, 163-177.

[37] R. Wintemute, *Strasbourg to the Rescue? Same-Sex Partners and Parents Under the European Convention*, in R. Wintemute, M. Andenæs (eds.), *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships*, cit., 726: "[b]ut like Salgueiro, Fretté is not a same sex parent case, in the sense that the applicant is not seeking to establish a legal relationship between the child and same-sex partner, thereby giving the child simultaneously two legal parents who are both male or both female".

[38] *Fretté v. France*, cit., § 32.

[39] *Fretté v. France*, cit., § 41: "[i]t is indisputable that there is no common ground on the question. Although most of the Contracting States do not expressly prohibit homosexuals from adopting where single persons may adopt, it is not possible to find in the legal and social orders of the Contracting States uniform principles on these social issues on which opinions within a democratic society may reasonably differ widely. The Court considers it quite natural that the national authorities, whose duty it is in a democratic society also to consider, within the limits of their jurisdiction, the interests of society as a whole, should enjoy a wide margin of appreciation when they are asked to make rulings on such matters. By reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries, the national authorities are in principle better placed than an international court to evaluate local needs. and conditions".

[40] *Fretté v. France*, cit., § 42: "[i]t must be observed that the scientific community – particularly experts on childhood, psychiatrists and psychologists – is divided over the possible consequences of a child being adopted by one or more homosexual par-

nella procedura di adozione, che è "assegnare una famiglia a un bambino, e non creare una famiglia con un bambino"[41].

A ben vedere, una maggiore coerenza procedurale avrebbe imposto alla Corte europea di utilizzare in *Da Silva* e *Fretté* gli stessi elementi di giudizio, evitando anche di far uso, nel solo caso francese, del discusso dato scientifico concernente lo studio delle conseguenze dell'omosessualità sullo sviluppo psichico infantile[42]. Contraddizioni analoghe sono riscontrabili in *Karner v. Austria*[43] (24 luglio 2003), relativo alla richiesta del convivente omosessuale di subentrare nel contratto d'affitto della casa comune all'evento della morte del partner locatario. La Corte di Strasburgo ha qui stabilito che, pur essendo la protezione della famiglia (legittima), *in linea di principio*, una ragione importante e legittima per giustificare una disparità di trattamento[44], nel caso di specie non veniva rispettato il principio di proporzionalità, mancando "ragioni convincenti e importanti giustificanti l'interpretazione restrittiva della sezione 14(3) del *Rent Act*, che impediva al partner sopravvissuto di una coppia dello stesso sesso di fare affidamento su quella previsione"[45]. Nell'esame del merito della causa, i giudici di Strasburgo hanno proceduto con cautela, arrivando a fondare la loro decisione sul combinato disposto dell'art. 14 e dell'art. 8, nella sola parte in cui quest'ultimo tutela il diritto al rispetto del domicilio. La precisa scelta di

---

ents, especially bearing in mind the limited number of scientific studies conducted on the subject to date. In addition, there are wide differences in national and international opinion, not to mention the fact that there are not enough children to adopt to satisfy demand. This being so, the national authorities, and particularly the Conseil d'Etat, which based its decision, inter alia, on the Government Commissioner's measured and detailed submissions, were legitimately and reasonably entitled to consider that the right to be able to adopt on which the applicant relied under Article 343-1 of the Civil Code was limited by the interests of children eligible for adoption, notwithstanding the applicant's legitimate aspirations and without calling his personal choices into question. If account is taken of the broad margin of appreciation to be left to States in this area and the need to protect children's best interests to achieve the desired balance, the refusal to authorise adoption did not infringe the principle of proportionality".

[41] *Idem.*

[42] R. Aveta, *Vita familiare e coppie dello stesso sesso: il caso* Karner c. Austria, cit., 81-82.

[43] *Karner v. Austria*, ECHR, App. No. 40016/98 (24 luglio 2003).

[44] *Ibidem*, § 40.

[45] *Ibidem*, § 42.

garantire esclusiva protezione al diritto all'abitazione, come diritto della personalità, senza considerare la *vexata quaestio* della "vita privata" o "familiare"[46] – in linea con una tecnica processuale definita efficacemente di "minimalismo macroscopico"[47] –, ha permesso alla Corte di tutelarsi contro i possibili attriti con i sistemi giuridici nazionali che sarebbero potuti sorgere in seguito ad una sua pronuncia di apertura al riconoscimento di vantaggi economici, sociali e *lato sensu* familiari per le coppie dello stesso sesso[48].

Nemmeno il richiamo dell'art. 12 CEDU, secondo cui "[u]omini e donne, in età matrimoniale, hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l'esercizio di tale diritto", ha consentito di sostenere la capacità di contrarre matrimonio per gli individui omosessuali. In tal caso, infatti, un'interpretazione del dato normativo avulsa dal sostrato valoriale riflesso nella Convenzione ha finito per attribuire il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia unicamente ai soggetti di sesso opposto. Sebbene la CEDU non avesse fatto della capacità fisica di procreare una condizione fondamentale del matrimonio[49], la Corte ha affermato ripetutamente e con tono solenne che "il diritto al matrimonio garantito dall'articolo 12 si riferisce al matrimonio tradizionale tra persone di sesso biologico opposto"[50]. Affrontata solamente dalla Commissione, la questione dell'accesso degli omosessuali al matrimonio ha ugualmente ricevuto una risposta negativa[51].

---

[46] *Ibidem*, § 33: "[t]he Court does not find it necessary to determine the notions of "private life" or "family life" because, in any event, the applicant's complaint relates to the manner in which the alleged difference in treatment adversely affected the enjoyment of his right to respect for his home guaranteed under Article 8 of the Convention".

[47] S. Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruylant, Bruxelles, 2001, 591.

[48] R. Aveta, *Vita familiare e coppie dello stesso sesso: il caso "Karner c. Austria"*, cit., 79.

[49] *Van Oosterwijc v. Belgium*, report 13/03/1979, § 59.

[50] *Rees v. the United Kingdom*, ECHR, App. No. 9532/81 (17 ottobre 1986), § 49; *Cossey v. the United Kingdom*, ECHR, App. No. 10843/84 (27 settembre 1990), § 43; *Sheffield and Horsham v. the United Kingdom*, ECHR, App. No. 22985/93 e 23390/94 (30 luglio 1998), § 66.

[51] *C.M. & L.M. v. the United Kingdom*, App. No. 14753/89 (9 ottobre 1989).

Il 28 settembre 2000, in occasione del cinquantenario della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, interrogato sui futuri sviluppi assumibili dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia matrimoniale, il suo presidente Luzius Wildhaber ha risposto "qu'on était encore loin d'accepter l'existence d'une obligation positive pour les Etats de reconnaître les mariages entre personnes du même sexe"[52]. Nel dover tentare una difficile conciliazione tra salvaguardia dell'integrità del testo CEDU e necessità di una sua lettura evolutiva, il giudice europeo si trova ora di fronte ad una prova molto difficile. Consacrare una nuova definizione di matrimonio vorrebbe dire "attribuire alla coppia omosessuale lo *status* di modello al pari di quello eterosessuale e forzatamente svalutare l'istituto matrimoniale", ma al tempo stesso è difficile "tener testa a chi si sforza di far trionfare un altro approccio del matrimonio inteso come una sorta di comunità in cui i legami intellettuali, spirituali ed emozionali sono essenziali quanto quelli fisici"[53] e procreativi. Emerge dunque, ancora una volta, come spesso dietro il silenzio giudiziale sul concetto di vita familiare si annidino idee stereotipate e timori ingiustificati.

3. *Le minoritarie concezioni sessualmente decostruite nelle prassi politico-legislative statali europee*

Sono Olanda (2001)[54], Belgio (2003)[55] e Spagna (2005)[56] i primi Stati ad inaugurare la prassi politico-legislativa di riconoscimento di matrimonio e adozione a coppie formate da persone del-

---

[52] M. Levinet, *La liberté matrimoniale au sens de la Convention Européenne des droits de l'homme*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2004, 60, 900.

[53] *Ibidem*, 901-903.

[54] *De Wet Openstelling Huwelijk of December 21, 2000, Staatsblad 2001, no. 9*.

[55] *Act of 13 February 2003, Loi Ouvrant le Mariage a des Personnes de Même Sexe et Modifiant Certaines Dispositions du Code Civil* (Law opening up marriage to persons of the same sex and amending certain provisions of the Civil Code), Moniteur Belge, Edition 3, p. 9880.

[56] *Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio,* Boletín Oficial del Estado núm. 157 (2 de Julio de 2005).

lo stesso sesso, segnando così inevitabilmente l'inizio del declino d'invalse concezioni sessuate di famiglia[57], le uniche parse accettabili ed universali semplicemente perché nei fatti incontrastate. Le tre esperienze europee costituiscono tasselli emblematici di una questione di rilievo internazionale, e soprattutto confermano la reale necessità di una teoria normativa che contenga una linea di demarcazione tra una morale discendente e mediata dall'istituto religioso del matrimonio, ed una nuova etica pubblica dalle maglie più larghe, siccome maturata nell'ambito di una costruzione laica di reti di solidarietà e di mutuo appoggio che prescindono dall'esperienza religiosa. In tal senso, ritenere giuridicamente irrilevante la differenza sessuale, da secoli alla base di matrimonio e famiglia, significa contribuire non poco all'affermazione di una cultura laica a vocazione universale che, nel rispetto delle convinzioni religiose e/o filosofiche di ognuno, contrassegna istituti giuridici relativi all'esercizio dei diritti individuali ed ha riflessi sugli stessi fenomeni associativi e sociali[58].

In alternativa al tradizionale modello matrimoniale sessualmente connotato, altri ordinamenti europei hanno preferito introdurre specifiche regolamentazioni per disciplinare la convivenza tra perso-

---

[57] La Corte costituzionale austriaca – *Vfgh V4/06* (08/06/2006) – ha ad esempio dichiarato l'incostituzionalità del regolamento del Ministero dell'Interno sui transessuali, in cui si prevedeva che il cambio del sesso potesse essere registrato allo stato civile solo se il richiedente non fosse sposato. La *ratio* della norma era quella di impedire il matrimonio tra persone dello stesso sesso, che sarebbe venuto in essere a seguito del cambio di sesso di uno dei coniugi. La pronuncia sembra dunque aprire la strada al riconoscimento del diritto al matrimonio tra persone dello stesso sesso, sebbene il dispositivo della pronuncia si limiti a ritenere l'irragionevolezza di un divieto di adeguamento anagrafico in base al fatto che una persona sia o no coniugata. Inoltre il dibattito intorno al *same-sex marriage* ha investito le Corti di Regno Unito (*Ghaidan v. Godin-Mendoza* [2003] 2 WLR 478 (CA)) e Francia (*Cour de cassation – Premiére Chambre civile: Arrêt n. 511 du 13 mars 2007*).

[58] Per una prospettiva analoga cfr.: D.A.J. Richards, *Sexual Preference as a Suspect (Religious) Classification: an Alternative Perspective on the Unconstitutionality of Anti-Lesbian/Gay Initiatives*, in 55 *Ohio State Law Journal* 491 (1994).

ne dello stesso sesso[59]. Danimarca (1989)[60], Norvegia (1993)[61], Svezia (1994)[62], Islanda (1996)[63], Ungheria (1996)[64], Francia (1999)[65],

---

[59] Studi sul panorama giuridico europeo sono stati condotti, tra gli altri, da: F. D'Angeli, *Il fenomeno delle convivenze omosessuali: quale tutela giuridica?*, CEDAM, Padova, 2003; A. D'Aloia, *Famiglia e nuove formazioni sociali. A proposito delle "unioni omosessuali"*, in *Rivista giuridica del Molise e del Sannio*, Edizioni Scientifiche italiane, 1996, 69; C. Forder, *Riconoscimento e regime giuridico delle coppie omosessuali in Europa*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2000, 1, 107; Id., *European models of domestic partnership laws: the field of choice*, in 17 *Canadian Journal of Family Law,* 371 (2000); R. Wintemute, M. Andenæs (eds.), *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships*, cit., 417-619; D. Borrillo, *Pluralisme conjugal ou hiérarchie des sexualités: la reconnaissance juridique des couples homosexuels dans l'Union européenne*, in 46 *McGill Law Journal* 875 (2001); K. Waaldijk, *Taking same-sex partnerships seriously: European experiences as British perspectives?*, in *International Family Law*, 2003, 2, 84-95; J.I.A. Pérez, *"Unioni civili", "unioni di fatto" e altre convivenze. Rassegna della legislazione europea*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2003, 2, 343-363; A. Cordiano, *Tutela delle coppie omosessuali ed esigenze di regolamentazione*, in *Familia*, 2004, 1, 107; S. Melis, *Il regime giuridico delle coppie omosessuali in Europa*, in *Rassegna parlamentare*, 2005, 1, 267; M. Bonini Baraldi, *Le nuove convivenze tra discipline straniere e diritto interno*, Ipsoa Editore, Torino, 2005; Id., *Società pluraliste e modelli familiari: il matrimonio tra persone dello stesso sesso in Olanda*, in *Familia*, 2, 2001, 419 ss.

[60] *Registered Partnership Act No. 372 of 7 June 1989*. Per un commento alla legge, si v.: F. Finocchiaro, *La legge danese 7 giugno 1989 n. 372, sulla partnership omosessuale registrata*, in *Il diritto ecclesiastico*, 1990, I, 319; S. Jensen, *La reconnaissance des préférences sexuelles: le modèle scandinave*, in D. Borrillo (éd.), *Homosexualités et droit*, PUF, Paris, 1998, 262; J.K.A. Dinesen, *The "Registered partnerships", a Nordic approach to a legislation for unmarried couples*, in *Stare insieme. Studi, ricerche e proposte sulle famiglie di fatto*, Atti del Convegno di Pisa, 5-6 novembre 1999, (ined.), 1; I. Lund-Andersen, *The Danish Registered Partnership Act, 1989: Has the Act Meant a Change in Attitudes?*, in R. Wintemute, M. Andenæs (eds.), *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships*, cit., 417-426.

[61] *Lov om registrert partnerskap, 1993-04-30 no.40*.

[62] *Registered Partnership, (Lag om registrerat partnerskap*, SFS 1994: 1117*)*. Si v.: H. Ytterberg, *"From Society's Point of View, Cohabitation Between Two Persons of the Same Sex is a Perfectly Acceptable Form of Family Life": A Swedish Story of Love and Legislation*, in R. Wintemute, M. Andenæs (eds.), *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships*, cit., 427-436.

[63] *Registered Partnership Act of 1996* (http://www.france.qrd.org/texts/partnership/is/ iceland-bill.html).

[64] *Unregistered Cohabitation Act of 1996*; un *Bill on registered partnership* è stato presentato al Parlamento nel 2005 (v.: http://www.parlament.hu/irom37/16349/ 16349.pdf).

[65] *Loi n. 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité*, J.O n. 265 du 16 novembre 1999 page 16959.

Germania (2001)[66], Portogallo (2001)[67], Finlandia (2001)[68], Regno Unito (2004)[69], Croazia (2003)[70], Lussemburgo (2004)[71], Slovenia (2005)[72], Repubblica Ceca (2006)[73] e Svizzera (2004)[74] hanno adottato leggi istituenti il regime delle unioni civili, o istituti equiparabili ("domestic partnership", "stable partnership", "registered partnership", "Pacte Civil de Solidarité" (*PACS*), ecc.), con l'intento di estendere i benefici giuridici derivanti dal matrimonio anche alle coppie dello stesso sesso, salvo per ciò che attiene ai rapporti con i figli[75].

L'introduzione di soluzioni normative diverse per disciplinare le varie forme di convivenza *lato sensu* familiari ha posto, in realtà, seri problemi di ordine sociale e giuridico. L'automatica perdita dei diritti di coniugio, per effetto del trasferimento in altro Paese dell'Unione che non ammette il matrimonio tra individui dello stesso sesso, crea una disparità di diritti fondamentali tra i cittadini europei e limita notevolmente la libertà di circolazione delle persone nel territorio dell'UE[76]. Di qui, ancora, la necessità che l'Unione europea elabori un concetto di famiglia il più ampio possibile, tale da tener conto dell'evoluzione dei costumi e delle normative statali

---

[66] *The Life Partnership Act* (*Eingetragene Lebenspartnerschaft*) 1 August 2001, BVerfG, 1 BvF 1/01 from 17 July 2002. *Gesetz zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts (Life Partnership Law (Revision) Act)* 12 October 2004.

[67] *Lei Nº 6/2001 de 11 de Maio – Adopta Medidas de Proteção das Pessoas que Vivam em economia comum* (http://portugalgay.pt/politica/parlamento02.asp); *Lei Nº 7/2001 de 11 de Maio – Adopta Medidas de Protecção das Uniões de Facto* (http://portugalgay.pt/politica/ parlamento03.asp).

[68] *Registered Partnership Act 950/2001* (http://www.finlex.fi/pdf/saadkaan/E0010950.PDF), sul quale si v.: M. Savolainen, *Registered Partnership Act Adopted in Finland*, in *Familia*, 2002, 3, 775.

[69] *Civil Partnership Act* 2004 (in http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2004/20040033.htm.).

[70] *Law on same sex civil union, no. 01-081-03-2597/2, 14 July 2003* (una versione inglese è consultabile su http://www.iglhrc.org/site/iglhrc/content.php?type=1&id=73).

[71] *Loi du 9 juillet 2004 relative aux effets légaux de certains partenariats*, in Récueil de Législation A – n. 143, 6 août 2004.

[72] *Law on Registered Same-Sex Partnership of 22 June 2005.*

[73] *Registered Partnership Law approved on 15 March 2006.*

[74] *Registered Partnership Act on Registered partnership between persons of the same sex (10 June 2004).*

[75] A. Cordiano, *Tutela delle coppie omosessuali*, cit., 117.

[76] S. Melis, *Il regime giuridico delle coppie omosessuali in Europa*, cit., 269.

in tema di matrimonio, ed attui nuove politiche volte a far sì che in ogni singolo Stato sia eliminata qualsiasi forma di discriminazione basata sull'orientamento sessuale, consentendo il diritto d'ingresso, residenza e lavoro secondo il principio di libera circolazione[77].

L'istituzione di regimi civili separati dal matrimonio tradizionale ha posto problemi di difficile composizione anche sul versante costituzionale interno, e le vicende tedesche ne sono un chiaro esempio. In Germania non esiste una legge che autorizzi il matrimonio omosessuale poiché, in assenza di una definizione costituzionale e legale, la giurisprudenza e la dottrina tedesche hanno invocato la cultura tradizionale di questo istituto giuridico, riconoscendolo esclusivamente come l'unione durevole di un uomo e di una donna[78]. Tuttavia, il 10 novembre 2000 il *Bundestag* ha approvato la legge sulla *Lebenspartnerschaft* ("vita in comune") tra omosessuali[79], tramite cui i *partner* registrati (solo conviventi dello stesso sesso) acquistano diritti e doveri analoghi a quelli discendenti dal matrimonio in materia di pensione, eredità, tasse ed immigrazione[80]. Con l'adozione di tale normativa, il legislatore tedesco ha ottemperato alle sollecitazioni europee volte a prevedere, per le coppie omosessuali, l'accesso al matrimonio o ad un istituto giuridico equivalente, ma così facendo

---

[77] Un passo in avanti è già stato compiuto con la Rettifica della direttiva 2004/38/CE (GU L 158 del 30/4/2004) del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE.

[78] J. Wasmuth, *La convivenza registrata tra persone dello stesso sesso in Germania e l'orientamento giurisprudenziale della Corte Costituzionale tedesca*, in *Familia*, 2003, 2, 503.

[79] The Life Partnership Act (*Eingetragene Lebenspartnerschaft*), cit. La legge, tradotta da Cristina Caricato, può leggersi in *Familia*, 2002, 2, 521-531. Sul tema: D. Schwab, *Eingetragene Lebenspartnerschaft – Ein Überblick*, in *FamRZ*, 2001, 385; H. Büttner, *Unterhaltsrecht der eingetragenen Lebenspartnerschaft*, in *FamRZ*, 2001, 1105; R. Wagner, *Das neue internationale Privat und Verfahrensrecht zur eingetragenen Lebenspartnerschaft*, in *IPrax*, 2001, 281; D. Henrich, *Kollisionsrechtliche Fragen der eingetragenen Lebenspartnerschaft*, in *Fam. RZ*, 2002, 137; C. Caricato, *La legge tedesca sulle convivenze registrate*, in *Familia*, 2002, 2, 501-520.

[80] D. Schwab, *Eingetragene Lebenspartnerschaft*, cit., 387, elenca approfonditamente i casi di terminologia parallela tra legge tedesca sulla convivenza registrata e diritto matrimoniale.

si è trovato a dover pagare il costo della disattenzione maturata nei confronti delle convivenze *more uxorio*. A voler riconoscere la *Lebenspartnerschaft* come istituto analogo al matrimonio, s'incapperebbe nella violazione dell'art. 6 sez.1 del *GG* (*Grundgesetz* – Legge fondamentale), che accorda "speciale protezione" statale al matrimonio e alla famiglia; intendendolo, invece, come modello distinto – sulla base delle effettive differenze col matrimonio (divieto di adottare, degradazione dell'assegno di mantenimento a mero obbligo alimentare) –, si violerebbe il principio di eguaglianza sancito dall'art. 3 sez. 1 *GG*, per la disparità di trattamento che si verrebbe a creare nei confronti degli altri tipi di convivenze[81].

Tali inconvenienti si sono tradotti nel sollevamento di questioni di legittimità costituzionale da parte dei *Länder* di Baviera, Sassonia e Turingia, che il *Bundesverfassungsgericht* ha tentato di superare il 17 luglio 2002, sancendo la legittimità e la compatibilità con la Costituzione della legge sulle convivenze omosessuali registrate[82]. La Corte Costituzionale, sulla base del materiale elaborato in occasione della stesura della Carta fondamentale[83], ha statuito che il nuovo istituto giuridico non pregiudica il dovere statale di promuovere il matrimonio *ex* art. 6 *GG*, poiché non si pone in concorrenza con questo – non essendo aperto alle coppie eterosessuali –, e non viola altresì il principio di eguaglianza di cui all'art. 3, dal momento che crea una disparità di trattamento giustificata – ben potendo le coppie eterosessuali accedere al matrimonio, cosa invece negata agli omosessuali[84]. Tale motivazione lascia in sospeso alcune domande, tanto è vero che è stata criticata dal Presidente del *Bundesverfassungsgericht* il quale, esprimendo un voto di minoranza, ha osservato l'insufficienza della motivazione della Corte nella parte in cui si sostiene la non violazione della tutela costituzionale del matrimonio. Malgrado la diversa terminologia, il legislatore avrebbe applicato norme in tema di matrimonio anche a una forma di comunione

---

[81] F.D. Busnelli, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Rivista di diritto civile*, 2002, 4, 509.

[82] *BverfG* 17 luglio 2002, in *NJW*, 2002, 2543.

[83] *Ibidem*, 2548.

[84] *Ibidem*, 2549.

di vita che non soddisfa il principio strutturale essenziale della differenza di sesso tra uomo e donna[85].

3.1. *Olanda*

Il matrimonio tra persone dello stesso sesso è in vigore in Olanda dal 1° aprile 2001. Sin dall'estate 1995, il dibattito sviluppatosi nella società civile, favorevole al *same-sex marriage*, aveva indotto le Camere ad approvare due mozioni (non vincolanti) con le quali si chiedeva al Governo di predisporre due disegni legge al fine di consentire alle coppie omosessuali di contrarre matrimonio e adottare figli[86]. Di fronte all'inerzia del Governo le mozioni venivano rinnovate il 16 aprile 1998[87] e portavano all'istituzione di un'apposita commissione di otto esperti creata dal Parlamento, la "2° Commissione Kortmann",

---

[85] Voto di Minoranza Papier, in *NJW*, 2002, 2551. La critica mossa, per la dottrina tedesca, è facilmente superabile, se si considera che la "particolare tutela" di cui gode il matrimonio non equivale a "tutela preferenziale"; mira unicamente ad evitare interventi legislativi volti ad eliminare l'istituto matrimoniale e non impedisce al legislatore di creare un nuovo istituo da affiancare a quello costituzionalmente garantito che, come dimostrano le altre esperienze europee, non è inficiato né sotto il profilo materiale né sotto quello giuridico da una simile introduzione.

[86] L'estate 1995 fu l'anno di un accurato sondaggio pubblico in cui il 63 per cento degli intervistati di nazionalità olandese rispose favorevolmente al riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso. Questo segnò un momento molto importante nella storia del matrimonio omosessuale olandese, considerato che sino allora era prevalso un atteggiamento politico-istituzionale ostile e timoroso di eventuali ripercussioni internazionali. Agli inizi degli anni Novanta, poi, la Corte distrettuale di Amsterdam – RB Amsterdam 13 februari 1990, NJCM-Bulletin 1990, p. 456-460, m.nt. K. Boele-Woelki en P.C. Tange – e la Corte Suprema olandese (*Hoge Raad*) – HR 19 oktober 1990, NJ 1992, 192, m.nt. EAAL en EAA (homohuwelijk) – avevano entrambe negato che si potesse estendere il matrimonio alle coppie omosessuali rifacendosi agli art. 8, 12, 14 CEDU e 23, 26 ICCPR, sbarrando così la strada di tale riconoscimento per via legale-contenziosa. Per un esame dettagliato del clima politico olandese e delle argomentazioni avanzate dalle due corti si rinvia a N.G. Maxwell, *Opening Civil Marriage To Same-Gender Couples: a Netherlands-United States Comparison*, 18 *Arizona Journal of international and comparative law,* 141 (2001); M. Sanchez-Osorio, *The Road to Recognition and Application of the Fundamental Right to Marry of Sexual Minorities in the United States, the Netherlands, and Hungary: a Comparative Legal Study*, in 8 *ILSA Journal Of International and Comparative Law,* 131 ss. (2001).

[87] *Kamerstukken* II, 1997/98, 22 700, n. 26.

che concludeva i suoi lavori con due raccomandazioni: (1) estendere il matrimonio alle persone omosessuali, purché senza effetti giuridici per i rapporti tra gli sposi e gli eventuali figli del/la *partner*; (2) consentire l'adozione anche alle coppie formate da persone dello stesso sesso sulla base di criteri applicabili a tutti in modo eguale[88]. Il 25 giugno 1999 il Governo olandese ha approvato il disegno di legge su matrimonio e adozione omosessuali che è stato poi presentato alle Camere l'8 luglio 1999. Il 12 settembre 2000, con la maggioranza dei voti (109 contro 33), la Camera bassa ha approvato il *bill* e il 19 dicembre dello stesso anno è arrivata l'approvazione della Camera alta – mancando, peraltro, il consenso del Partito cristiano –, seguito dall'assenso reale dato dalla Regina Beatrice il 29 marzo 2001.

La nuova legge ha modificato l'art. 30 del codice civile introducendo una proposizione riconoscitiva della capacità di contrarre matrimonio civile in capo a due persone di sesso diverso o dello stesso sesso ("[e]en huwelijk kan worden aangegaan door twee personen van verschillend of van gelijk geslacht"). Un aspetto significativo della nuova legge è costituito, poi, dal riconoscimento del diritto anche a cittadini non olandesi: gli stranieri dovranno dimostrare di vivere in Olanda da almeno quattro mesi nel corso dei quali può essere loro richiesto di presentarsi dinanzi all'autorità competente, pena la possibile perdita del diritto di sposarsi. Gli effetti giuridici conseguenti al *same-sex marriage* sono gli stessi del tradizionale matrimonio: comunione dei beni, obbligo reciproco di mantenimento, diritti successori, fiscali e sociali. La coppia può altresì adottare bambini, dopo tre anni di convivenza, purché siano di nazionalità olandese[89]. L'estensione del matrimonio alle coppie omosessuali non ha eliminato l'istituto delle unioni registrate, introdotto il 1° gennaio 1998 sul modello della legislazione scandinava[90], sicché i *partner* registrati hanno l'opportunità di convertire la loro unione in matrimonio.

---

[88] *Report of the Commission to investige whether same-sex couples should be allowed to conclude a civil marriage*, The Hague, October 1997. Per precise informazioni su questo rapporto, si v.: A. Bainham (ed.), *International Survey of Family Law, 1996*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1998, 264-268.

[89] M. Antokolskaia, *Recent developments in dutch filiation, adoption and joint custody law*, in *Familia*, 2002, 3, 781-804.

[90] *Registered Partnership Act of 1998*.

Con queste discipline codificate si è così conclusa una decennale evoluzione della legislazione matrimoniale che ha posto l'Olanda tra i più progressisti Paesi in materia di tutela e parità dei diritti delle persone che, indipendentemente dal sesso, decidono di vivere insieme. La soluzione offerta dal legislatore olandese è importante perché obbliga gli operatori del diritto a riconsiderare la funzione dell'istituto matrimoniale all'interno della società contemporanea. Il matrimonio diviene soddisfacimento dei bisogni affettivi e sessuali dei coniugi nonché strumento di diffusione di diritti, momento di tutela di un maggior numero di soggetti, rimedio contro l'esclusione sociale, culturale ed economica[91]. Tale apertura delle posizioni matrimoniali alle persone omosessuali ha scardinato fin dalle fonda-

---

[91] La questione di possibili sviluppi futuri in tema di matrimonio si pone, tuttavia, con ancora maggiore forza dopo gli eventi del 23 settembre 2005, giorno della sfida europea tutta olandese mossa alla poligamia. Il signor Victor de Bruijn di Roosendaal è divenuto, in suddetta data, il primo "bigamo di fatto" al mondo, legalmente riconosciuto, per aver stipulato davanti al notaio un'unione civile con due donne bisessuali: la moglie Bianca, sposata due anni prima, e Mirjam Geven, la compagna conosciuta in rete e convivente con loro, dopo il divorzio dal marito, dal 2003. In Olanda non è consentita la poligamia, per questo il signor de Bruijn ha inteso consacrare il suo legame affettivo plurimo avvalendosi di un contratto con cui vengono solitamente regolati convivenza e proprietà dei beni comuni, secondo una prassi diffusa tra imprese o studenti, senza conseguenze fiscali. L'evento non è stato accolto negativamente dagli olandesi, da sempre all'avanguardia nelle relazioni sessuali, ma ha infuocato gli animi dei cristiani ortodossi che, attraverso la voce del parlamentare calvinista, Kees Van der Staaij, hanno chiesto al Ministro della Giustizia di annullare il "trimatrimonio". Il Ministro Piet-Hein Donner, membro del Partito Cristiano-Democratico (CDA) di maggioranza, ha respinto la richiesta di annullamento, argomentando che il *samenlevingscontracten* ("contratto di coabitazione") non era illegale (*i.e.* non violava il divieto di poligamia), poiché tra i *partner* in questione non era intervenuto alcun matrimonio. Dura ed immediata è stata la reazione del SGP *leader*, Bas van der Vlies, il quale ha condannato il mancato sanzionamento dell'unione di Victor de Bruijn con le due mogli, *di fatto* poligamica: "[t]hese people have celebrated and publicly confirmed their samenlevingscontract as a marriage. This is about an intimate communion which is more than just a practical arrangement. […] The minister is also ignoring the fact that in this case both women can have children by the same man. This will entail complications, also legally. This is polygamy in practice, and that is something which Dutch law explicitly forbids". Sulla vicenda si v.: E. VAN DER STAAIJ, *Huwelijk wordt steeds. verder opgerekt*, in Reformatorisch Dagblad, 23-09-2005 (http://www.refdag.nl/artikel/1230743/&bdquo%3BHuwelijk+wordt+steeds.+verder+opgerekt&rdquo%3B.html); P. BELIEN, *First Trio "Married" in The Netherlands*, in *The Brussels Journal*, 2005-09-26; G.A. ORIGHI, *Il mio grosso grasso matrimonio olandese*, in *Panorama*,

menta la struttura dell'istituto matrimoniale presente nel diritto europeo post-romano ed ha aperto definitivamente la strada ad un'evoluzione del matrimonio civile autonoma da quella del matrimonio religioso e segnatamente d'origine cristiana. Questo risultato è stato possibile anche perché in Olanda il matrimonio religioso non possiede alcun effetto civile ed, anzi, il matrimonio civile deve essere celebrato prima di quello religioso per non incorrere in sanzioni[92].

3.2. *Belgio*

Dal 13 febbraio 2003 (con entrata in vigore della legge il 1° giugno dello stesso anno), il Belgio è il secondo Paese al mondo che riconosce il matrimonio tra individui dello stesso sesso. Come in Olanda, la legge sul matrimonio omosessuale ha visto la luce quando il partito cristiano-democratico non era al potere. L'approvazione della legge è stata facilitata anche dal fatto che l'originaria normativa non specificava che gli sposi dovessero essere di sesso diverso, dandolo però probabilmente per implicito[93]. Con la nuova legge, anche alle coppie omosessuali vengono garantiti i diritti di successione e di sicurezza sociale, non previsti per il regime di coabitazione legale[94], oltre che gli altri diritti conseguenti dal matrimonio tradizionale.

---

3 novembre 2005, 118; P. Belien, *Dutch Minister Not to Prevent Polygamy*, in *The Brussels Journal*, 2005-11-01.

[92] G. Cimbalo, *Apertura del matrimonio civile e modifica della disciplina delle adozioni nella legislazione dei Paesi Bassi*, in http://ecclesiastico.giuri.unibo.it/file/CoMMENTO%20LEGGI%20OLANDESI%20MATRIMONIO.htm.

[93] S. Melis, *Il regime giuridico delle coppie omosessuali in Europa*, cit., 282; P. Borghs, *De emancipatie van de holebi's*, Unie van Vrijzinnige, 2003; Id., *Quel statut pour les parents de même sexe?*, in *Journal des Procès*, 4 Avril 2003, 456, 14-20.

[94] La "coabitazione legale" (*cohabitation légale*, *wettelijke samenwoning*, *gesetzliches Zusammenwohnen*) è stata istituita in Belgio con legge del 23 novembre 1998 (Moniteur belge du 12 janvier 1999). Questo stato civile può essere chiesto da due persone maggiorenni, anche dello stesso sesso e con legame di parentela, che vivono nello stesso domicilio e presentano apposita dichiarazione scritta al Comune. Pur dovendo regolare le modalità della loro unione davanti ad un notaio ed informarne poi il Comune, i firmatari beneficiano di una protezione minima (meno garantista, ad es., del PACS francese) essendo esclusi gli sgravi fiscali e i diritti di successione.

A differenza dell'esperienza olandese, tuttavia, in origine la legge belga non permetteva l'adozione, e, nel caso di figli nati da un precedente matrimonio, il *partner* che non fosse parente biologico non diventava parente legale dei figli dello sposo. Solo nell'aprile del 2006 gli organi legislativi hanno ristabilito la parità in tema di adozione[95]. Originariamente il Belgio permetteva il matrimonio omosessuale tra stranieri per effetto di una decisione del Ministero della Giustizia secondo cui "la proibizione del matrimonio tra persone dello stesso sesso è discriminatoria, […] se riguarda una coppia di cui uno dei componenti è di nazionalità belga va applicata la legge del suo paese"[96]; la nuova legislazione, in vigore dal 1° ottobre 2004, richiede alle coppie in cui un *partner* è straniero di sposarsi solo dopo aver vissuto per almeno tre mesi nel Paese[97].

3.3. *Spagna*

Con la legge 13/2005, approvata dal Parlamento il 30 giugno ed entrata in vigore il 3 luglio 2005 – due giorni dopo l'apposizione della firma da parte del Re Juan Carlos I –, la Spagna ha modificato il proprio diritto di famiglia, estendendo la possibilità di contrarre matrimonio civile anche alle coppie omosessuali. Prima di tale intervento, la Spagna non riconosceva il diritto di sposarsi alle coppie formate da persone dello stesso sesso, per quanto alcune regioni autonome (11) avessero già adottato, a partire dal 1998, una legislazione sulle unioni di fatto che permetteva ai *partner* omosessuali (oltre che ai conviventi eterosessuali) di registrare il loro legame ed ottenere alcuni benefici amministrativi[98].

---

[95] Il 1° dicembre 2005 la proposta di consentire l'adozione alle coppie formate da persone dello stesso sesso è stata approvata dalla Camera dei Deputati con 77 voti a favore, 62 contrari e 7 astensioni, mentre è passata all'esame del Senato il 20 aprile 2006 con il solo scarto di un voto a favore.

[96] Ansa, *Belgio: matrimoni tra omosessuali aperti anche a stranieri*, in *Gaynews*, 6 febbraio 2004.

[97] R. Wockner, *Gay Americans Marry In Belgium*, in *365Gay*, October 11, 2004 (http://www.365gay.com/newscon04/10/1011045belgWed.htm).

98 Catalogna (*Llei 10/1998, de 15 de juliol, d'unions estables de parella*, 309 BOPC 24738); Aragona (*Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a Parejas esta-*

Durante le elezioni generali del 14 marzo 2004, il Partito Socialista Operaio spagnolo (PSOE) aveva promesso, come parte del programma elettorale, l'estensione legale del diritto a contrarre matrimonio alle coppie dello stesso sesso. Nel discorso di investitura del nuovo Governo, il suo Presidente Rodríguez Zapatero annunciò che avrebbe presentato un progetto di legge per estendere, in accordo con la promessa fatta agli elettori, il diritto di sposarsi e quello di adottare alle persone omosessuali. Il 30 giugno 2004, il Ministro della Giustizia López Aguilar annunciò al Congresso dei Deputati l'approvazione di un anteprogetto di legge di riforma del codice civile, diretto ad eliminare le limitazioni esistenti, rendendo l'istituto matrimoniale indipendente dal sesso dei contraenti. Il testo incontrò il parere negativo del Consiglio di Stato, il quale – in sede consultiva – segnalò che l'apertura matrimoniale non era richiesta dalla Costituzione e che al risultato dell'eliminazione della discriminazione esistente nei confronti delle persone omosessuali poteva pervenirsi

---

bles no casadas, BOCA núm. 255, legislatura IV, página 11409 – 26/03/1999); Navarra (*Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables*, Boletín Oficial de Navarra Núm. 82, 07/07/2000); Valencia (*Llei 1/2001, de 6 d'abril, per la qual es regulen les unions de fet*. [2001/3355]); Madrid (*Ley 11/2001, de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid*, BOAM Núm. 134, 28 diciembre 2001); Baleari (*Llei 18/2001, de 19 de deciembre, de parejas estables de las Illes Balears*, Boletín Oficial de las Illes Balears 156/2001, de 19 de deciembre); Andalusia (*Ley 5/2002, de 28 de diciembre, de parejas de hecho de Andalucía*); Asturie (*Ley 4/2002, de 23 de mayo, de Parejas Estables*); Estremadura (*Ley 5/2003, de 20 de Marzo, de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura*, BOE núm. 42 de 8 de Abril de 2003); Paesi baschi (*Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma del País Vasco*, BOPV – viernes 23 de mayo de 2003); Canarie (*Ley 5/2003, de 6 de marzo, para la regulación de las parejas de hecho en la Comunidad Autónoma de Canarias*, Boletín Oficial de Canarias número 2003/054, de 19 de marzo de 2003). Sull'argomento, si v.: I. Barral Vinals, *La uniones estables de pareja*, Bosch, Barcelona, 2000; J.V. Gavidia Sánchez, *Uniones homosexuales y concepto constitucional de matrimonio*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 61, 2001, p. 11; J.R. De Verda Y Beamonte, *Las uniones de hecho a la luz de la Constitución Española de 1978: estado de la cuestión en la legislación estatal y autónomica*, in *Actualidad Civil*, 2001, n. 2, p. 59; J.I.P. Galán, *Same-sex couples in Spain. Historical, contextual and symbolic factors*, in M. Digoix & P. Festy (eds.), *Same-sex couples, same-sex partnerships, and homosexual marriages: A Focus on cross-national differentials*, Documents de travail n. 124, Ined., 2004, 162-164, 168-171 (in http://www-same-sex.ined.fr/WWW/04Doc124Ignacio.pdf).

attraverso l'impiego di un mezzo (politicamente) più opportuno come l'unione registrata[99].

Prendendo le distanze dalla posizione assunta dal Consiglio di Stato – e avallata dall'Accademia Reale di Giurisprudenza e Legislazione e dal Consiglio Generale del Potere Giudiziario –, il 21 gennaio 2005 il Governo spagnolo presentò il progetto di legge di modifica del codice civile in materia di matrimonio davanti al Congresso dei Deputati[100]. Tutti i gruppi parlamentari, eccetto il Partito Popolare e l'Unione Democratica della Catalogna, si mostrarono ad esso favorevoli e il 21 aprile 2005 lo approvarono a maggioranza (183 voti a favore, 136 contrari e 6 astensioni)[101]. Secondo le previsioni costituzionali, il testo approvato fu trasmesso al Senato per la sua discussione (*tramitación*). Il 21 giugno 2005, gli 11 esperti convocati dai gruppi parlamentari riferirono in Senato le loro opinioni circa l'opportunità di estendere il diritto di adozione alle coppie formate da persone dello stesso sesso. La maggioranza di essi concluse per l'assenza di prove empiriche a fondamento della negatività di una tale operazione sullo sviluppo psichico dei minori. Il 22 giugno il Partito Popolare presentò una proposta di veto al progetto – in nome della salvaguardia della garanzia istituzionale del matrimonio come unione caratterizzata dal dualismo dei sessi – che venne approvata dal Senato con 131 voti a favore contro 119 contrari (94 del PSOE, 3 del Gruppo Misto, 15 dell'Intesa Catalana del Progresso, 5 del Partito Nazionalista Basco e 2 della Coalizione Canaria) e 2 astensioni (CiU – nazionalisti moderati catalani di Convergenza e Unione)[102]. Poiché il ruolo del Senato è consultivo e i voti della Camera Bassa possono cancellare le indicazioni senatoriali, il testo tornò al Con-

---

[99] *Dictamen del Consejo de Estado nº 2628/2004, de 16 de diciembre de 2004* (in http://www.boe.es/g/es/bases_datos/doc.php?coleccion=ce&id=2004-2628).

[100] *Proyecto de Ley por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio*, in *BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, número 18-1*, de 21 de enero de 2005 (Número de expediente 121/000018).

[101] Agencias, *El Congreso aprueba el matrimonio entre personas del mismo sexo*, in *El Mundo*, 22 de abril de 2005.

[102] Europa Press, *El Senado veta la ley del matrimonio homosexual que volverá al Congreso donde será aprobada finalmente*, in *El Mundo*, 23 de junio de 2005.

gresso dei Deputati che lo approvò a maggioranza assoluta (187 voti a favore, 147 contrari e 4 astensioni) il 30 giugno 2005[103].

Durante l'adozione della *Ley 13/2005*, si è levato in Spagna un intenso dibattito sociale: la Chiesa spagnola ha rimproverato al governo Zapatero di voler imporre a tappe forzate "riforme laiciste" ed atteggiamenti non corrispondenti ad una società in cui il cattolicesimo possiede radici profonde[104]. La prima reazione della Santa Sede è stata quella del Presidente del Consiglio Pontificio per la Famiglia, il cardinale Alfonso Lòpez Trujillo, che ha invitato i funzionari dei comuni spagnoli ad esercitare l'obiezione di coscienza[105] ed opporsi alla celebrazione di matrimoni fra persone dello stesso sesso, per far muro ad una riforma sociale considerata "disumana" e frutto "di una strana idea della modernità"[106]. L'appello del cardinale è stato subito stemperato dall'intervento della vicepremier Fernández de la Vega che, pur dichiarando un assoluto rispetto per la posizione assunta della Chiesa, ha richiamato l'obbligo dei funzionari pubblici, così come di tutti i cittadini, di rispettare le leggi approvate dal Parlamento in una società democratica[107]. Di qui la presa di posizione di padre Leopoldo Vives, direttore dell'Ufficio famiglia e difesa della vita nella Conferenza Episcopale spagnola: "[l]a vicepresidente del governo forse non ha saputo misurare le sue parole. Ha un tono minaccioso che sottende questo messaggio: se non celebrerete il matrimonio fra omosessuali sarete

---

[103] *Cortes Generales, Diario de Sesiónes del Congreso de los Diputados, Año 2005, VIII Legislatura, Núm. 103, página 5218-5229*.

[104] EFE, *La Iglesia mantiene que los gays "no tienen derecho" a casarse y tacha de 'reprobable' su inclinación sexual*, in *El Mundo*, 26 de diciembre de 2004; EFE, *Las principales religiones de España se unen contra el matrimonio gay*, in *El Mundo*, 20 de abril de 2005. Del resto, negli oltre quatantacinque anni di dittatura franchista il cattolicesimo è stata l'ideologia dominante che ha pervaso di sé la legislazione del paese: J. Roca i Girona, *De la Pureza a la maternidad. La construcción del género femenino en la postguerra española*, Ministerio de Educación y Cultura, Madrid, 1996, 336.

[105] *Nota del Comité Ejecutivo de la Conferencia Episcopal Española, Acerca de la objeción de conciencia ante una ley radicalmente injusta que corrompe la institución del matrimonio*, Madrid, 5 de mayo de 2005.

[106] L. Eduati, *Matrimoni gay, è guerra tra Vaticano e Spagna*, in *Liberazione*, 23 aprile 2005.

[107] Agencias, *Fernández de la Vega afirma que la objeción de conciencia no exime a los funcionarios de oficiar bodas*, in *El Mundo*, 23 de abril de 2005.

licenziati in tronco. È un atteggiamento prepotente che pretende di controllare le coscienze delle persone. La libertà di coscienza è quanto di più sacro possiede l'essere umano e vulnerarlo va contro i diritti umani, la Costituzione europea, la Costituzione spagnola"[108].

Dal canto statale, poi, il 30 settembre 2005 ben 72 deputati del Partito Popolare (22 in più rispetto al numero minimo richiesto) hanno presentato un ricorso di incostituzionalità davanti al Tribunale Costituzionale contro "la totalidad" della legge di riforma del codice civile[109], e la questione è tuttora pendente dinanzi all'autorità giudiziaria. Nel frattempo, il 15 dicembre 2005 il Tribunale Costituzionale ha respinto in ultima istanza (8-4) i ricorsi presentati dal magistrato del Registro Civile di Dénia (Alicante), Laura Alabau, e dal giudice di Telde (Gran Canaria), Francisco Javier García, sulla supposta incostituzionalità dell'art. 44 del riformato codice civile rispetto all'art. 32(1) della Costituzione[110], ritenendo che il potere di sollevare questioni di legittimità costituzionale spettasse unicamente a giudici e tribunali nell'esercizio delle loro funzioni giudiziarie[111].

La riforma del diritto di famiglia spagnolo è stata realizzata su sedici articoli del codice civile, sostituendo le espressioni "marido" e "mujer" con "cónyuges" (per ciò che concerne la disciplina del matrimonio) e le parole "padre" e "madre" con "progenitores" (in relazione alla normativa sull'adozione), ed aggiungendo un secondo paragrafo all'articolo 44, nel quale si è specificato che il matrimonio richiede gli stessi requisiti e produce gli stessi effetti quando a contrarlo sono due persone dello stesso o di diverso sesso. Si è affermato così il principio dell'irrilevanza del sesso dei nubendi, che si è tradotto in una dilatazione del concetto di matrimonio e nel riconosci-

---

[108] M. Vignolo, *Nozze gay, è da nazisti impedire l'obiezione*, in *Corriere della Sera*, 24 aprile 2005.

[109] Recurso del PP ante el TC contra los matrimonios homosexuales (in http://www.almendron. com/politica/pdf/documentos/spain/doc_0054.pdf).

[110] *Constitución Española*, título I, capítulo segundo, artículo 32: "1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. 2. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos".

[111] Europa Press, *El Tribunal Constitucional rechaza los recursos de dos jueces contra la ley del matrimonio homosexual*, in *El Mundo*, 15/12/2005.

mento ai coniugi omosessuali del diritto di adottare congiuntamente – oltre che l'uno i figli dell'altro, biologici o adottivi che siano – come effetto dell'accesso all'istituto matrimoniale. Attraverso l'utilizzo di una "tecnica legislativa terminologica", che sostituisce parole dal significato consolidato con termini impiegabili estensivamente, il legislatore spagnolo ha scelto la strada del cambiamento politico-costituzionale senza affermare espressamente un diritto fondamentale al matrimonio per le persone dello stesso sesso[112].

Tale scelta, tradottasi nell'adozione di una legge ordinaria modificativa delle disposizioni del codice civile in materia di matrimonio – anziché in un procedimento di revisione costituzionale (di qui le critiche)[113] –, appare comunque coraggiosa se si considera la realtà dell'Europa in cui, eccezion fatta per l'Olanda e il Belgio, il modello dell'apertura all'istituzione matrimoniale non è ancora diffuso. A differenza dei due Stati succitati, tuttavia, in Spagna, malgrado le numerose proposte di legge presentate al Parlamento, non si dispone di una disciplina nazionale per la convivenza stabile non matrimoniale, e tale vuoto normativo fa emergere con evidenza sempre maggiore l'esigenza di una tutela giuridica per le coppie di fatto a livello comune – poiché non mancano invece interventi normativi a livello regionale, possibili per la particolare configurazione territoriale dello Stato[114].

L'idea che le persone dello stesso sesso siano, nella sostanza, titolari di un diritto fondamentale a sposarsi solleva forti perplessità ed obiezioni nell'ambito del dibattito spagnolo[115]. La dizione lette-

---

[112] N. Pignatelli, *Coppie omosessuali: la Spagna va oltre le socialdemocrazie scandinave*, in *Quaderni Costituzionali*, 2005, 3, 655.

[113] R. Bercovitz, *La competencia para legislar sobre parejas de hecho*, in *Derecho Privado y Constitución*, 17, 2003, 67; F.R. Martínez, *Homosexualidad y Constitución*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 73, 2005, 146-147: "es dudosamente constitucional que se modifique el art. 44 del Código Civil en el sentido propuesto sin reformar previamente el art. 32.1 de la Constitución".

[114] B. Rodríguez Ruiz, *Recognizing the rights of unmarried cohabitants in Spain: why not treat them like married couples?*, in *Int'l J. Const. L.*, 669 (2004).

[115] F.R. Martínez, *Homosexualidad y Constitución*, cit., 146-154; L.I. Arechederra Aranzadi, *El matrimonio es heterosexual*, in *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 658, 24-2-2005, 7-11; F.J. Forcada Miranda, *Las últimas reformas legales en España sobre el derecho a contraer matrimonio y en materia de separación y divorcio: puntos de reflexión*, in *Aequalitas*, 17, 2005, 27-37; E. Valladares Rascón, *El derecho a contraer matrimonio y la Constitución*, in *Aranzadi civil*, 9, 2005, 29-38.

rale dell'art. 32(1) della Costituzione spagnola, che si riferisce a "el hombre y la mujer" come aventi diritto a contrarre matrimonio in piena uguaglianza giuridica, postulerebbe l'istituto matrimoniale come meramente eterosessuale e monogamico[116]. Tale interpretazione verrebbe confermata dal diritto europeo, nello specifico dall'art. 12 CEDU e dalla linea interpretativa assunta dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, ancora lontana dal riconoscimento di un diritto al matrimonio in capo alle coppie omosessuali – di contro all'apertura matrimoniale ammessa con riguardo alla condizione dei transessuali. Tuttavia, nelle intenzioni del Governo Zapatero e già nella mente del Costituente Gregorio Peces-Barba[117], ogni dubbio di legittimità costituzionale può essere facilmente superato mediante un'interpretazione evolutiva della Costituzione che, abbandonando il riferimento alla tradizione giudaico-cristiana, valorizzi il richiamo all'uomo e alla donna come *necessari contitolari* del diritto a sposarsi (*rectius* non più *l'uomo con la donna* bensì *sia l'uomo che la donna* indipendentemente dal sesso del coniuge)[118].

Più problematico appare, invece, il riconoscimento del diritto di adozione in capo alle coppie omosessuali, venendo questo ad inci-

---

116 F.R. Adrados, *Palabras como chicles*, in *ABC*, 24 de noviembre de 2004, La Tercera (su http://www.unav.es/civil/nosindebate/palabras%20como%20chicles.pdf), p. 1: "«Matrimonio» es flagrante. El Diccionario dice: «Unión de hombre y mujer concertada mediante determinados ritos o formalidades legales». Lo unico que pide es que sean hombre y mujer. Así desde el principio.Es un latinismo, derivado de mater «madre», entró en Castilla desde el siglo XIII. Pues ahora es la unión legal de dos gays. […] Esto es aceptado generalmente. No el nombre: no hay madre alguna. Podrían crear o adoptar otro. ¿Por qué, entonces, ese trágala arbitrario? Para que un grupo marginal se introduzca en la corriente general, tome un nombre ajeno. Busca integrarse, lograr así prestigio e igualdad. Se les regala, para ello, un cambio semántico".

117 Il professor Peces-Barba – discostandosi dall'avviso degli altri Padri della Costituzione spagnola (Miquel Roca, Gabriel Cisneros, José Pedro Pérez Llorca e Miguel Herrero de Miñón) – aveva ammesso la possibilità di legalizzare il matrimonio tra persone dello stesso sesso sulla base dell'art. 32 che stabilisce che "el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio", non "entre sí". Contrario, Herrero de Miñón: "no creo que se planteara la posibilidad, por remota que fuera, del matrimonio entre homosexuales. Y desde luego no hubo debate, porque, de haberlo habido, era un asunto tan llamativo entonces (1978) que me acordaría". Si v.: B. de la Cuadra, *Peces-Barba dice que los ponentes constitucionales abrieron la puerta a las bodas gays*, in *El País*, sábado 22 de enero de 2005, 28.

118 N. Pignatelli, *Coppie omosessuali: la Spagna*, cit., 657.

dere sulla storica esclusività della famiglia eterosessuale nella funzione sociale di generazione e cura dei figli, quale preciso scopo del matrimonio (cd. "*perspectiva ecológica*")[119]. La parola matrimonio, dal latino *matri munus*, evocherebbe nella sua etimologia l'idea di madre e maternità e "[d]esde tiempo inmemorial, el derecho matrimonial trata de garantizar que los nuevos ciudadanos nazcan en condiciones dignas y estén claras las responsabilidades para su cuidado, alimentación y educación. Encauza fuertes resortes naturales y con eso, protege el futuro de todos"[120]. In questa prospettiva, la soluzione spagnola, sorretta dall'esempio olandese e ora anche belga, nonché dai richiami del Parlamento europeo sulla necessità di considerare i diritti di genitorialità delle coppie omosessuali, ha potuto prendere facile forma in un ordinamento – come quello in parola – che già consentiva la possibilità di adottare in capo ai singoli (e che aveva permesso così a molti individui omosessuali di adottare minori e costituire una famiglia col proprio compagno)[121].

Quanto riportato fa dunque emergere come anche in Spagna l'argomento del riconoscimento del matrimonio omosessuale generi una forte divisione tra Stato laico ed integralismi, portando ad evidenziare l'opportunità che "quando siano in giuoco le opinioni morali degli individui, le scelte pubbliche si esprimano in norme giuridiche 'leggere', tali da lasciare, al massimo grado possibile, liberi tutti gli individui di orientare i propri comportamenti secondo le proprie opinioni morali, nei limiti fissati dalle regole costituzionali, consentendo così anche agli integralisti di poter rispettare le proprie opinioni nei loro propri comportamenti, senza però consentire loro di pretendere d'imporre le loro scelte a tutti"[122].

---

[119] C. Martínez de Aguirre Aldaz, *Matrimonio Homosexual ¿por qué no?*, ined., noviembre 2004, su http://www.unav.es/civil/nosindebate/mhmdaguirre.pdf; M. Blanco, *Ecología y matrimonio*, Universidad de Navarra, ined., su http://www.unav.es/civil/ nosindebate/mhecologia.doc.

[120] J.L. Lorda, *La ceremonia de la confusión matrimonial*, in *Diario de Navarra*, 10-5-2005 (http://www.unav.es/civil/nosindebate/lorda.pdf), p. 2.

[121] N. Pignatelli, *Coppie omosessuali: la Spagna*, cit., 658.

[122] V. Pocar, R. Dameno, *Morale/morali. Pluralismo etico, bioetica e discriminazioni sulla base dell'orientamento sessuale*, in *Sociologia del diritto*, 2004, 2, 179.

4. *La decostruzione sessuale tra protezione provinciale e principio federale: il Canada*

Fra i paesi attrezzati di appositi strumenti giuridici volti a combattere le discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale, il Canada – come si è visto – rappresenta con certezza un modello avanzato di protezione e tutela. La considerazione dell'orientamento sessuale come *analogous ground* ha significato, da *Egan* in avanti, l'assoggettamento di ogni distinzione normativa fondata su di esso (e a contenuto sostanzialmente discriminatorio) alla sez. 1 della Carta, in guisa che può ritenersi costituzionalmente compatibile solo quella differenziazione giustificabile nei termini di "limite ragionevole" nel contesto di una società libera e democratica. È pertanto compito della Corte Suprema e delle Corti inferiori valutare di volta in volta se una particolare distinzione discriminatoria fondata sul *sexual orientation*, lesiva della sez. 15(1) della Carta, possa essere giustificata ai sensi della sez. 1.

Il graduale allineamento dell'*ordinary law* ad un paradigma normativo neutro rispetto alle preferenze sessuali ha consentito il riconoscimento di diritti in precedenza negati, finanche ad incidere profondamente sui concetti costituzionali di famiglia e matrimonio e sull'idea di giustificatezza o ragionevolezza dei limiti apponibili ai diritti costituzionalmente garantiti. Nel riconoscere il matrimonio tra persone dello stesso sesso, il Canada ha ricalcato in un primo momento il modulo legale-contenzioso inaugurato in alcune giurisdizioni interne statunitensi[123], impegnando le corti di numerose Province sul livello territoriale. Giunto poi al livello federale, la questione del riconoscimento del *same-sex marriage* ha investito sia la Corte Suprema canadese sia il legislatore federale. Il Canada si è così parzialmente distaccato dalle prassi eminentemente politiche seguite in Olanda, Belgio e Spagna, e ha inaugurato un modulo misto, ad

---

[123] In merito mi sia per ora consentito rinviare a M. Montalti, *Same-sex marriage tra protezione statale e principio federale*, in *Quaderni costituzionali*, 2004, 1, 35-65; Id., *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso è un diritto fondamentale? Due recenti pronunce in Massachusetts dopo* Lawrence v Texas, in *Politica del Diritto*, 2004, 4, 171 ss.

un tempo politico e contenzioso, che sarà poi sperimentato, seppur con schemi cooperativi differenti, anche in Sudafrica.

4.1. *La "common law definition of marriage": sovrapposizione fra visioni sessuate, religiose ed essenzialiste*

Le Corti canadesi hanno inizialmente sostenuto l'impossibilità di estendere il matrimonio alle coppie omosessuali richiamandosi a due storici precedenti giurisprudenziali inglesi che definivano l'istituto in questione: *Hyde*[124] e *Corbett*[125]. In *Hyde*, un caso del 1866 sul matrimonio eterosessuale poligamico mormone, validamente contratto in Utah e non riconosciuto legalmente in Inghilterra, la Corte descrisse il matrimonio nei seguenti termini: "il matrimonio, si è giustamente detto, è qualcosa di più di un contratto, sia esso religioso o civile – è una istituzione. Crea diritti e obblighi reciproci, come fanno tutti i contratti, ma in più conferisce uno status. Il ruolo o lo status di 'marito' e 'moglie', che nella Cristianità è sempre stato riconosciuto: le leggi di tutte le nazioni Cristiane fanno dipendere da quello status una varietà di circostanze legali che possono ricorrere in capo alle parti, ed in base ad esso determinano specifici diritti in capo alla loro prole. Quale, dunque, è la natura di tale istituzione così come concepita nella Cristianità? I suoi dettagli possono variare da paese a paese, ma il punto è determinare che cosa (a parte le differenze minori che si hanno nei singoli Stati) identifichi in modo pervasivo il matrimonio costituendone una base universale. Si ritiene che il matrimonio, come inteso nella Cristianità, possa a tal fine essere definito come l'unione volontaria e perpetua tra un uomo e una donna, ad esclusione di ogni altro"[126].

In *Cobett*, poi – caso datato 1970 avente ad oggetto l'annullamento del matrimonio contratto da un uomo con un transessuale poi

---

[124] *Hyde v. Hyde and Woodmansee* (1866), L.R. 1 P. & D. 130 (Eng. High Court Probate, Divorce & Admiralty Div.)

[125] *Corbett v. Corbett (No. 2)*, [1970] 2 All E.R. 33 (Court of Divorce & Matrimonial Causes)

[126] *Hyde v. Hyde and Woodmansee*, cit., 133.

divenuto donna, a motivo dell'identico sesso iniziale dei membri della coppia – siffatta concezione di matrimonio, ad un tempo sessuata e religiosamente orientata, trova conferme ed ulteriori specificazioni: "il sesso è elemento essenziale della relazione chiamata matrimonio, perché è ed è sempre stato riconosciuto come l'unione di uomo e donna. È l'istituzione su cu si fonda la famiglia, in cui la capacità ad intraprendere il naturale rapporto sessuale eterosessuale è elemento essenziale. Ha certamente altre componenti, tra cui l'affetto e il supporto reciproco, ma le caratteristiche che lo distinguono rispetto alle altre relazioni presuppongono due persone di sesso opposto"[127]. Di qui, a cascata, la nullità dei matrimoni tra persone dello stesso sesso ottenuti grazie al travestimento di uno dei *partner*, o delle nozze tra persone di sesso opposto qualora uno dei coniugi si sottoponga dopo la celebrazione ad intervento chirurgico di rettifica del sesso[128].

La percezione sociale di ciò che costituisce il matrimonio può cambiare ed evolvere nel tempo, così come pure le norme che ne regolano l'accesso ed il funzionamento. Prima di *Loving* v. *Virginia*, citato anche in epigrafe, negli Stati Uniti era socialmente inconcepibile, perciò giuridicamente non ammesso, il matrimonio tra persone di razza diversa, e le prassi interpretative giustificavano suddetto divieto proponedo visioni al contempo religiose ed essenzialiste. Si asseriva che impedire a persone di razza diversa di contrarre matrimonio riflettesse la volontà di Dio – avendo Dio immaginato più razze dislocate, geograficamente parlando, in continenti diversi e separati –, e che quindi tale assetto giuridico rispettasse appieno la natura o essenza delle cose. Oggi le cose sono profondamente cambiate, negli Stati Uniti e altrove, ma visioni di stampo religioso-essenzialista sono parimenti diffuse rispetto ad altre forme di esclusione dall'istituto matrimoniale; il richiamo ad una sorta di "ordine naturale", precostituito e voluto dal Creatore, fonda tuttora molte giustificazioni giudiziali e politiche al mantenimento del monopolio matrimoniale eterosessuale.

---

[127] *Corbett v. Corbett*, cit., 48.

[128] *B. v. A.* (1990), 1 OR (3d) 569; 29 RFL (3d) 258 (Master); *L.C. v. C.C.* (1992), 10 OR (3d) 254 (Ge. Div.); *Canada v. Owen* (1993), 70 FTR 308; 110 DLR (4th) 339.

Esemplare al riguardo è la visione del matrimonio espressa dal giudice canadese La Forest in *Egan v. Canada*: "[i]l matrimonio è da tempo immemorabile fermamente insediato nella nostra tradizione giuridica, la quale è essa stessa il riflesso di consolidate tradizioni filosofiche e religiose. La sua *raison d'être* trascende però tutte queste, ed è saldamente ancorata alle realtà sociali e biologiche che vedono le coppie eterosessuali come le uniche in grado di procreare, e i bambini come il prodotto di queste relazioni siccome normalmente custoditi e cresciuti da chi instaura siffatto rapporto. In tal senso, il matrimonio è per natura eterosessuale. Sarebbe legalmente possibile definire il matrimonio in modo da consentirne l'accesso anche alle coppie omosessuali, ma ciò non modificherebbe le realtà biologiche e sociali che sottostanno al matrimonio tradizionale. La relazione coniugale ha speciali esigenze di cui Parlamento e legislatori oltre che gli usi e il diritto di creazione giudiziale hanno sempre tenuto conto. L'istituzione legale del matrimonio esiste sia per la protezione della relazione sia per definire gli obblighi da questo conseguenti. È in ragione di questa sua importanza che il matrimonio legale può giustamente essere inteso come fondamentale alla stabilità e al benessere della famiglia"[129].

La visione di La Forest è un chiaro esempio di ragionamento dominato, forse inconsapevolmente, dal paradigma sessista, il quale istituisce le relazioni primordiali che regolano le teorie o *realtà biologiche o sociali*. Ma il punto è anche un altro, perché dentro al suo ragionamento viziato dal paradigma sessista s'instilla un altro errore: quello di identificare il paradigma archetipico in quello proposto dalla tradizione familiare e matrimoniale cristiana, da sempre fondata sulla differenza sessuale, assunto, questo, quanto meno discutibile. John Boswell ha egregiamente dimostrato tramite testimonianze storiche autorevoli come il matrimonio tra persone dello stesso sesso fosse celebrato nella tradizione della Chiesa cattolica dagli inizi del V° secolo sino al XIII°[130]. E ciò dovrebbe bastare per indurre gli

---

[129] *Egan v. Canada* (1995) 2 S.C.R. 513, 124 DLR (4th) 609, 625.

[130] J. Boswell, *Christianity, Social Tolerance and Homosexuality. Gay People in Western Europe from the Beginning of the Christian Era to Fourteenth Century*, University of Chicago Press, Chicago-London, 1996.

interpreti a sospettare di alcune credenze sociali o a sottopore a discussione o vaglio critico le loro proprie convinzioni personali.

4.2. *Inferenze tautologiche e/o circolari ed esclusione delle "same-sex couples"*

La questione dell'eguale accesso al *civil marriage* delle coppie omosessuali è sorta nel 1974 con *North v. Matheson*[131], la prima decisione riportata sui *law reports* concernente la discriminazione dell'orientamento sessuale in materia non criminale. Trattasi di una causa anteriore all'emanazione della Carta, poggiante sul rifiuto amministrativo di registrare il *same-sex marriage* di due uomini in base al *Manitoba Marriage Act*[132]. A conferma di tale rifiuto, Philp J. cita *Hyde* e *Corbett* per ribadire la concezione di matrimonio come istituto limitato a persone di sesso opposto. Il giudice estensore non fonda tuttavia le sue conclusioni unicamente su *Hyde* e *Corbett*, e anzi afferma essere "di eguale importanza nel decidere la questione […] il fatto che il significato di matrimonio sia universalmente accettato dalla società nella stessa concezione"[133] delineata dai due precedenti.

Poiché la *same-sex sexual activity* era stata decriminalizzata solo 5 anni prima, non sorprende tanto il fatto che la richiesta di regi-

---

[131] *North v. Matheson*, [1974] 52 D.L.R. (3d) 280, 20 R.F.L. 112 (Man. Co. Ct.).

[132] *Marriage Act, R.S.M. 1970, chapter M-50*. Per ampie riflessioni sul *Canadian marriage law*, sull'esclusione dei *same-sex partners* dal matrimonio e sulla crescente contestazione di questo mancato riconoscimento, si segnalano: D.G. Casswell, *Lesbians, Gay Men and Canadian Law*, Edmond Montgomery Publications Ltd., Toronto, 1996, 225-245; Id., *Any Two Persons in Canada's Lotusland, British Columbia*, in R. Wintemute, M. Andenæs (eds.), *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships*, cit., 215-235; Id., *Moving Toward Same-Sex Marriage*, in 80 *Canadian Bar Review,* 810 (2001); K.A. Lahey, *Becoming "Persons" in Canadian Law: Genuine Equality or "Separate But Equal?"*, in R. Wintemute, M. Andenæs (eds.), *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships*, cit., 237-275; B. MacDougall, *The Celebration of Same-Sex Marriage*, in 32 *Ottawa Law Review,* 235 (2000-2001); R.D. Elliott, *The Canadian Earthquake: Same-Sex Marriage in Canada*, in 38(3) *New England Law Review,* 591 (2003-2004); M. Bailey, *Same-Sex Relationships Across Borders,* in 49 *McGill Law Journal,* 1005 (2004).

[133] *North v. Matheson*, cit., p. 285.

strazione del *same-sex marriage* avanzata in *Matheson* abbia fallito. Piuttosto sorprende la facilità di giudici esperti ed eruditi ad argomentare secondo schemi inferenziali acritici e di tipo circolare. Infatti, Philp J. conferma *Hyde* e *Corbett* perché nessun paese al mondo aveva mai posto in discussione la validità della natura sessuata ed eterosessuale del matrimonio, e in buona sostanza il suo ragionamento suona così: nessuno ha mai esteso il matrimonio alle coppie omosessuali, e allora per questo anche noi si continua a seguire il *run-of-the-mill trend*, senza preoccuparci di valutare la pregnanza e la ragionevolezza delle ragioni addotte in senso contrario.

Un secondo tentativo di riconoscimento del matrimonio omosessuale, avviato questa volta sotto l'egida della Carta, si conclude con insuccesso nel caso *Layland v. Ontario (Minister of Consumer and Commercial Relations)*[134]. Di fronte al rifiuto della concessione di una licenza matrimoniale, i reclamanti intraprendono un'azione contro il Governo dell'Ontario. La maggioranza dell'*Ontario Divisional Court* sostiene – citando fra i vari casi anche *Hyde*, *Corbett* e *Matheson* – che il *common law marriage* è limitato alle coppie di sesso opposto e che la limitazione posta in essere non viola la sez. 15(1) della Carta. In prima battuta Southey J., in un notevole esempio di ragionamento tautologico, stabilisce che "le unioni di persone dello stesso sesso non sono 'matrimonio' a causa della definizione stessa di matrimonio"[135]. Dunque stando a Southey J. il matrimonio deve essere eterosessuale perché ciò sta inscritto nella sua definizione, e siccome così definito nessuno può sostenere il contrario. Non solo. In rapporto alla sez. 15(1) della Carta aggiunge che "lo scopo principale del matrimonio non può, di base, essere perseguito in un'unione omosessuale a causa delle limitazioni biologiche di tale unione. È questa realtà a giustificare la limitazione del matrimonio alle persone di sesso opposto. È vero che alcune coppie coniugate sono incapaci a procreare, oppure che queste non vogliono procreare, e che l'incapacità e l'indisponibili-

---

[134] *Layland v. Ontario (Minister of Consumer and Commercial Relations)*, [1993] 14 O.R. (3d) 658, 104 D.L.R. (4th) 214 (Ont. Div. Ct.).

[135] *Ibidem*, p. 223. In risposta a *Layland* e sull'indagine incentrata sul concetto di matrimonio, si v.: A. Woolley, *Excluded by Definition: Same-Sex Couples and the Right to Marry*, in 45 *University of Toronto Law Journal*, 471 (1995).

tà alla procreazione non costituiscono né degli ostacoli al matrimonio né delle cause per ottenere il divorzio. Ma a parte queste circostanze di matrimonio senza prole, l'istituzione del matrimonio è intesa dallo Stato, dalle religioni e dalla società come mezzo finalizzato alla procreazione. La legge non vieta l'accesso al matrimonio agli omosessuali, a condizione che questo venga contratto tra persone di sesso opposto. Alcuni omosessuali si sposano. Il fatto che molti omosessuali scelgano di non sposarsi, perché non vogliono unioni con persone di sesso opposto, è il risultato di una loro propria preferenza, e non un'imposizione della legge"[136].

Affermare che la proibizione del matrimonio tra persone dello stesso sesso non ponga alcuna discriminazione avverso gay e lesbiche poiché questi sono liberi di contrarre matrimonio con una persona di sesso opposto è un non senso, perché è come richiedere a qualcuno, in forza di una prassi definitoria circolare, di contrarre matrimonio con una persona che probabilmente non avrebbe desiderato scegliere se l'ordinamento, a sostegno e riconoscimento dell'identità di molti gay e lesbiche, avesse concesso un ventaglio di opzioni più ampio. Condivisibile è dunque l'idea di Bruce Ryder, che ritiene sussistere una lesione dei diritti fondamentali delle minoranze sessuali tutte le volte una norma "abbia l'effetto di costringere all'abbandono, o di creare un'induzione all'abbandono, di espressioni del proprio orientamento sessuale"[137].

Alle asserzioni di Southey J. risponde il dissenziente giudice Greer, a parer del quale la *common law* non è statica, ma si adatta ai nuovi bisogni della società: "[c]ertamente l'idea […] che esista solamente una concezione sociale di matrimonio è viziata. Basti solo esaminare come le concezioni multiple di matrimonio siano diventate quasi la norma nella società nordamericana, come nella vita dei bambini assumano un ruolo sempre più importante le figure di patrigni e matrigne, come il divorzio sia ampiamente riconosciuto nella società, e come le relazioni disciplinate dalla *common law* siano sempre più spesso classificate come matrimonio anche in assen-

---

[136] *Ibidem*, pp. 222-223.

[137] B. Ryder, *Equality rights and sexual orientation: confronting heterosexual family privilege*, 9 *Can. J. Fam. L.,* 39 (1990), 81.

za del certificato matrimoniale, se in presenza della maggioranza dei benefici coniugali. Ci fu anche un tempo nella storia in cui le donne divenivano proprietà del loro marito. In quel caso la concezione di matrimonio divenne obsoleta e l'istituzione del matrimonio dovette adeguarsi a tali cambiamenti […] La *common law* e il diritto di provenienza legislativa devono entrambi cambiare al fine di incontrare le esigenze mutevoli della società"[138]. Sul versante della supposta violazione della sez. 15(1) della carta, poi, Greer J. sottolinea che "le prassi applicative della Carta mostrano come i giudici abbiano considerato 'la scelta' nei termini di beneficio di legge. In questo caso ai ricorrenti si è negato il diritto di scegliere chi desiderano sposare. Il diritto di scegliere è un diritto fondamentale e deve applicarsi al contesto del matrimonio nella nostra società. È un'idea basilare della nostra società che lo Stato debba rispettare le scelte compiute dagli individui e che lo Stato debba evitare di subordinare il riconoscimento di queste scelte ad una particolare concezione"[139]. Infine Greer afferma la non giustificabilità della distinzione ai sensi della sez. 1 della Carta, poiché non sussiste un legame ragionevole tra esigenza di sostegno alle famiglie eterosessuali ed il diniego agli omosessuali del diritto costituzionale al matrimonio, visto che "gli eterosessuali non risulterebbero lesi o comunque limitati dall'estensione del diritto al matrimonio a gay e lesbiche"[140].

4.3. *Sviluppi giurisprudenziali e legislativi nella definizione di matrimonio*

Il cammino verso lo sviluppo, in direzione universalizzante, della definizione di matrimonio è sembrato meno difficile dopo l'opinione dissenziente di Greer J. in *Layland*, non foss'altro perché questa rivela come concezioni sessuate e/o biologiche e/o essenzialiste possano conservare validità giuridica esclusiva solo tramite ra-

---

[138] *Layland v. Ontario (Minister of Consumer and Commercial Relations)*, cit., pp. 236-237.

[139] *Ibidem*, p. 229.

[140] *Ibidem*, p. 233.

gionamenti di tipo circolare o affermazioni tautologiche, contrarie allo spirito della Carta. Agli inizi del 2000 numerose giurisdizioni interne hanno così provveduto a sviluppare la definizione tradizionale di matrimonio in linea con i precetti costituzionali, e ad estendere tale istituto anche alle coppie composte da membri dello stesso sesso. Le Corti provinciali hanno in gran parte raggiunto tal esito seguendo percorsi argomentativi analoghi, affermando dapprima l'incostituzionalità del *marriage of common law* rispetto all'*equality clause* (sez. 15(1) della Carta), e rigettando successivamente la tesi che, sotto vari profili, vedeva l'esclusione dei *same-sex partners* dal *benefit* matrimoniale come ragionevole limitazione di un diritto fondamentale (sez. 1. della Carta). Hanno deciso di estendere il matrimonio alle coppie omosessuali le corti di British-Columbia[141], Quebec[142], Ontario[143], Yukon[144], Saskatchewan[145], Manitoba[146], Nova Scotia[147], Newfoundland e Labrador[148], New Brunswick[149], mentre in Alberta, Nunavut e Prince Edward Island il vincolo coniugale ha mantenuto il suo carattere esclusivamente eterosessuale sino all'intervento degli organi federali.

Fra le pronunce provinciali, quelle delle corti di British-Columbia, Ontario e Quebec meritano di essere approfondite, perché segnano la rottura nei confronti del passato discriminatorio e l'inizio di una prassi applicativa rispettosa del diritto fondamentale al ma-

---

141 *EGALE Canada Inc.* v. *Canada (Attorney General)*, [2003] 225 D.L.R. (4th) 472 (B.C. Ct. App.).

142 *Hendricks v. Québec (Pocureur Général)*, [2002] R.J.Q. 2506 (Que. Sup. Ct).

143 *Halpern v Canada (Attorney General)* [2003] 225 D.L.R. (4th) 529 (Ont. Ct. App.).

144 *Dunbar & Edge v Yukon (Government of) & Canada (A.G.)* 2004 YKSC 54 (*Supreme Court*, 14 July 2004).

145 *N. W. v Canada (Attorney General)* 2004 SKQB 434 (*Court of Queen's Bench*, 5 November 2004).

146 *Vogel v Canada (Attorney General)* [2004] M.J. No. 418 (QL) (*Court of Queen's Bench*, 16 September 2004).

147 *Boutilier v Nova Scotia (Attorney General)* [2004] N. S.J. No. 357 (QL) (*Supreme Court*, 24 September 2004).

148 *Pottle et al. v. Attorney General of Canada et. al.*, 2004 01T 3964, 21 dicembre 2004 (Supreme Court Nfld. And Lab. (T.D.)).

149 *Harrison v. Canada (Attorney General)*, [2005] N. B.J. No. 257 (Q.L.) (*Court of Qeen's Bench*, 23 june 2005).

trimonio, che in breve tempo si diffonderà a macchia d'olio in tutto il territorio canadese. La pluralità delle pronunce su una medesima questione, la circolazione orizzontale delle opinioni da giurisdizione a giurisdizione, la comparazione critica delle visioni e delle soluzioni provinciali hanno, tutte assieme, contribuito significativamente all'elaborazione di una concezione di matrimonio (più) universale adeguata alle eterogenee e mutevoli realtà sociali: "nella nostra società ci sono" – nota Clendening J. nel *same-sex marriage case* del New Brunswick, rifacendosi alla pregeressa giurisprudenza provinciale – "visioni divergenti e profondamente radicate circa l'essenza e il significato del matrimonio. Da subito occorre rammentare che su questa questione, così sentita e dai pareri contrastanti, nessuna di queste concezioni dovrebbe essere svalutata o trattata con minore rispetto. È bene che ci sia un dibattito pubblico sul punto, e che questo continui nei mesi avanti che vedono il Parlamento impegnato assiduamente su questo fronte"[150].

4.3.1. *EGALE (British-Columbia), Halpern (Ontario) e Hendricks (Quebec)*

Il 2 ottobre 2001 si decide a Vancouver il caso *EGALE Canada Inc. v. Canada (Attorney General)*[151], a conclusione del quale il giudice Pitfield della Corte Suprema della British-Columbia afferma che l'esclusione dei partner dello stesso sesso dal matrimonio civile costi-

---

[150] *Ibidem*, § 7.

[151] *EGALE Canada Inc. v. Canada (Attorney General),* [2001] 95 B.C.L.R. (3d) 122, 88 C.R.R. (2d) 322, B.C.S.C. 1365 (B.C. Sup. Ct.). Per un commento, si v.: J.C. Lloyd, *Defining Marriage, Step One:* EGALE *v.* Canada, in 39(4) *Alberta Law Review*, 963 (April 2002); S. Loosemore, EGALE *v.* Canada: *The Case for Same-Sex Marriage*, in 60(1) *University of Toronto Faculty Law Review,* 43 (Winter 2002); D. Elliott, *Conservative Judicial Activism Comes to Canada:* EGALE *v.* Canada, *A Case Comment*, in 36 *University of British Columbia Law Review* 24 (2003); M.D. Walters, *Incorporating Common Law Into the Constitution of Canada:* EGALE v. Canada *and the Status of Marriage*, in 41(1) *Osgoode Hall Law Journal* 75 (Spring 2003); A. van Kralingen, *The Dialogic Saga of Same-Sex Marriage:* EGALE, Halpern, *and The Relationship Between Suspended Declarations and Productive Political Discourse About Rights*, in 62(2) *University of Toronto Faculty Law Review,* 149 (Spring 2004).

tuisce una discriminazione in base all'orientamento sessuale contraria alla sez. 15(1) della Carta[152], ma pur sempre giustificabile ai sensi della sez. 1, poiché "a parte il desiderio di un pubblico riconoscimento e di un'accettazione delle relazioni gay e lesbiche, non vi è nulla che possa costringere ad equiparare una *same-sex relationship* con una *opposite-sex relationship* laddove la realtà biologica è tale che le due relazioni non potrebbero mai essere la stessa cosa"[153].

Il 12 luglio 2002, a Toronto, in *Halpern v. Canada (Attorney General)*[154] tre giudici della Corte Superiore di Giustizia dell'Ontario – Smith, Blair e LaForme – sostengono all'unanimità che l'esclusione dei *same-sex partners* dal *civil marriage* costituisce una discriminazione diretta in base all'orientamento sessuale, contraria alla sez. 15(1) della Carta e non giustificabile ai sensi della sez. 1. Il giudice LaForme critica il punto di vista espresso da Pitfield J. in *EGALE* – secondo cui lo scopo del matrimonio risiede nella procreazione – osservando come le corti canadesi abbiano sostenuto la validità del matrimonio e la sua inviolabilità anche nei casi in cui la moglie rifiuti di avere rapporti sessuali o sia sterile o insista nell'uso di metodi contraccettivi, oppure il marito non possa consumare il matrimonio perché affetto da impotenza a causa dell'età avanzata[155]. Nell'analisi della proporzionalità tra obiettivo – promuovere la procreazione non assistita – e misura intrapresa – esclusione delle coppie omosessuali dal matrimonio –, richiesta dalla sez. 1 della Carta, egli finisce per concludere che "la

---

[152] *Ibidem*, §164: "[s]ame-sex couples do not have the choice available to opposite-sex couples because their sexual orientation does not conform to that required for marriage"; §165: "[o]pposite-sex couples who marry acquire immediate social approbation and legal rights and obligations as between each other and as between them and society as a whole. Same-sex couples are denied that option and, in my opinion, they are denied equal benefit of the law within the meaning of s. 15(1)".

[153] *Ibidem*, § 210.

[154] *Halpern v. Canada (Attorney General)*, [2002] 215 D.L.R. (4th) 223, 60 O.R. (3d) 321 (Ont. Sup. Ct. Justice (Div. Ct.)). Per un commento, si v.: F.C. DeCoste, *The "Halpern" Transformation: Same Sex Marriage, Civil Society, and the Limits of Liberal Law*, in 41(2) *Alberta Law Review,* 619 (September 2003); J.C. Lloyd, *Case Comment: "Halpern v. Canada" (A.G.)*, in 41(2) *Alberta Law Review*, 643 (September 2003).

[155] *Ibidem*, §§ 239-240: "[i]n those cases, Canadian courts have consistently ruled that the marriage is understood to be for the purpose of "companionship" and is therefore valid, and not voidable".

restrizione contraria al matrimonio tra persone dello stesso sesso non supera il test di razionalità per due ragioni: è eccessivamente ampia nella parte in cui consente il matrimonio eterosessuale non procreativo; è troppo ristretta perché nega il diritto al matrimonio ai genitori o ai futuri genitori dello stesso sesso"[156] – offendendo così la dignità di gay e lesbiche mediante la diffusione del messaggio che "costoro sono immeritevoli del matrimonio"[157]. Raggiunto l'accordo sull'incostituzionalità della discriminazione, i tre giudici propongono soluzioni diverse sul rimedio da adottare in concreto, ma alla fine prevale la volontà di LaForme e Blair: la coppia del caso *de quo* otterrà la concessione della licenza matrimoniale se, entro 24 mesi dalla pronuncia della Corte, il legislatore provinciale non provvederà a rettificare la norma di *common law* che definisce il matrimonio come "lawful and voluntary union of one man and one woman to the exclusion of all other" nei termini di "union of two persons".

Il 6 settembre 2002, a Montréal, si discute *Hendricks c. Québec (Pocureur Général)*[158]. Il giudice Lemelin della Corte Suprema del Québec (Distretto di Montréal) conclude il caso rifacendosi alla decisione presa dai tre giudici dell'Ontario in *Halpern*: l'esclusione dei *partner* dello stesso sesso dal matrimonio civile dà luogo ad una discriminazione diretta in base all'orientamento sessuale, contraria alla sez. 15(1) della Carta[159] e non giustificata ai sensi della sez. 1[160]. Nel valutare l'avvenuta discriminazione, Lamelin rigetta l'argomentazione che vede nella legislazione del Québec sulle *civil unions* e in quella federale del *Bill C-23*, *Modernization of Benefits and Obligations Act*, sufficienti strumenti per la tutela della posizione dei *same-sex partners*. Pur tenendo conto dell'effettivo miglioramento apportato alla condizione delle coppie omosessuali da tali leggi – che "corrigent certaines iniquités et confirment une acceptation sociale d'une nouvelle réalité"[161] –, l'Hon. Mme Lemelin osserva che la possibilità offerta ai signori Hendricks e LeBoeuf di ricorrere all'unio-

---

156 *Ibidem*, § 250.
157 *Ibidem*, § 261.
158 *Hendricks c. Québec (Pocureur Général)*, cit.
159 *Ibidem*, § 155.
160 *Ibidem*, §162.
161 *Ibidem*, § 133.

ne di fatto anziché all'importante istituzione del matrimonio "può essere recepita come un segnale negativo. Questa differenza di trattamento aggiuntiva contribuisce a perpetuare la loro condizione minoritaria"[162] – dal momento che "per i ricorrenti, il matrimonio è il pieno e intero riconoscimento del più profondo impegno che due coniugi possono prendere l'uno verso l'altro. Il matrimonio conferisce uno *status* sociale"[163]. Pur nella necessità di salvaguardare e rispettare i valori storici sociali legati al tradizionale modo di intendere il matrimonio, il giudice passa in rassegna l'evoluzione subita dalla cellula famigliare[164], giungendo alla conclusione che il matrimonio non è più definito in rapporto ai figli che nascono dall'unione, ma "è una relazione esclusiva, intima e duratura di due persone che s'impegnano alla vita in comune e al sostegno reciproco"[165]. Di qui la dichiarazione dell'inoperatività (sospesa per un periodo di 24 mesi) dell'art. 5 della *Loi d'harmonisation no. 1 du droit fédéral avec le droit civil*, dell'art. 1(1) della *Loi sur la modernisation de certains régimes d'avantages et d'obligations* e dell'art. 365(2) del codice civile – nella parte in cui stabiliva che il matrimonio poteva essere celebrato solo tra un uomo e una donna.

In accoglimento del duplice appello avanzato nei confonti di *EGALE*, la Corte d'Appello della British-Columbia, il 1° maggio 2003[166], ribalta la decisione di Pitfield J. ed ordina il rilascio delle licenze di matrimonio civile alle coppie dello stesso sesso, dopo un periodo di sospensione di due anni necessario per l'adeguamento legislativo. Nel ragionamento principale, Prowse J.A. sposa l'argomentazione di LaForme in *Halpern*, sostenendo che l'obiettivo di promuovere la procreazione non assistita era urgente e sostanziale ma sproporzionato alla misura adottata – esclusione delle *same-sex couples* dal *civil marriage*. In particolare, Prowse dissente col punto di vista di Pitfield, in base al quale "permettere il matrimonio tra persone dello stesso sesso [avrebbe potuto] rappresentare una mi-

---

162 *Ibidem*, § 141.
163 *Ibidem*, § 152.
164 *Ibidem*, §§ 147-148.
165 *Ibidem*, § 149.
166 *EGALE Canada Inc.* v. *Canada (Attorney General)*, [2003] 225 D.L.R. (4th) 472 (B.C. Ct. App.).

naccia significativa all'istituzione del matrimonio", e concorda con i commenti resi da Cory e Iacobucci nel contesto non matrimoniale di *Egan*, divenendo così difficile comprendere "come riconoscere a coppie dello stesso sesso i benefici garantiti alle coppie di sesso opposto possa in qualche modo inibire, dissuadere o impedire la formazione di unioni eterosessuali"[167]. A rimedio dell'ingiustificata violazione della sez. 15(1) della Carta, Prowse segue la soluzione di LaForme in *Halpern* – la ridefinizione del matrimonio nel senso di includere le coppie dello stesso sesso – riconoscendo questo rimedio come "l'unica via verso la vera eguaglianza"[168]. Quindi si prevede un periodo di sospensione che doveva servire al Parlamento non per considerare proposte alternative – come le *registered domestic partnerships* o le *civil unions* –, ma "unicamente per dare ai governi provinciali e federale il tempo di adeguare la legislazione alla decisione giudiziale"[169]. Poiché né il Procuratore Generale della British-Columbia né quello del Canada propongono appello avverso questa decisione, l'8 luglio 2003 la Corte d'Appello interrompe la sospensione decretata, comportando il via libera alla celebrazione di *same-sex marriage* nella suddetta provincia.

A fronte dell'appello incrociato presentato avverso *Halpern* dalle coppie omosessuali e dalla *Metropolitan Community Church of Toronto* (MCCT), il 10 giugno 2003[170], McMurtry C.J.O., MacPherson e Gillese JJ.A – respingendo l'argomentazione del Governo federale secondo cui "il matrimonio, come istituzione, non produce una distinzione tra coppie di sesso identico ed opposto. La parola 'matrimonio' descrive un legame specificamente eterosessuale che da sempre costituisce, di fatto, una norma comune universale di epoche, culture e religioni differenti"[171]– confermano che, poiché l'esclusione delle coppie dello stesso sesso dall'istituzione fondamentale della società canadese ingenera il messaggio che queste siano meno degne di protezione, vi è violazione della sez. 15(1) della Carta[172] non giu-

---

[167] *Ibidem*, § 127.
[168] *Ibidem*, § 156.
[169] *Ibidem*, § 161.
[170] *Halpern v. Canada (Attorney General)* [2003], cit.
[171] *Ibidem*, § 66.
[172] *Ibidem*, § 108.

stificabile ai sensi della sez. 1[173]. I tre giudici – in conformità a LaForme J. in *Halpern* (Sup. Ct.) e alla Corte d'Appello della British-Columbia in *EGALE* – ritengono che l'unico rimedio possibile sia l'invalidazione della *common law definition of marriage* e la sua sostituzione con "the voluntary union for life of two persons to the exclusion of all others"[174], ma a differenza dei colleghi sono gli unici ad ordinarne l'attuazione immediata, unitamente alla concessione delle licenze matrimoniali da parte dell'ufficiale della Città di Toronto[175]. Il 9 ottobre 2003 la Suprema Corte respinge, senza fornire motivazioni, i tentativi di appello di due intervenuti in *Halpern* (*Association for Marriage and the Family in Ontario* e *Interfaith Coalition on Marriage and Family*), lasciando aperta la strada alla coraggiosa celebrazione dei *same-sex marriages* nell'Ontario[176].

In seguito, a fronte dell'appello presentato dalla Lega cattolica per i diritti dell'uomo, la Corte d'Appello del Québec, il 19 marzo 2004, si pronuncia per la sua irricevibilità in *Ligue catholique pour les droits de l'homme c. Hendricks*[177], mentre accoglie in parte l'appello incidentale di Michael Hendricks e René LeBoeuf, ordinando l'immediata sospensione dei termini di decorso del rimedio ed autorizzando il loro matrimonio, previ i necessari adempimenti (celebrazione dopo 20 giorni dalla pubblicazione dell'avviso, richiesta dall'art. 368 del codice civile, ed assenza di valida opposizione)[178]. In seguito a tale pronuncia, il Ministro della Giustizia Marc Bellemare dirama un comunicato stampa, annunciando che da quel momento in poi le *same-sex couples* potevano sposarsi in Québec e che i palazzi di giustizia erano pronti a rispondere alle richieste di celebrazione del matrimonio[179].

---

[173] *Ibidem*, § 142.

[174] *Ibidem*, § 156 (2).

[175] *Ibidem*, § 156 (3).

[176] *Halpern v. Canada (Attorney General)*, [2003] S.C.C.A. N. 337.

[177] *Ligue catholique pour les droits de l'homme c. Hendricks*, [2004] J.Q. No. 2593 (Q.L.) (Que. C.A., 19 mars 2004), § 51.

[178] *Ibidem*, §§ 54-56.

[179] Cabinet du ministre de la Justice et Procureur général, *Mariages entre conjoints de même sexe autorisés au Québec*, Communiqué c2114, Québec, 19 mars 2004.

4.3.2. *Il dibattito politico*

Il progressivo riconoscimento dei diritti all'eguaglianza e al rispetto delle coppie omosessuali, appena osservato, è avvenuto anche a livello legislativo, investendo anche province come Ontario[180], Québec[181], Nova Scotia[182], British-Columbia[183], e dunque interessando in egual maniera tribunali, arene politiche e media canadesi. Di norma gli *amended laws* hanno accordato ai *partners* dello stesso sesso non

---

[180] *Bill 5, Amendments Because of the Supreme Court of Canada Decision in M. v. H., S.O. 1999, chapter 6/Loi de 1999 modifiant des lois en raison de la décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt M. c. H*, November 1999, che ha emendato numerosi *provincial statutes* senza sopprimere la definizione di "spouse" ma creando una "separate but equal category of same-sex partner" e distinguendo tra "heterosexual families" e "same-sex households"; *Bill 171, Spousal Relationships Statute Law Amendment Act, S.O. 2005, chapter 5/ Loi de 2005 modifiant des lois en ce qui concerne les unions conjugales*, 9 march 2005, presentato dal Governo del Premier Dalton McGuinty e volto a modificare 73 *provincial laws* cambiando la definizione di matrimonio nel senso di ricomprendere i partners omosessuali.

[181] *Bill 32, An Act to amend various legislative provisions concerning de facto spouses, S.Q. 1999, chapter 14/Loi modifiant diverses dispositions legislatives concernant les conjoints de fait* (16 June 1999), che ha previsto la modifica di 39 leggi e regolamenti al fine di garantire un eguale trattamento alle coppie dello stesso sesso rispetto a quelle di sesso opposto; *Bill 59, An Act to amend the Civil code as regards marriage, S.Q. 2004, chapter 23/Loi modifiant le Code civil relativement au mariage* (10 November 2004), che ha previsto la trasformazione dell'unione civile in matrimonio.

[182] *Bill No. 75, Law Reform (2000) Act, S.N. S. 2000, chapter 29* (30 November 2000), che ha introdotto le categorie dei "common-law partners" e "domestic partners".

[183] *Bill 31, Family Relations Amendment Act, 1997, S.B.C. 1997, chapter 20* (22 July 1997), che ha riformato la definizione di "spouse" nel senso di ricomprendervi "a person who lived with another person in a marriage-like relationship […] and, for the purposes of this Act, the marriage-like relationship may be between persons of the same gender"; *Bill 100, Definition of Spouse Amendment Act, 1999, S.B.C. 1999, chapter 29* (14 July 1999), in cui si è ricompreso nel concetto di "spouse" quello di "common law spouse" (ossia "a person who has lived and cohabited with another person, for a period of at least 2 years immediately before the other person's death, in a marriage-like relationship, including a marriage-like relationship between persons of the same gender"); *Bill 21, Definition of Spouse Amendment Act, 2000, S.B.C. 2000, chapter 24* (5 July 2000), ai sensi del quale per "spouse" doveva ritenersi anche "a person who is living and cohabiting with another person in a marriage-like relationship, including a marriage-like relationship between persons of the same gender".

sposati un trattamento eguale a quello inizialmente riservato solo agli "spouses", ai "common-law partners", o agli "adult interdependent partners" (come in Alberta[184]). Al riguardo, sono assai significative le modifiche legislative approvate in Québec, le quali ben s'iscrivono in quella tradizione di accettazione delle diverse culture e modi di vita dei suoi abitanti e in quella visione progressista del suo governo che, a partire dal 1977, avevano determinato l'introduzione nella *Charte des droits et libertés de la personne* di un divieto espresso di discriminazione in base all'orientamento sessuale[185].

Il 25 aprile 2002 il governo del Québec ha depositato all'Assemblea nazionale il *Bill 84* sulle unioni civili, divenuto legge il 7 giugno 2002[186]. Non avendo in precedenza, le coppie dello stesso sesso, alcuna parte nel quadro dell'istituto dell'unione di fatto, la presente legge ha inteso creare un nuovo regime – quello dell'unione civile – come alternativa al matrimonio, di carattere pubblico e comportante essenzialmente gli stessi diritti ed obbligazioni derivanti da quest'ultimo. Con l'introduzione dell'*union civile*, la *loi québécoise* ha riconosciuto l'esistenza di tre diversi legami familiari: il matrimonio – riservato alle coppie di sesso opposto –, l'unione civile, e l'unione di fatto – entrambe accessibili alle coppie omosessuali. Per quanto forma e conseguenze giuridiche analoghe avvicinassero l'istituto dell'*union civile* a quello del *mariage*, permanevano differenze attinenti all'età di accesso (18 anni contro i 16 richiesti per sposarsi), al sesso dei congiunti e al processo di scioglimento del legame (l'unione civile si dissolve in seguito al decesso di uno dei congiunti, ad una decisione del tribunale, alla dichiarazione comune dei con-

---

184 *Bill 29, Adult Interdependent Relationships Act*, S.A. 2002, chapter A-4.5 (14 May 2002).

185 *Charte des droits et libertés de la personne*, cit., chapitre I.1, art. 10 : "[t]oute personne a droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne, sans distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, la grossesse, l'orientation sexuelle, l'état civil, l'âge sauf dans la mesure prévue par la loi, la religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique ou nationale, la condition sociale, le handicap ou l'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap. Il y a discrimination lorsqu'une telle distinction, exclusion ou préférence a pour effet de détruire ou de compromettre ce droit".

186 *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*, (*Projet de loi n. 84, 2002, chapitre 6)*, entrata in vigore il 24 giugno 2002.

giunti resa davanti ad un notaio e alla contrazione del matrimonio). Tale legge modificava inoltre il codice civile, aggiungendo nuove regole in materia di procreazione assistita[187] ed adozione da parte dei genitori omosessuali[188].

La vicenda del Québec è poi proseguita – forte dell'eredità del messaggio di autorizzazione al matrimonio omosessuale lasciato dalla Corte d'Appello in *Ligue catholique pour les droits de l'homme c. Hendricks* – il 16 giugno 2004, con la presentazione del *Bill 59*, volto a modificare il codice civile in materia di matrimonio. Si è così giunti alla promulgazione della legge 4 novembre 2004[189], per effetto della quale in Québec il celebrante è autorizzato a procedere al matrimonio dei già uniti civilmente, con conseguente trasformazione degli effetti civili derivanti dall'unione anteriore in effetti matrimoniali, a partire dalla data della prima celebrazione.

Il processo di riforma ha interessato anche il livello centrale, e inizialmente si è tradotto nella presentazione, da parte del Parlamento canadese, della Legge sulla modernizzazione di alcuni regimi di vantaggi e obbligazioni[190], la quale ha emendato 68 leggi federali al

---

[187] Nella legge *de quo* (*chapitre premier.1 de la filiation des enfants nés d'une procréation assistée*) si prevedeva che se il bambino nasceva in una coppia composta da 2 donne – la correlata ipotesi maschile veniva esclusa per il fatto che era la donna ad essere coinvolta nella procreazione o nell'avanzamento della gestazione per conto altrui – che vivevano in unione civile o di fatto, il legame di filiazione veniva stabilito nei confronti di entrambe, considerate madri del bambino. Se la coppia era unita civilmente, la compagna della partoriente si presumeva essere l'altro genitore e poteva effettuare la relativa dichiarazione al direttore dello stato civile. Tale filiazione conferiva gli stessi diritti ed obbligazioni di quella di sangue ed attribuiva alla consorte della madre del bambino le stesse prerogative che sarebbero spettate al padre.

[188] Qualora i genitori adottivi fossero persone dello stesso sesso, venivano designati nel registro dello stato civile come i padri o le madri del bambino. Nel caso in cui la legge attribuiva a ciascun genitore diritti e obbligazioni diverse, chi aveva un legame biologico col bambino si vedeva accordare quelli del padre – se si trattava di coppia composta da uomini – o della madre – in caso di coppia di donne. Il consorte dell'adottante aveva gli stessi diritti ed obbligazioni dell'altro genitore. Se nessun genitore aveva un legame biologico con l'adottato, spettava al giudice regolarne diritti e doveri.

[189] *Loi modifiant le Code civil relativement au mariage*, (*Projet de loi n. 59, 2004, chapitre 23)* entrata in vigore il 10 novembre 2004.

[190] *Bill C-23, Modernization of Benefits and Obligations Act, S.C.2000, chapter 12/Loi visant à moderniser le régime d'avantages et d'obligations dans les Lois du Canada, L.C.2000, chapitre 12 (Projet de loi C-23)*, 23 juin 2000. Tale legge ha

fine di permettere alle coppie omosessuali di beneficiare degli stessi diritti e prerogative sociali già attribuite alle coppie eterosessuali non sposate – finendo così per estendere, ad esempio, agli *unmarried same-sex partners* lo specifico *benefit* che a John Nesbit fu negato in *Egan*[191]. È tuttavia nel giugno 2003 che il Governo federale procede alla redazione del *Proposal for an Act respecting certain aspects of legal capacity for marriage for civil purposes*, nell'intento di dettare una disciplina legislativa conforme alle diverse opinioni giudiziali rese in ambito provinciale, ovvero alle raccomandazioni della *Law Commission of Canada*[192] e della *Canadian Human Rights Commission*[193]. Il 17 luglio 2003 tale progetto è trasmesso alla Corte Suprema attraverso il *reference process*[194].

---

introdotto all'art. 3 la nozione di "congiunto di fatto" (*conjoint de fait, common-law partner*) – definito come "la personne qui vit avec la personne en cause dans une relation conjugale depuis au moins un an" –, affiancandola a quella tradizionale di "congiunto" – limitata alle persone sposate. Ora, come il matrimonio si intendeva unicamente riservato alle coppie eterosessuali (art. 1.1 *Règle d'interprétation*: "[i]l demeure entendu que les modifications que la présente loi apporte ne changent pas le sens du terme *mariage*, soit l'union légitime d'un homme et d'une femme à l'exclusion de toute autre personne"), così sembrava che la legge federale in questione volesse mantenere, nei confronti di queste, certe prerogative – riservando solo ad esse il potere di scelta di accedere allo *status* di "congiunto".

[191] Al tempo del *third and final reading* in Senato, avvenuta il 14 giugno 2000, James Egan aveva 78 anni e John Nesbit 72, per cui essi non poterono più beneficiare – per superamento dell'età richiesta per l'avanzamento della domanda – della "spouse's allowance", ma ebbero modo di vedere il diritto cambiare.

[192] Law Commission of Canada, *Beyond Conjugality: Recognizing and Supporting Close Personal Adult Relationships*, Ottawa: Minister of Public Works and Government Services, 2001, recommendation 33: "Parliament and provincial/territorial legislatures should move toward removing from their laws the restrictions on marriages between persons of the same sex".

[193] Canadian Human Rights Commission, *Submission of the CHRC to the Standing Committee on Justice and Human Rights study on marriage and the legal recognition of same-sex unions* (in http://www.chrc-ccdp. ca/legislation_ policies/ submission_ marriage-en. asp).

[194] La *Reference* è la procedura con cui il Governo canadese deferisce importanti questioni di fatto o di diritto alla Suprema Corte e ne domanda il parere; si v. T. Groppi, *La Corte suprema del Canada come giudice dei diritti*, in G. Rolla (a cura di), *Lo sviluppo dei diritti fondamentali in Canada fra universalità e diversità culturale*, Giuffré, Milano, 2000, 63 ss.

4.3.3. *Reference re Same-sex marriage*

In Canada il rapporto fra eguaglianza/dignità e libertà religiosa ha assunto contorni delicati rispetto all'esclusione delle *same-sex couples* dall'istituto matrimoniale, giacché si è più volte sostenuto che tale discriminazione basata sull'orientamento sessuale – *i.e.* lesiva della sez. 15(1) della Carta – potesse essere giustificata in quanto in potenziale conflitto con la "freedom of conscience and religion" garantita dalla sez. 2(a) della Carta. L'esigenza di informare il diritto matrimoniale agli imperativi di eguaglianza e dignità umana, da un lato, e la necessità di salvaguardare la libertà religiosa, dall'altro, emergono chiaramente anche dal *Proposal for an Act respecting certain aspects of legal capacity for marriage for civil purposes*. Questo infatti stabiliva (sez. 1) che "matrimonio, ai fini civili, [fosse] l'unione legittima di due persone ad esclusione di ogni altra"[195], anziché l'"unione tra un uomo e una donna", e specificava (sez. 2) che l'*Act* non avrebbe limitato "la libertà dei ministri di culto di rifiutarsi di celebrare matrimoni in disaccordo con loro credenze religiose"[196].

Su questi e altri aspetti correlati sollevati dal *Proposal*, il Govero canadese, in virtù dell'art. 53(1)(d) del *Supreme Court Act*[197], interroga la Corte Suprema. In particolare, si chiede di chiarire: (1) se il *Proposed Act* rientri nella competenza esclusiva del Parlamento canadese, (2) se la sez. 1 del progetto, accordante alle persone dello stesso sesso la capacità di sposarsi, sia conforme alla *Canadian Charter*, e (3) se la libertà di religione garantita dalla sez. 2(a) della Carta protegga le autorità religiose dall'essere costrette a sposa-

---

[195] *Proposal for an Act respecting certain aspects of legal capacity for marriage for civil purposes*, cit., section 1: "Marriage, for civil purposes, is the lawful union of two persons to the exclusion of all others".

[196] *Proposal for an Act respecting certain aspects of legal capacity for marriage for civil purposes*, cit., section 2: "[n]othing in this Act affects the freedom of officials of religious groups to refuse to perform marriages that are not in accordance with their religious beliefs".

[197] *Supreme Court Act, R.S.C. 1985*, c. S-26, section 53 "(1) [t]he Governor in Council may refer to the Court for hearing and consideration important questions of law or fact concerning […] (d) the powers of the Parliament of Canada, or of the legislatures of the provinces, or of the respective governments thereof, whether or not the particular power in question has been or is proposed to be exercised".

re due persone dello stesso sesso contrariamente alle loro dottrine. Il 28 gennaio 2004, il Ministro della Giustizia Irwin Cotler, sottolineando l'importanza di un dibattito completo e chiarificatore, aggiunge un quarto interrogativo, domandando alla Corte se il requisito della differenza sessuale alla base del matrimonio – così come disciplinato dalla *common law* e, per il Québec, dall'art. 5 della *Loi d'harmonisation n° 1 du droit fédéral avec le droit civil* – sia conforme alla Carta[198].

In *Reference re Same-sex Marriage*[199] (*Reference*), la Corte Suprema non risponde alla quarta questione. Tre gli argomenti addotti a giustificazione di tale scelta. Si sottolinea dapprima che molte coppie omosessuali avevano già contratto matrimonio confidando in *EGALE*, *Halpern* ed *Hendricks*, o in altre decisioni di giudici provinciali, e che una pronuncia sulla questione avrebbe potuto mettere a repentaglio i diritti già acquisiti dai singoli. Di seguito si rileva come il Governo avesse potuto pretendere una risposta al quesito appellando le decisioni provinciali, e come dunque risultasse contraddittorio mostrare di avere accettato i disposti di *EGALE*, *Halpern* ed *Hendricks*, da un lato, e chiedere alla Corte di tornare su questioni identiche già giudicate in sede provinciale, dall'altro. Infine ragioni di opportunità persuadono ulteriormente la Corte a non proferire parola, perché una risposta data alla quarta domanda, specialmente se affermativa, avrebbe potuto ostacolare l'intento del Governo federale di percorrere la via legislativa per riconoscere uniformemente il *same-sex marriage* in Canada[200].

Circa invece le prime tre questioni, *Reference* fornisce risposte esaustive stabilendo rispettivamente: (1) che la sez. 1 del *Proposed Act*, rapportandosi alla capacità giuridica di contrarre matri-

---

[198] Canada, Department of Justice, News Release, *Government of Canada Reaffirms its Position on Supreme Court Reference*, Ottawa, 28 January 2004 (in http://www.justice.gc.ca/en/news/nr/2004/doc_31106.html).

[199] *Reference re Same-sex Marriage*, [2004] 3 S.C.R. 698, 2004 SCC 79 (9 December 2004); per un breve commento mi sia concesso rinviare a M. Montalti, *La battaglia legale per il* same-sex marriage *in Canada e Sudafrica: eguaglianza e dignità umana* versus *libertà religiosa*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 6/2004, 4819-4833.

[200] *Ibidem*, §§ 65-70.

monio civile, rientra nella competenza esclusiva del Parlamento: *ex* art. 91(26) del *Constitution Act, 1867* la competenza del legislatore federale riguarda "Marriage and Divorce", e la parola *marriage* non esclude il *same-sex marriage*[201]; (2) che la sez. 1 del *Proposed Act*, autorizzante il matrimonio tra persone dello stesso sesso, è conforme alla Carta giacché (a) l'obiettivo della legge, ricavabile dal preambolo e dalle circostanze legate alla sua origine, promana dai valori della stessa Carta[202], (b) il riconoscimento del matrimonio omosessuale non avrebbe limitato o discriminato le coppie di sesso opposto[203], e (c) nel caso *de quo* il supposto conflitto con la libertà religiosa è postulabile solo in astratto, anche perché la legge in questione non aveva ancora trovato attuazione[204]; (3) che il diritto alla libertà religiosa ha una portata sufficientemente estesa per proteggere le autorità religiose dalla possibilità di essere costrette a celebrazioni civili o religiose contrarie al loro proprio credo[205].

I ragionamenti elaborati dalla Corte in *Reference*, sebbene scanditi per singoli punti, presentano connessioni reciproche. Questi confermano l'impossibilità di determinare la compatibilità costituzionale del mancato accesso al matrimonio delle minoranze sessuali separando, a mo' di compartimenti stagni, i molteplici ed eterogenei profili coinvolti (definitori, sostanziali, procedurali) da argomenti di principio sul carattere e il ruolo della costituzione e degli assetti (assiologici e organizzativi) ivi costituiti. Anzi, è in nome di questi stessi assetti costituzionali che la Corte Suprema accetta di buon grado la responsabilità di pronunciarsi sulle delicate questioni. Delegare tale responsabilità unicamente agli organi legislativi, ritenendo le questioni sollevate in *Reference* come aspetti di natura essenzialmente e squisitamente politica, avrebbe infatti significato aderire ad

---

[201] *Ibidem*, § 33; si fa in ogni caso salva la competenza delle province "in respect of non-marital same-sex relationships, just as they are vested with competence in respect of non-marital opposite-sex relationships (via the power in respect of property and civil rights under s. 92(13)). […] Civil unions are a relationship short of marriage and are, therefore, provincially regulated".

[202] *Ibidem*, § 43.

[203] *Ibidem*, §§ 45-46.

[204] *Ibidem*, § 51.

[205] *Ibidem*, § 60.

una concezione solo formale di democrazia. Pertanto, accogliendo sostanzialmente la distinzione di Dworkin fra argomenti di principio e argomenti politici, *Reference* si fa carico di rispondere alle domande avanzate perché, se da un lato è certamente innegabile la presenza di un substrato politico, dall'altro, però, "queste considerazioni politiche forniscono il contesto, più che la sostanza, delle questioni riferite alla Corte"[206].

Non solo. Concepire la costituzione come sistema assiologico ed organizzativo esaustivo, i cui elementi sono fra loro comunicanti, postula anche la necessità di stabilire un metodo interpretativo che consenta di saldarne le parti nel modo più duraturo, coerente e razionale possibile. In tal senso *Reference* conferma un dato: che sia aspetti assiologici (dignità umana, eguaglianza, libertà) sia teorico-organizzativi (separazione orizzontale e/o verticale del potere, rapporti Stato/religione) possano argomentare, secondo ciò che si vuole ottenere, a favore o contro il riconoscimento del *same-sex marriage*, ma la credibilità delle ragioni pro e contro dipende principalmente dal loro ancoraggio ad una teoria interpretativa razionale e coerente, in guisa che difficilmente possano essere contestate. *Reference* innova il diritto matrimoniale traendo linfa argomentativa dagli assetti assiologici e organizzativi costituiti, ma soprattutto riflette nelle sue giustificazioni i portati di una teoria interpretativa della costituzione che difficilmente può subire contestazioni, perché esce dalle logiche di ragionamento chiuse, circolari e tautologiche sperimentate in precedenza.

La Corte Suprema chiarisce che la nozione di *marriage* fatta propria dalla *common law* con *Hyde* fu congegnata per una società che condivideva determinati valori sociali, "ove matrimonio e religione erano aspetti fra loro inseparabili"[207]. Oggi, invece, i valori sociali sono profondamente mutati, ed il pluralismo assume un ruolo fondamentale, sicché "[i]l matrimonio, visto dalla prospettiva dello Stato, è un'istituzione civile"[208]. Dunque la nozione di matrimonio non è costituzionalmente pietrificata al significato che essa assumeva al tempo del *Constitution Act* (1867), perché "l'idea dei concet-

---

[206] *Ibidem*, § 11.
[207] *Ibidem*, § 22.
[208] *Ibidem*, § 22.

ti cristallizzati ["The 'frozen concepts' reasoning"] va contro uno dei principi fondamentali dell'interpretazione costituzionale canadese: quello che vede la Costituzione come un albero vivente ["a living tree"] che, per mezzo dell'interpretazione progressiva, affronta e compone le diverse realtà della vita moderna"[209].

Ecco dunque che decidere fra una definizione sessualmente decostruita di matrimonio e una sessualmente connotata si riduce, nella sostanza, ad una questione di tecnica interpretativa dei *Bill of Rights* e dei profili politico-assiologici ivi positivizzati. La Corte Suprema decide di adottare la tecnica dell'interpretazione estensiva, liberale e progressiva, che vede la costituzione come un *living tree*; ma allora il punto è: quali valutazioni di rilievo costituzionale hanno persuaso i giudici della validità e preferibilità di quest'opzione ermeneutica rispetto ad altre ipotizzabili, ad esempio di impostazione originalista? Sul punto, la Corte precisa che "[u]n'interpretazione estensiva e liberale, o progressiva, assicura la costante rilevanza e, anche, legittimità del documento costituente del Canada. Per mezzo dell'interpretazione progressiva la Costituzione porta a buon fine la sua ambizione missione, quella di plasmare l'esercizio del potere degli organi statali anche in tempi molto lontani da quelli della sua originaria creazione"[210]. E ciò equivale ad affermare che l'idea di una costituzione sempre valida, e dunque anche legittima e suprema, presuppone l'adesione ad una tecnica interpretativa che, in linea con i valori liberali ivi riflessi, riesca progressivamente ad abbracciare e garantire anche concezioni, aspirazioni e ideali nuovi provenienti da una realtà sociale costantemente in evoluzione.

Gli oppositori al riconoscimento del *same-sex marriage* avanzano in *Reference* tre argomentazioni (tautologiche e/o circolari) di riconoscibile forgia originalista – contrarie all'idea di costituzione come *living tree* – che affermano circa così: (1) il matrimonio è un'istituzione pre-legale che il diritto deve unicamente limitarsi a riconoscere, senza pretesa di modificarlo nelle sue caratteristiche fondamentali – si riferisce del matrimonio come di un "supra-legal con-

---

[209] *Ibidem*, § 22.
[210] *Ibidem*, § 23.

struct subject to legal incidents"[211] –, (2) i "limiti naturali" del matrimonio impediscono interpretazioni estensive e progressive compiute alla luce dei valori liberali, (3) per definire il matrimonio occorre avere riguardo all'intenzione (*ergo* alla concezione) dei costituenti. Nessuna di queste affermazioni, tuttavia, riesce a superare il vaglio di un esame giudiziale critico improntato a maggiore complessità.

Reference considera inaccettabile la prima argomentazione perché visibilmente contraddetta dall'esame comparato di esperienze straniere o provinciali che provano esattamente il contrario. L'istituzione matrimoniale, sorta e concepita secoli fa come unione tra persone di sesso opposto, non necessariamente sfugge ad una nuova definizione legislativa inclusiva delle coppie omosessuali. Infatti, "[i]l riconoscimento del *same-sex marriage* in diverse giurisdizioni provinciali canadesi e in altri paesi d'Europa smentisce l'idea che oggi il matrimonio sia ancora concepito nello stesso modo"[212], come unione tra un uomo e una donna. Tanto meno è possible definire il concetto matrimonio con riferimento a supposti limiti naturali, giacché tale ragionamento "può essere accettato solo a patto che si riesca ad individuare un nucleo obiettivo di significato capace di definire che cosa sia 'naturale' in rapporto al matrimonio. Non essendo ciò possibile, l'argomento è meramente tautologico. L'unico elemento obiettivo che tutti concordano essere 'naturale' al matrimonio è quello dell'unione volontaria tra due persone ad esclusione di ogni altra. Fuori di questo nucleo essenziale le opinioni divergono. Ci si trova dunque di fronte ad idee diverse su quali possano essere i limiti naturali del matrimonio"[213]. Da ultimo, la Corte rigetta anche l'idea di definire il matrimonio secondo le intenzioni originarie dei costituenti giacché la costituzione "deve costantemente adattarsi per coprire nuove realtà"[214].

Posta la necessità di interpretare la costituzione in modo da estenderne progressivamente il suo raggio di copertura, in armonia con i valori liberali ivi espressi, diviene agevole per la Corte Suprema asse-

---

[211] *Ibidem*, § 25.
[212] *Ibidem*, § 25.
[213] *Ibidem*, § 27.
[214] *Ibidem*, § 30.

rire che la proposta governativa non viola le sezz. 15(1) e 2(a) della Carta. Essa rileva che, considerato il *trend* giurisprudenziale interno in corso, l'intervento legislativo nasce proprio dall'esigenza di allineare la disciplina del matrimonio civile ai valori di tolleranza, rispetto della dignità umana ed eguaglianza contenuti nella Carta, sicché l'intento del legislatore "mira inequivocabilmente al raggiungimento di uno scopo che, anziché violare la Carta, promana dalla stessa"[215]. La Corte esclude che tale espansione possa sostanziare una lesione interna al principio d'eguaglianza, nel senso di discriminare (a) gruppi religiosi che non riconoscono alle *same-sex couples* il diritto a contrarre matrimonio religioso e/o (b) coppie coniugate di sesso opposto. Infatti, la proposta legislativa non pone in essere alcuna distinzione che, direttamente o indirettamente, sia fondata su fattori vietati dalla sez. 15 della Carta, né "il mero riconoscimento d'eguali diritti a favore dei membri di un gruppo [può] sostanziare, di per sé, la violazione di diritti altrui. La promozione di valori e diritti contenuti nella Carta arricchisce la società tutta, e la realizzazione di quei diritti non può nuocere ai principi cardine su cui la Carta si fonda"[216].

Per motivi analoghi, la Corte esclude altresì che la proposta legislativa governativa, attuativa della sez. 15(1) della Carta, possa collidere con la libertà di religione (sez. 2(a) della Carta). Ciò perché il mero riconoscimento di diritti collegati all'eguaglianza non implica automaticamente la lesione di altre sfere di libertà ("[t]he potential for a collision of rights does not necessarily imply unconstitutionality. The collision between rights must be approached on the contextual facts of actual conflicts"[217]). In merito alla questione in esame, la Corte ritiene che la mera adozione di una proposta legislativa non consenta di valutare se essa sortirà "l'effetto di imporre un *ethos* sociale dominante, tale da limitare il diritto a sostenere opposte credenze religiose"[218]. E dato che la Carta non crea alcuna gerarchia fra i diritti – prosegue la Corte –, anche in caso di approvazione della proposta legislativa, è plausibile ritenere che tale conflitto possa essere ricon-

---

[215] *Ibidem*, § 43.
[216] *Ibidem*, § 46.
[217] *Ibidem*, § 50.
[218] *Ibidem*, § 47.

ciliato tramite un'accorta *actio finium regundorum* fra diversi spazi di libertà ("many if not all such conflicts will be resolved *within* the Charter, by the delineation of rights prescribed by the cases relating to s. 2(a). Conflicts of rights do not imply conflict with the Charter, rather the resolution of such conflicts generally occurs within the ambit of the Charter itself by way of internal balancing and delineation. […] In summary […] it has not been shown that impermissible conflicts – conflicts incapable of resolution under s. 2(a) – will arise"[219]).

Circa la questione di carattere più generale sottoposta alla Corte – ossia se la libertà di coscienza religiosa accordata dalla Carta (e non la proposta legislativa) esenti i ministri di culto dal dovere civico di celebrare il matrimonio, civile e religioso, tra persone dello stesso sesso –, *Reference* risponde positivamente, rilevando che la promulgazione di un qualunque *statute* che preveda siffatto obbligo costituirebbe un'ingiustificabile lesione della sez. 2(a) della Carta: "la celebrazione di riti religiosi è un aspetto fondamentale della pratica religiosa. È pertanto evidente che l'obbligo imposto dallo Stato a celebrare matrimoni tra persone dello stesso sesso contrari alle loro credenze religiose costituirebbe una violazione della libertà di religione garantita dalla sez. 2(a) della Carta. È pure evidente che, salvo circostanze eccezionali al momento non prevedibili, siffatta lesione non potrebbe essere giustificara sulla base della sez. 1 della Carta"[220].

4.3.4. *Il "Civil Marriage Act"*

In seguito alla pronuncia della Suprema Corte, il *federal marriage bill* (*Bill C-38: The Civil Marriage Act*[221]) è presentato alla Camera dei Comuni il 1° febbraio 2005 e passa in terza lettura alla Camera (28 giugno) e al Senato (19 luglio), raggiungendo la sanzione sovrana il 20 luglio 2005[222]. Il Canada diviene così il quarto Paese al mondo ad

---

[219] *Ibidem*, § 52-54.

[220] *Ibidem*, § 57-58.

[221] *Bill C-38, An Act respecting certain aspects of legal capacity for marriage for civil purposes, or the Civil Marriage Act* (LS-502E), July 2005.

[222] Department of Justice, Canada, *Bill C-38 – The Civil Marriage Act* – Receives Royal Assent, Ottawa, July 20, 2005 (in http://www.justice.gc.ca/en/news/

aver adottato una legge sul matrimonio tra congiunti dello stesso sesso, dopo Olanda, Belgio e Spagna. La legge, sulla cui costituzionalità è difficile dubitare dopo *Reference*[223], si compone di un lungo preambolo – ove, tra le varie enunciazioni volte a chiarire l'intenzione del legislatore e a dare una giustificazione alla legge, si specifica che "l'unione civile, intesa come istituzione diversa dal matrimonio, non avrebbe offerto alle *same-sex couples* l'eguale accesso al matrimonio e avrebbe così leso la loro dignità umana, in contrasto con la Carta Canadese dei Diritti e delle Libertà" – e di 15 sezioni, molte delle quali (sezz.. 5-15) fungenti da correttivo di leggi federali. La disposizione chiave è racchiusa nella sez. 2, dove si definisce il matrimonio civile come "the lawful union of two persons to the exclusion of all others", lasciandosi inalterate le previsioni federali concernenti i diritti dei congiunti di fatto ("common law partners") e dei sopravvissuti.

Sin dai suoi esordi, la proposta legislativa ha riscontrato reazioni contrastanti. I gruppi difensori della famiglia tradizionale vedevano nel *bill* una minaccia al nucleo famigliare; le organizzazioni religiose lamentavano un'insufficiente protezione della loro libertà di rifiutare certe celebrazioni matrimoniali non conformi al loro dogma, mentre gli attivisti si rallegravano per la fine vicina della discriminazione perpetrata a danno delle coppie omosessuali. Sul piano politico, il Partito Conservatore canadese inizialmente propugnò una modifica del testo volta a ristabilire la definizione tradizionale del matrimonio e ad introdurre un regime civile parallelo per le coppie gay e lesbiche. Poi, in seguito a *Reference* e all'adozione del *Bill C-38* da parte della Camera dei Comuni, alcuni portavoce del partito hanno espresso i loro dubbi circa l'efficacia della proposta legislativa sul piano della protezione della libertà religiosa[224]. Una reazione

---

nr/2005/doc_31578.html); K. Bourassa, J. Varnell, *It's a quiet thing: equal marriage is law*, in *Canada Legal News*, July 21, 2005.

[223] P.W. Hogg, *Canada: the constitutiona and same-sex marriage*, in 4 *Int.'l J. Const. L.* 712 (2006).

[224] B. Curry, G. Galloway, *Same-sex bill finally passes: After bitter two-year political battle, divisive legislation moves to Senate*, in *The Globe and Mail*, Toronto, June 29, 2005, p. A1; J. Ivison, *An inevitable end, reached painfully: The next vote on the issue may well be at the polls*, in *NationalPost*, Toronto, June 29, 2005, p. A4.

immediata delle province si è avuta soprattutto nell'Alberta che ha espresso la volontà politica del suo governo di difendere la definizione tradizionale del matrimonio e valutare le opzioni per farlo. In seguito all'entrata in vigore della legge, il Premier Ralph Klein ha riconosciuto l'indisponibilità di ricorsi legali per impedirne l'applicazione nel territorio della provincia ed ha annunciato la sua intenzione di presentare una proposta di legge volta a proteggere la libertà religiosa dei celebranti[225].

A volersi accennare, infine, anche alla disciplina dello scioglimento del vincolo coniugale, si consideri che il *Divorce Act*[226] del 1985 definiva, alla sez. 2(1), lo "spouse o époux" – unica categoria di persone a cui la legge si applicava – come "either of a man or woman who are married to each other". Questo significava che se gay e lesbiche potevano sposarsi, non era permesso loro, tuttavia, divorziare. Il 13 settembre 2004, la Corte Superiore dell'Ontario, in *M. M. v. J. H.*[227], conclude così per l'incostituzionalità della definizione del *Divorce Act*, in quanto violante le garanzie di uguaglianza della sez. 15(1) della Carta e non giustificabile ai sensi della sez. 1 della stessa. Il giudice Mesbur, forte dell'eredità di *Halpern*[228], stabilisce che il matrimonio contratto dalle due donne, parti in causa, è valido[229], che il Divorce Act offende la dignità dei *same-sex partners* impedendo loro di risposarsi e formare così una nuova famiglia[230], e che "[t]heir exclusion has simply resulted from the redefinition of marriage at common law, and not by any express or overt act on the part of the legislature"[231]. Così affermando, ordina la sostituzione delle parole della legge "a man and a woman" con "two persons"[232]. Poiché tale decisione non è stata successivamente appellata dal Governo federale e il *Divorce Act* trova applicazione in ogni parte del Canada, le *same-sex couples* possono,

---

[225] J. Fekete, *Klein gives up same-sex marriage battle: Gay groups hail surprise victory*, in *Calgary Herald*, July 13, 2005, p. A5; L. Dohy, *Klein wants to protect right not to wed gays*, in *Calgary Herald*, July 31, 2005, p. A6.

[226] *Divorce Act, R.S. 1985*, c. 3 (2nd Supp.).

[227] *M. M. v. J. H.*, [2004] CanLII 49968 (Ont. S.C.), N. 04-FP-297613FIS.

[228] *Ibidem*, § 14.

[229] *Ibidem*, § 17.

[230] *Ibidem*, §§ 25 e 39.

[231] *Ibidem*, § 47.

[232] *Ibidem*, § 76.

ora, anche divorziare – e la recente approvazione del *Civil Marriage Act* non ha fatto altro che confermare questa ipotesi, prevedendo alla sez. 8 la correzione del *Divorce Act* nel senso di sostituire il riferimento all'"uomo e donna sposati" con quello a "due persone unite in matrimonio (senza riguardo al loro sesso)".

5. *La decostruzione sessuale tra protezione statale e principio federale: il dibattito "in fieri" negli Stati Uniti*

Insistere sulla necessità di estendere il matrimonio agli omosessuali risponderebbe, secondo Antonino D'Angelo, a più ragioni: "[u]n motivo, sociologico, cui viene data molta importanza è il forte valore simbolico della conquista: se potessero sposarsi, gli omosessuali si sentirebbero finalmente integrati in una società che nel matrimonio riconosce il suo primo fondamento, e che attraverso il matrimonio consacra e legittima il rapporto sentimentale. Il motivo, economico, per cui il matrimonio sarebbe preferibile a leggi speciali di parificazione consiste nell'accesso immediato a tutti i diritti e i vantaggi (ma ovviamente anche agli obblighi e agli svantaggi) che il matrimonio comporta, con risparmio del tempo e delle risorse che una graduale e diffusa parificazione richiederebbe. Ed infine la ragione giuridica per la quale gli omosessuali lottano negli Stati Uniti da quasi trent'anni per potersi sposare: sarebbe la Costituzione americana, tra le righe, a darne loro diritto"[233]. Tutte ragioni, que-

---

[233] A. D'Angelo, *La difesa del matrimonio eterosessuale negli Stati Uniti*, in *Politica del diritto*, 2000, 2, 298. La questione del riconoscimento del *same-sex marriage* ha animato la dottrina, intervenuta a più riprese sull'argomento, nel corso dei vari anni: L.R. Zimmer, *Family, Marriage, and the Same-Sex Couple*, in 12 *Cardozo Law Review,* 681 (1990); T.M. Keane, *Aloha, Marriage? Constitutional and Choice of Law Arguments for Recognition of Same-Sex Marriages*, in 47 *Stanford Law Review,* 499 (1995); B.J. Cox, *Are same-sex marriage statutes the new anti-gay initiatives?*, in 2(2) *The National Journal Of Sexual Orientation Law,* 193 (1996); W.N. Eskridge Jr., *The case for same-sex marriage: from sexual liberty to civilized commitment*, The Free Press, New York, 1996; A. Leonard, *Going for the brass ring: the case for same-sex marriage*, in 82 *Cornell Law Review*, 572 (1996-1997); M. Strasser, *Legally Wed: Same-Sex Marriage and the Constitution*, Cornell University Press, New York, 1997; H.L. Hughes, *Same-sex marriage and simulacra: exploring conceptions of equality*, in 33 *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review,* 237 (1998); R.P. Cabaj, D.W.

ste, che trovano ampie conferme nel complesso dibattito statunitense in tema di riconoscimento del *same-sex marriage*, ove certamente la stretta connessione tra profili sociologici, economici e giuridici ha avuto numerose manifestazioni[234].

Sino al 1960, l'ordinamento americano mostra corrispondenza con norme economico-sociali di aperto sfavore nei confronti della condizione omosessuale, avallando l'idea che: (1) l'essenza del matrimonio sia costituita unicamente dall'unione e dall'impegno interpersonale concretizzati tramite rapporti sessuali procreativi tra marito e moglie; (2) gli omosessuali rappresentino la degenerazione dell'essere umano, e lo Stato abbia il duplice compito di scoraggiare la proliferazione del fenomeno e di "curare" chi sia affetto da tale "malattia"; (3) il matrimonio omosessuale non possa esistere sia

---

Purcell (eds.), *On the Road to Same-Sex Marriage*, Jossey-Bass Publishers, San Francisco, 1998; M. Strasser, *The Challenge of Same-Sex Marriage: Federalist Principles and Constitutional Protections*, Praeger Publishers, Westport, CT, 1999; E.J. Graff, *What is Marriage For?*, Beacon Press, Boston, MA, 1999; T.A. Sparling, *All in the Family: Recognizing the Unifying Potential of Same-Sex Marriage*, in 10 *Law & Sexuality*, 187 (2001); A. Leonard, *Ten Propositions About Legal Recognition of Same-Sex Partners*, in 30 *Capital University Law Review*, 343 (2002); E. Gerstmann, *Same-Sex Marriage and the Constitution*, Cambridge University Press, New York, 2004; E. Wolfson, *Why Marriage Matters: America, Equality, and Gay People's Right to Marry*, Simon & Schuster, New York, 2005; Harvard Law Review Association, *Inching down the aisle: differing paths toward the legalization of same-sex marriage in the United States and Europe*, in 116 *Harv. L. Rev.*, 2004 (2003); J.R. Pasfield, *Confronting America's ambivalence towards same-sex marriage: a legal and policy perspective*, in 108 *W. Va. L. Rev.*, 267 (2005); K. Oates, *Public policy and the recognition of same-sex marriage*, in 12-FEB *Nev. Law.*, 32 (2004); M.E. Wojcik, *The wedding bells heard around the world: years from now, will we wonder why we worried about same-sex marriage?*, in 24 *N. Ill. U. L. Rev.* 589 (2004); M.L. Bonauto, *Civil marriage as a locus of civil rights struggles*, in 30-SUM *Human Rights,* 3 (2003); R. Wintemute, *Remarks of Robert Wintemute: international trends in legal recognition of same-sex partnerships*, in 23 *QLR*, 577 (2004); R.A. Sedler, *The Constitution should protect the right to same-sex marriage*, in 49 *Waine L. Rev.*, 975 (2004).

[234] W.B. Rubenstein, *We Are Family: A Reflection on the Search for Legal Recognition of Lesbian and Gay Relationships*, in 8 *Journal of Law & Politics*, 89 (1991); J.L. Heeb, *Homosexual Marriage, the Changing American Family, and the Heterosexual Right to Privacy*, in 24 *Seton Hall Law Review*, 347 (1993); L.M. Kohm, *The Homosexual "Union": Should Gay and Lesbian Partnerships Be Granted the Same Status as Marriage?*, in 22 *J. Contemp. L.*, 51 (1996); Id., *A Reply to "Principles and Prejudice": Marriage and the Realization that Principles Win Over Political Will*, in 22 *J. Contemp. L.*, 293 (1996); R.M. Baird, S.E. Rosenbaum (eds.), *Same-sex Marriage: The Moral and Legal Debate*, Prometheus Books, New York, 2004.

perché l'unione fra due soggetti dello stesso sesso non pone in essere l'essenza matrimoniale – cioè l'unione procreativa dei coniugi –, sia perché costituisce una minaccia al benessere della società civilizzata[235]. Rispetto a tale cornice, la criminalizzazione dell'attività sessuale fra adulti consenzienti dello stesso sesso è percepita come un mezzo fondamentale per scoraggiare la diffusione del fenomeno omosessuale e per salvaguardare i valori tradizionali della società civile. Chiaramente, le norme economico-sociali sottese al quadro giuridico di riferimento sono sussunte sotto la meta-norma dell'obbligatoria eterosessualità: di qui, per osmosi, l'esistenza di un paradigma normativo (favorevole all'orientamento) eterosessuale[236].

La rivoluzione sessuale degli anni '60 e '70 del Novecento, e in particolare l'emersione di un cospicuo movimento gay negli Stati Uniti – noto è lo *Stonewall Riot* (1969) di New York[237] –, ha contribuito al cambiamento di costumi e valori sociali, anche contrastando le prassi normative recettive del performante paradigma eterosessuale. Con lo sviluppo del movimento americano intorno agli *Human Rights*, si è iniziato a percepire l'ingiustizia della discriminazione omosessuale e a sostenere che uno Stato che tratti in maniera diseguale una minoranza di cittadini operanti nel tessuto economico e sociale debba fornire una convincente giustificazione, per evitare che tale scelta si traduca nella negazione dell'eguale dignità e valore a persone che, seppur appartenenti ad una minoranza sessuale poco visibile, non sono affetti da alcuna supposta malattia da curare o demonizzare[238]. Alla maggiore apertura e tolleranza sociale è conseguito il graduale *coming-out*, e di qui la costante erosione di stereotipi, credenze e pregiudizi collegati alla condizione omosessuale. I diversi hanno dimostrato di condurre vite complete e produttive, di svolgere con passione le attività lavora-

---

[235] W.N. Eskridge, *Equality Practice. Civil Unions and the Future of Gay Rights*, Routledge, New York-London, 2002, *passim*.

[236] J.W. Howarth, *Adventures in heteronormativity: the straight line from liberace to Lawrence*, in 5 *Nev. L.J.*, 260 (2004).

[237] M. Duberman, *Stonewall*, Plume, New York, 1994; N.C. Edsall, *Toward Stonewall: homosexuality and society in the modern western world*, University of Virginia Press, Charlottesville, 2003; M. Consoli, *Stonewall: quando la rivoluzione è gay*, R. Napoleone, Roma, 1990.

[238] M.O. McGowan, *From outlaws to ingroup:* Romer, Lawrence, *and the inevitable normativity of group recognition*, in 88 *Minn. L. Rev.*, 1312 (2004).

tive, di essere in grado di creare relazioni interpersonali ed affettive soddisfacenti, di partecipare alla vita sociale e politica e di combattere energicamente per la rivendicazione dei loro diritti fondamentali, in altre parole di essere sostanzialmente uguali agli altri[239].

All'inizio degli anni Ottanta, alcuni Stati della federazione americana iniziano a mostrare atteggiamenti di parziale tolleranza nei confronti del fenomeno omosessuale. Parallelamente mutano le norme e i valori di riferimento, secondo una dinamica che per approssimazione può essere così descritta: (1) l'essenza della famiglia è costituita dall'unione interpersonale e dall'impegno reciproco, tipicamente realizzati tramite rapporti sessuali eterosessuali tra moglie e marito; (2) gli omosessuali soffrono di un'incapacità genetica o mentale per motivi non dipendenti dalla loro volontà, e sebbene conducano vite produttive, la loro condizione deve essere tollerata, ma non promossa; (3) il matrimonio omosessuale è un ossimoro, sia perché implica necessariamente la presenza di un uomo e una donna, sia perché gli omosessuali non sono in grado di stabilire l'unione affettiva e di impegnarsi reciprocamente[240]. Di qui la meta-norma della preferenza eterosessuale, implicante la mera tollerabilità, in casi determinati, degli orientamenti sessuali minoritari. Tale paradigma irradia di norma ordinamenti giuridici in cui i rapporti omosessuali tra adulti consenzienti non costituiscono fattispecie di reato, ossia sistemi in cui può esistere un principio di non discriminazione in ragione dell'orientamento sessuale nella sfera pubblica e privata. Tuttavia, tale paradigma non impedisce allo Stato di considerare l'omosessualità come un fenomeno non auspicabile per l'umanità, e per le giovani generazioni in particolare, o di non riconoscere il matrimonio tra persone dello stesso sesso[241].

---

[239] S.M. Olyan, M.C. Nussbaum, *Sexual Orientation and Human Rights in American Religious Discourse*, Oxford University Press, New York, 1998.

[240] T.J. Burrows, *Family Values: From the White House Conference on Families to the Family protection act*, in *Creating Change. Sexuality, Public Policy, and Civil rights*, J. D'Emilio, W.B. Turner, U. Vaid (a cura di), St. Martin Press, New York, 2000, 336-360.

[241] J.W. Howarth, *Adventures in heteronormativity*, cit., 265. Lynn Wardle, poi, riconoscendo che sovente il ceto dei legali ha richiamato il valore o il principio della tolleranza per ottener il riconoscimento del matrimonio omosessuale, chiarisce efficacemente la differenza tra i differenti approcci nei confronti del bene in

L'ordinamento federale americano mostra tuttora di aderire al paradigma della preferenza eterosessuale. Nel 1996, in seguito alla decisione hawaiana *Baher* v. *Lewin*[242], dichiarante l'incostituzionalità del mancato accesso al matrimonio delle *same-sex couples*, il Congresso approva il *Defense of Marriage Act* (DOMA)[243]. Con esso si nega, da un lato, il riconoscimento del *same-sex marriage* per scopi federali e, dall'altro, si attribuisce a ciascun Stato il potere di non riconoscere tali matrimoni anche se validamente celebrati in un altro Stato. Il DOMA interviene integrando lo *United States Code* ponendo regole rilevanti nel caso di conflitti di leggi: "[n]o State, territory, or possession of the United States, or Indian Tribe, shall be required to give effect to any public act, record, or judicial proceedings of any other State, territory, possession, or tribe respecting a relationship between persons of the same sex that is treated as a marriage under the laws of such other State, territory, possession, or tribe, or a right or claim arising from such relationship"[244]. Esso inoltre fornisce una definizione di matrimonio e di sposo/a valevole per il diritto federale: "[i]n determining the meaning of any act of Congress, or interpretation of the various administrative boureaus and agencies of the United States, the word "marriage" means only a legal union between one man and one woman us husband and wife, and the word "spouse" refers only to a person of the opposite sex who is a husband or a wife"[245].

---

questione o, in generale, delle rivendicazioni omosessuali. Giustificando la mera tolleranza omosessuale, ma non la piena parità dei diritti, Wardle sottolinea che "relations and conduct may be legally categorized in three ways – as "protected", "tolerated", and "prohibited". Marriage is the classic example of a preferred relationship. It is one of the most highly preferred, historically favored relations in the law. Thus, the claim for same-sex marriage is not a claim for mere tolerance, but for special preference. Tolerance is not the same as preference, and marriage is preferred, not merely tolerated. Thus, the principle of tolerance does not justify legalization of same-sex marriage because marriage is much more than a tolerated relation, it is legally preferred status": L.D. Wardle, *Legal Claims for Same-Sex Marriage: Efforts to Legitimate a Retreat from Marriage by Redefining Marriage*, in 39 *South Texas Law Review,* 751-752 (1998).

[242] *Baher* v. *Lewin*, 852 P. 2d 44 (Haw. 1993).

[243] *Defense of Marriage Act*, Pub. L. No. 104-199, 110 Stat. 2419 (1996).

[244] *US Code, Title 28, Sec. 1738C: Certain Acts, records, and proceedings and the effect thereof.*

[245] *US Code, Title 1, Sec. 7: Definition of "Marriage" and "Spouse".*

In controtendenza rispetto all'ostilità della federazione americana nei confronti del *same-sex marriage*, nel nuovo millennio alcuni Stati hanno iniziato a riconoscere alle *same-sex couples* il diritto a vedersi riconosciuta la loro relazione affettiva, così mostrando di spostarsi gradualmente verso un paradigma neutrale rispetto all'orientamento sessuale. Il riconoscimento pubblico del *same-sex marriage*, infatti, presuppone che: (1) l'essenza del matrimonio sia concepita come costituita dall'unione interpersonale e dall'impegno reciproco, realizzati sia tramite rapporti sessuali sia tramite legami affettivi personali; (2) i membri delle minoranze sessuali siano riconosciuti come persone attive e produttive nell'ambito del contesto sociale, come individui normali che considerano naturale ed appagante vivere un rapporto intimo con persone dello stesso sesso; (3) gli omosessuali siano ritenuti capaci di creare un'unione interpersonale e di impegnarsi reciprocamente, e conseguentemente debbano godere dello stesso diritto di scelta, fra le varie opzioni di vita familiare, riconosciute agli eterosessuali.

Nonostante le numerose resistenze, il paradigma normativo di neutralità rispetto all'orientamento sessuale è entrato a far parte della cultura giuridico-costituzionale del Massachusetts, come dimostra il riconoscimento giudiziale del *same-sex marriage* (2003)[246]. Vermont, Connecticut, California, New Hampshire e New Jersey consentono alle coppie omosessuali i medesimi benefici e oneri tangibili conseguenti dal matrimonio (*civil union* o *domestic partnership* estesa), mentre Hawaii, Maine, Oregon, Washington e Distretto di Columbia riconoscono solo specifici *benefit* coniugali previa registrazione dell'unione (*domestic partnership*, *reciprocal beneficiary*)[247].

---

[246] M. Montalti, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso è un diritto fondamentale? Due recenti pronunce in Massachusetts dopo* Lawrence v Texas, in *Politica del Diritto*, 2004, 4, 687 ss.

[247] D.L. Chambers, *Couples: Marriage, Civil Union, and Domestic Partnership*, in *Creating Change. Sexuality, Public Policy, and Civil rights*, J. D'Emilio, W.B. Turner, U. Vaid (a cura di), St. Martin Press, New York, 2000, 281-304; E. Stefanec, *Mimicking marriage: as the evolution of the legal recognition of same-sex marriage progresses, civil unions currently represent the best alternative to marriage*, in 30 *U. Dayton L. Rev.,* 119 (2004). Circa l'*interstate portability* delle unioni civili e unioni registrate si rinvia a: A. Koppelman, *Interstate recognition of same-sex marriages and civil unions: a handbook for judges*, in 53 *U. Pa. L. Rev.,* 2143

Questi importanti segnali d'apertura nei confronti di un paradigma più universale, capace di "accomodare" le inclinazioni emotivo-sessuali di ognuno, non hanno comunque dissuaso la maggioranza degli Stati dal guardare il *same-sex marriage* con forte sospetto, ovvero dall'impedirne il riconoscimento vuoi tramite pronunce che richiamano argomentazioni – per così dire – circolari, tautologiche e/o originaliste, vuoi mediante l'approvazione di divieti *ad hoc*, di rango costituzionale o legislativo (cd. Junior-DOMA)[248]. Sebbene il DOMA palesi fondati dubbi circa la sua compatibilità rispetto alla

---

(2005); B.H. Bix, *State interests in marriage interstate recognition, and choice of law*, in 38 *Creighton L. Rev.*, 337 (2005); L.D. Wardle, *Non-recognition of same-sex marriage judgments under DOMA and the Constitution*, in 38 *Creighton L. Rev.*, 365 (2005).

[248] Alabama (*Alabama Constitution*, art. 1, §36.03), Alaska (*Alaska Constitution*, art. 1, sez. 25; *Alaska Stat.* § 25.05.013), Arizona (*Ariz. Rev. Stat. Ann.* § 25-101), Arkansas (*Arkansas Constitution*, Amendment 83 (2004)), California (*California Family Code Section 308.5, Proposition 22*), Colorado (*Colorado Constitution*, art. 2, § 31), Connecticut (*Public Act* 05-10), Delaware (*13 Del.Code Ann.* § 101), Florida (*Florida Stat. Ann.* § 741.212), Georgia (*Georgia Constitution*, art. 1, § 4; *Georgia Code* § 19-3-3.1), Hawaii (*Hawaii Constitution*, art. 1, sec. 23), Idaho (*Idaho Constitution*, art. 3, § 28; *Idaho Code* § 32-209), Illinois (*750 Ill. Comp. Stat. Ann.* § 5/212), Indiana (*Indiana Code* § 31-11-1-1), Iowa (*Iowa Code* § 595.2), Kansas (*Kansas Constitution*, art. 15, § 16; *Kansas Stat. Ann.* § 23-101), Kentucky (*Kentucky Constitution*, § 233A), Louisiana (*Louisiana Constitution*, art. XIII, sec. 15), Maine (*19-A Maine Rev. Stat. Ann.* § 701), Michigan (*Michigan Constitution*, art. I, § 25), Maryland (*Maryland Code Ann., [Family Law]* §2-201), Minnesota (*Minn Stat. Ann.* § 517.01), Mississippi (*Mississippi Constitution,* art. 263-A), Missouri (*Missouri Constitution*, art. 1, sec. 33), Montana (*Montana Constitution*, art. XIII, sec. 7), Nebraska (*Nebraska Constitution*, art. 1, sec.29), Nevada (*Nevada Constitution*, art. 1, sec. 21), New Hampshire (*New Hampshire Revised Statutes 457*, 14 May 2004), North Carolina (*North Carolina General Statutes Chapter 51. Marriage,* §51-1.2), North Dakota (*North Dakota Constitution*, art. 11, sec. 28), Ohio (*Ohio Constitution*, art. 15, sec. 11), Oklahoma (*Oklahoma Constitution*, art. 2, sec. 35), Oregon (*Oregon Constitution*, art. 15, sec. 5A), Pennsylvania (*Pennsylvania Statutes*, Domestic Relations (title 23) Marriage chapter 17. Miscellaneous provisions relating to marriage § 1704), South Carolina (*South Carolina Constitution*, art. 18, sec. 15; S.C. Code Ann. § 20-1-15), South Dakota (*South Dakota Constitution*, art. 21, sec. 9; S.D. Cod. Laws § 25-1-1), Tennessee (*Tennessee Constitution*, art. 11, sec. 18), Texas (*Texas Constitution*, art. 1, sec. 32), Utah (*Utah Constitution*, art. 1, sec. 29), Virginia (*Virginia Constitution*, art. 1, sec. 15-A), Washington (Revised Code of Washington 26.04.010, RCW 26.04.020; SJR 8209 *State constitutional amendment to ban same-sex marriage*), West Virginia (*West Virginia Code*, § 48-2-603 (2003)), Wisconsin (*Wisconsin Constitution*, art. 3, sec. 13), Wyoming (*Wyoming Stat. Ann.* , § 20-1-101 (2003)).

costituzione federale – soprattutto dopo *Romer* e *Lawrence*[249] – non sembra, di per sé, che esso vieti alle *same-sex couples* di contrarre matrimonio in quegli Stati che lo consentono. Un generalizzato divieto statale alla celebrazione del *same-sex marriage* s'imporrebbe, infatti, solo tramite un emendamento in tale direzione della costituzione federale, sicché, proprio a tal fine, oggi gli oppositori sperano nella costituzionalizzazione del *same-sex marriage ban.* A riconferma, da parte della federazione americana, dell'adesione al paradigma normativo della preferenza eterosessuale, presso il Senato degli Stati Uniti pende, per iniziativa del repubblicano Wayne Allard, il *Federal Constitutional Marriage Amendment*, in base al quale "il matrimonio negli Stati Uniti consiste unicamente nell'unione di un uomo e una donna. Né questa Costituzione, né la costituzione di ciascun singolo Stato, possono essere interpretate nel senso di richiedere che il matrimonio o le sue conseguenze legali siano conferiti ad unioni diverse da quelle costituite da un uomo e una donna"[250]. È

---

[249] M. Strasser, *Same-sex marriage referenda and the Constitution: on* Hunter, Romer, *and electoral process guarantees*, in 64 *Alb. L. Rev.* 949 (2001); B.L. Stratton, *A prediction of the United States Supreme Court's analysis of the Defense Of Marriage Act after Lawrence v. Texas*, in 45 *S. Tex. L. Rev.* 361 (2004); E.J. Sack, *The retreat from DOMA: the public policy of same-sex marriage and a theory of congressional power under the full faith and credit clause*, in 38 *Creighton L. Rev.*, 507 (2005); M. Strasser, *The Challenge of Same-Sex Marriage. Federalist Principles and Constitutional Protections*, Praeger, Westport-London, 1999, 204-210; A. Griffin, *Another Case, Another Clause. Same-Sex Marriage, Full Faith and Credit and the U.S. Suprem Court's Evolving Gay Rights Agenda*, 2 *Public Law* 315-328 (1998); R.S. Paige, *Wadding the Dog. If the State of Hawaii Accepts Same-sex Marriage Will Other States Have To?: an Examination of Conflict of Laws and escape Devices*, 47 *The American University Law Review* 165-185 (1997); E. Wolfson, M. Melcher, *DOMA's House Divided: An Argument Against the 'Defense of Marriage Act'*, 44 *Federal Lawyer* 31 (1997); A. Koppelman, *Dumb and DOMA: Why the Defense of Marriage Act is Unconstitutional*, 83 *Iowa Law Review,* 1 (1997); L. Kramer, *Same-sex Marriage, Conflict of Laws, and the Unconstitutional Public Policy Exception*, 106 *Yale Law Journal,* 1965 (1997); K.H. Lewis, *Equal Protection After Romer* V. *Evans*: *Implication for the Defense of Marriage Act and Other Laws*, 49 *Hastings Law Journal* 222 (1997); più genericamente sui profii di costituzionalità del DOMA si veda anche G.R. Stone, L.M. Seidman, C.R. Sunstein, M.V. Tushnet, *Constitutional Law*, Aspen Publishers, Inc., Legal Education Division, Gaithersburg-New York, 2001, 653.

[250] *S.J. Res. 1, A joint resolution proposing an amendment to the Constitution of the United States relating to marriage* (January 24, 2005). Il *Federal Marriage Amendment* (FMA) è stato redatto nel luglio 2001 dall'organizzazione *Allian-*

così, dunque, che la federazione americana si erge a difesa della famiglia tradizionale.

5.1. *Le prassi statali di diniego del "same-sex marriage"*

In ambito matrimoniale, l'emancipazione verso l'eguaglianza delle minoranze sessuali ha seguito prevalentemente le vie della *common law adjudication* e della *constitutional interpretation*, ma i pochi esiti promettenti recenti si sono ottenuti tramite l'applicazione giudiziaria di principi contenuti a livello di costituzione statale[251]. Solo nello Stato della California si è tentato l'allargamento dei con-

---

ce for Marriage sotto l'assistenza del giudice Robert Bork e di altri conservatori, e presentato per la prima volta alla Camera dalla repubblicana Marilyn Musgrave nel 2002, in una formulazione fatta di due enunciati: "1. Marriage in the United States shall consist only of the union of a man and a woman. 2. Neither this constitution or the constitution of any state, nor state or federal law, shall be construed to require that marital status or the legal incidents thereof be conferred upon unmarried couples or groups". Nel marzo 2004 (H.J. Res. 106 (108th Congress 2004) e S.J. Res. 40 (108th Congress 2004)) Ms. Musgrave ha modificato il secondo periodo dell'Emendamento prevedendo in definitiva che "Marriage in the United States shall consist only of the union of a man and a woman. Neither this Constitution, nor the constitution of any State, shall be construed to require that marriage or the legal incidents thereof be conferred upon any union other than the union of a man and a woman". Si è introdotta così una prima proposizione definitoria, volta a salvaguardare il valore tradizionale della famiglia e dell'istituzione del matrimonio, ed un secondo enunciato applicativo, diretto a restringere il potere delle Corti di interpretare la Costituzione federale e quelle statali in favore dell'*equal protection* delle coppie dello stesso sesso. Tuttavia, venendo meno il riferimento alla legislazione statale e federale, sembra possibile per il legislatore o per il corpo elettorale assumere iniziative dirette a riconoscere le unioni civili omosessuali, sebbene la questione non sia del tutto pacifica: A. Koppelman, *The decline and fall of the case against same-sex marriage*, in 2 *U. St. Thomas L.J.* 2 (2004); B. Haltom, *The 28th Amendment: can President Bush save my marriage?*, in 40-MAR *Tenn. Bar J.* 33 (2004); L.D. Wardle, *The proposed federal marriage amendment and the risks to federalism in family law*, in 2 *U. St. Thomas L.J.* 137 (2004); R.J. Krotoszynski Jr., E.G. Spitko, *Navigating dangerous constitutional Straits: a prolegomenon on the federal marriage amendment and the disenfranchisement of sexual minorities*, in 76 *U. Colo. L. Rev.*, 599 (2005).

[251] E. Wolfson, *The Hawaii Marriage Case Launches the U.S. Freedom-to-Marry Movement for Equality*, in Aa.Vv., *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships*, *cit.*, 169-175; A.S. Leonard, *Legal recognition of Same-Sex Partner Under US State or Local Law*, in Aa.Vv., *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships*, cit., 139.

torni matrimoniali tramite l'intervento del legislatore, con esito alla fine fallimentare. Di norma gli organi politici, ancor più di quelli giurisdizionali, faticano a concepire il matrimonio omosessuale come unione capace di promuovere la stessa varietà d'interessi individuali o statali propugnati dall'unione tradizionale[252]. In realtà, la dinamica delle vicende statali, e soprattutto di quelle californiane, dimostra come talora la causa degli insuccessi politici possa presentare anche natura complessa[253].

Il 10 febbraio 2004, Gavin Newsom – sindaco della città di San Francisco – ordina con lettera inviata agli ufficiali preposti al rilascio delle licenze matrimoniali di concedere autorizzazione coniugale a prescindere dal sesso o dall'orientamento sessuale dei richiedenti, in aperto contrasto con quanto prescritto dalla *Proposition 22* – uno fra i tanti *Junior*-DOMA domestici avente rango legislativo – ai sensi della quale "only marriage between a man and a woman is valid or recognized in California". A giustificazione di tale scelta, Newsom si rifà esplicitamente alla giurisprudenza delle Corti Supreme d'altri Stati che, interpretando le *equal protection clauses* delle costituzioni domestiche, avevano desunto un obbligo pubblico a garantire anche alle coppie omosessuali gli stessi benefici coniugali accordati alle coppie tradizionali. Egli precisa di ritenere quest'orientamento persuasivo e, anzi, di ritenerlo applicabile anche alla realtà interna, considerata

---

[252] M. Strasser, *Harvesting the fruits of gardiner: on marriage, public policy, and fundamental interests*, in 71 *Geo. Wash. L. Rev.*, 179 (2003); Id., *Marriage, parental rights, and public policy: on the FMA, its purported justification, and its likely effects on families*, in 2 *U. St. Thomas L.J.*, 118 (2004); T.B. Wolff, *Interest analysis in interjurisdictional marriage disputes*, in 153 *U. Pa. L. Rev.*, 2215 (2005); W.C. Duncan, *The state interests in marriage*, in 2 *Ave Maria L. Rev.* 153 (2004).

[253] Per un esame approfondito, esteso anche agli Stati di Massachussets, Oregon e New York, si rinvia interamente a D.R. Pinello, *America's Struggle for Same-sex Marriage*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006; S. Cahill, *Same Sex Marriage In The United States: Focus On The Facts*, Lexington Books, Lanham, MD, 2004; R.C. Schragger, *Cities as constitutional actors: the case of same-sex marriage*, in 21 *J.L. & Pol.* 147 (2005); D.B. Dorn, *Same-sex marriage under New York law: advising clients in a state of uncertainty*, in 78-JAN. N. Y. St. B.J. 40 (2006); The Association of the Bar of the City of New York Committee and Lesbian and Gay Rights, Committee on Sex and Law, and Committee on Civil Rights, *Report on marriage rights for same-sex couples in New York*, in 13 *Colum. J. Gender & L.*, 70 (2004).

la tendenza delle corti californiane ad interpretare l'*equal protection clause* statale come disposto a protezione delle minoranze sessuali. Di qui la convinzione che la richiesta fatta agli ufficiali pubblici fosse "[p]ursuant to [his] sworn duty to uphold the California Constitution, including specifically its equal protection clause"[254].

In linea con tale indirizzo, il 12 febbraio 2004 la città inizia a concedere licenza matrimoniale alle coppie omosessuali, scatenando così una caterva di azioni legali, tutte poi riunite in un'unica causa di fronte alla Corte Suprema statale. In data 12 agosto dello stesso anno, in *Lockyer v. City and County of San Francisco*, si afferma l'illegittimità della condotta tenuta dagli ufficiali civili rilascianti autorizzazione alle *same-sex couples*, si ordina a costoro di attenersi alla disciplina matrimoniale vigente "salvo e sino a che la loro condotta non risultasse incostituzionale per effetto di una [sopravvenuta] decisione giudiziaria"[255], e per finire si sancise la nullità di circa 4000 matrimoni celebrati in San Francisco. Nulla, tuttavia, si precisa rispetto alla costituzionalità della *Proposition 22* e dell'esclusione delle coppie omosessuali dall'istituto matrimoniale, perché tale questione non era stata sollevata dinanzi alla Corte in *Lockyer*. Sulla costituzionalità della legge matrimoniale californiana, tuttavia – dopo una prima pronuncia favorevole al *same-sex marriage* della Corte Superiore[256], una seconda contraria della Corte D'Appello[257] e una terza di astensione della Corte d'Appello federale (9° Circuito)[258] – si attende la pronuncia finale della Corte Suprema statale.

È nel contesto del post – *Lockyer* che il 7 settembre 2005 l'Assemblea californiana approva – 41 voti a favore e 35 contrari – il *Bill A.B. 849: the Civil Marriage and Religious Freedom Protection Act*, proposto dal parlamentare democratico Mark Leno e sponsorizzato dall'Equality California, ma l'intervento politico riconoscente il *same-sex marriage* non va a buon fine perché il Governatore Arnold

---

[254] *Lockyer v. City and County of San Francisco*, (2004) 33 Cal.4th 1055, 17 Cal. Rptr.3d 225 (Cal. S.Ct. 2004), 1070.

[255] *Ibidem*, 1120.

[256] *In Re Coordination Proceeding, Special Title Rule [1550(c)], Marriage Cases No. 4365*, 2005 WL 583129 (Cal. Super. Ct. 2005).

[257] *In Re Marriage Cases*, 49 Cal.Rptr.3d 675 (Cal. App. 1 Dist. 2006).

[258] *Smelt v. County of Orange*, 447 F.3d 673 (Cal. App. 9 Dist. 2006).

Schwarzenegger dichiara la sua intenzione di porre il veto. Il motivo di una simile scelta risiederebbe nel fatto che il legislatore non può scavalcare la volontà popolare che il 7 marzo 2000 ha dato vita, col 61% di voti a favore, alla *Proposition 22* – "We cannot have a system where the people vote and the Legislature derails that vote"[259]. Argomentazione, questa, avanzata anche a sostegno dell'incostituzionalità della legge californiana sulla *dometic partnership* omosessuale, e rigettata senza mezzi termini in *Knight v. Superior Court*[260]. La speranza, ora, è che la stessa argomentazione non vanifichi in futuro un possibile riconoscimento del *same-sex marriage* per via politico-legislativa, che potrebbe porre fine al *marriage case* ancor prima della pronuncia della Corte Suprema o nel caso di mancato riconoscimento da parte di questa. E l'ipotesi di siffatto riconoscimento politico non pare lontana, considerata la riapprovazione da parte dell'Assemblea californiana, il 5 giugno 2007, del *Bill 43: Religious Freedom and Civil Marriage Protection Act*, ora in attesa di un voto favorevole in Seanto.

La lotta statunitense per il riconoscimento del *same-sex marriage* assomiglia innegabilmente – vuoi per il *mix* di dinamiche giudiziare e politiche implicate, vuoi per la tipologia di argomentazioni addotte – alle trascorse vicende legali in tema di divieto di matrimonio interrazziale, tanto da essere oggetto costante di riflessione, confronto e ispirazione sia degli oppositori sia dei sostenitori dell'estensione matrimoniale alle coppie dello stesso sesso[261]. Posto in discus-

---

[259] E.A. Managas, *California's Assembly Bill 205, the Domestic Partner Rights and Responsibilities Act of 2003: is domestic partner legislation compromising the campaign for marriage equality?*, in 17 *Hastings Women's L.J.* 39 (2006).

[260] *Knight v. Superior Court*, 128 Cal.App. 4th 14, 26 Cal.Rptr.3d 687 (Cal. App. 3 Dist. 2005).

[261] M. Strasser, *Interpretations of "Loving" in "Lawrence", "Baker", and "Goodridge": on equal protection and the tiers of scrutiny*, in 13 *Widener L.J.,* 859 (2004); Id., *Family, Definition, and the Constitution: On the Antimisscegenation analogy*, 25 *Suffolk University Law Review*, 881 (1991); A. Koppelman, *The miscegenation analogy: sodomy law as sex discrimination*, in 98 *Yale L.J.,* 145 (1988); D.O. Coolidge, *Playing the "Loving" card: same-sex marriage and the politics of analogy*, in 12 *BYU J. Pub. L.* 201 (1998); J. Ross, *Riddle for our times: the continued refusal to apply the miscegenation analogy to same-sex marriage*, in 54 *Rutgers L. Rev.,* 999 (2002); J. Trosino, *American wedding: same-sex marriage and the miscegenation analogy*, in 73 *B.U. L. Rev.* 93 (1993); K. Bunch, *If racial desegregation, then*

sione per la prima volta sempre in California da *Perez* v. *Lippold* (1948)[262], il divieto del matrimonio interrazziale fu completamente eliminato solo nel 1967, con la pronuncia federale *Loving* v. *Virginia*[263], dopo un lento e faticoso cammino costellato da numerose sconfitte legali in ambito domestico. Da queste ultime, dunque, è opportuno partire anche rispetto alla questione sel *same-sex marriage ban.*

5.1.1. *Minnesota*

La prima volta che una *same-sex couple* (nello specifico composta dai signori Richard John Baker e James Michael McConnell) agisce in giudizio rivendicando il proprio diritto al matrimonio, a fronte del rifiuto di concessione della licenza matrimoniale da parte del cancelliere della Corte Distrettuale della città di Hennepin, è nel 1971. Il 15 ottobre di quell'anno, in *Baker v. Nelson*[264], la Corte Suprema del Minnesota respinge l'argomentazione sostenuta dai reclamanti per cui la mancata autorizzazione del *same-sex marriage*, desumibile dal Minnesota Statute 517.08, costituisce *inter alia* una violazione del XIV Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti. Secondo i ricorrenti, infatti, "il diritto a contrarre matrimonio a prescindere dal sesso delle parti è un diritto fondamentale di tutte le persone, e restringerlo solo alle coppie di sesso opposto è irrazionale e discriminatorio"[265].

La Corte trae argomenti pervasivi dell'intera parte motiva avvalendosi di due definizioni tratte da autorevoli dizionari americani, e precisamente il *Webster's Third New International Dictionary*

---

same-sex marriage? Originalism and the Supreme Court's fourteenth amendment, in 28 *Harv. J.L. & Pub. Pol'y* 781 (2005); L.C. Nolan, *The meaning of "Loving": marriage, Due Process and Equal Protection (1967-1990) as equality and marriage, from* Loving *to* Zablocki, in 41 *How. L.J.* 245 (1998); S. Clark, *Same-sex but equal: reformulating the miscegenation analogy*, in 34 *Rutgers L.J.*, 107 (2002).

[262] *Perez* v. *Lippold*, 198 P. 2d 17 (Cal. 1948).

[263] *Loving* v. *Virginia*, 388 U.S. 1 (1967).

[264] *Baker v. Nelson*, 191 N. W. 2d 185 (Minn. 1971), *appeal dismissed* 409 U.S. 810 (1972).

[265] *Ibidem*, 186.

(1966), che definisce il primario significato del matrimonio come "the state of being united to a person of the opposite sex as husband or wife", e il *Black Law Dictionary* (4 ed.), che descrive l'essenza del matrimonio nei termini di "the civil status, condition, or relation of one man and one woman united in law for life, for the discharge to each other and the community of the duties legally incumbent on those whose association is founded on the distinction of sex".

Da qui la Corte trae certezza per affermare il dovere giudiziale di intendere il matrimonio esclusivamente come "un'unione tra un uomo e una donna vecchia quanto il libro della Genesi, l'unica che implichi la procreazione e la crescita dei figli in famiglia"[266], e che questo è l'unico modo accettabile di concepire quel diritto, così fortemente radicato nella storia e cultura del Paese da divenire fondamentale. Dunque il matrimonio è per definizione eterosessuale, e siffatta definizione impedisce in principio di interpretarne la regolamentazione secondo un paradigma diverso, o di immaginare che gli estensori del diritto in parola intendessero garantire un accesso più ampio, o anche di ravvisare nelle prassi invalse di concessione delle licenze matrimoniali modalità irrazionali o discriminatorie, lesive di un diritto fondamentale. Tutto ciò deve escludersi a priori sol perché, *per definizione*, il matrimonio postula l'unione tra un uomo e una donna[267].

Il giudice Peterson precisa poi che "c'è un chiaro distinguo tra la restrizione coniugale che si basa unicamente sulla razza e quella che

---

[266] *Ibidem*, 186.

[267] A.L. Wax, *The conservative's dilemma: traditional institutions, social change, and same-sex marriage*, in 42 *San Diego L. Rev.,* 1059 (2005); C.S. Rosati, *What is the "meaning of marriage"?*, in 42 *San Diego L. Rev.,* 1003 (2005); D.L. Thomas Jr., *Same-sex marriage: the power of definition*, in 4 *Appalachian J.L.,* 109 (2005); M. Strasser, *"Defining" Marriage in light of "Moreno-Cleburne-Romer-Lawrence" jurisprudence: why DOMA cannot pass constitutional muster after "Lawrence"*, in 38 *Creighton L. Rev.,* 421 (2005); R. Arneson, *The meaning of marriage: state efforts to facilitate friendship, love, and childrearing*, in 42 *San Diego L. Rev.* 979 (2005); W.C. Duncan, *The litigation to redefine marriage: equality and social meaning*, in 18 *BYU J. Pub. L.* 623 (2004); D. Orgon Coolidge, W.C. Duncan, *Definition or Discrimination?: State Marriage Recognition Statutes in the "Same Sex Marriage" Debate*, in 32 *Creighton Law Review,* 3 (1998); A.H. Friedman, *Same-Sex Marriage and the Right to Privacy: Abandoning Scriptural, Canonical, and Natural Law Based Definitions of Marriage*, in 35 *Howard Law Journal*, 173 (1992).

si basa sulla differenza fondamentale del sesso"[268], laddove la razza costituisce necessariamente un criterio illegittimamente discriminatorio, come insegna il precedente *Loving v. Virginia*, mentre la prescrizione che gli sposi siano di sesso diverso è pienamente giustificabile in base alla comune definizione di matrimonio, e ciò solo impone di escludere che le clausole di *Due Process* ed *Equal Protection* siano state violate.

5.1.2. *Kentucky*

Nel 1973, la Corte d'Appello del Kentucky ribadisce in *Jones v. Hallahan*[269] che due omosessuali non possano chiedere la concessione di una licenza matrimoniale da parte dell'ufficiale di Stato incaricato. Non contenendo, infatti, la legge matrimoniale del Kentucky alcuna espressa definizione di matrimonio – né, tanto meno, autorizzando o vietando la concessione della licenza matrimoniale a coppie dello stesso sesso –, l'unico modo per risolvere il caso è quello di guardare al *common usage* del termine *marriage*, che ripetutamente si fa coincidere con quanto scritto in alcuni autorevoli dizionari.

Come in *Baker* (Minnesota), la Corte del Kentucky cita il *Webster's Third New International Dictionary* (1966) e il *Black Law Dictionary* (4 ed.), e anzi corrobora quanto ivi scritto con la definizione di matrimonio, a sua volta nebulosa e tautologica, contenuta nel *The Century dictionary and Encyclopedia*, secondo il quale matrimonio è "the legal union of one man with a woman for life; the state or condition of being married; the legal relation of spouses to each other; wedlock; the formal declaration or contract by which a man and a woman join in wedlock"[270].

Jones v. Hallahan esclude la presenza di un diritto costituzionale al matrimonio tra persone dello stesso sesso perché da quando esiste lo Stato si è sempre ragionato in tal modo, e perché nessuna corte lo ha mai riconosciuto in precedenza: "il matrimonio è stata una

---

[268] *Baker v. Nelson*, cit., 187.
[269] *Jones v. Hallahan*, 501 S.W. 2d 588 (Ky. 1973).
[270] *Ibidem*, 589.

consuetudine ancor prima che lo Stato iniziasse ad emettere licenze in merito. Per un breve periodo i registri matrimoniali sono stati tenuti dalla chiesa. Alcuni Stati ancor oggi riconoscono un *common-law marriage* che non richiede né la concessione della licenza né la presenza di un ufficiale religioso. In tutti i casi, comunque, il matrimonio è sempre stato considerato come l'unione di un uomo e una donna e non si conosce alcun precedente giudiziale che affermi il contrario"[271].

5.1.3. *Washington*

Interessante (per la sua irrazionalità) è il caso *Singer v. Hara*[272], deciso il 20 maggio 1974 dalla Corte d'Appello di Washington a fronte del precedente diniego, con pronuncia della *Superior Court*, della licenza matrimoniale ad una coppia omosessuale. Tre sono gli argomenti su cui la *same-sex couple* fonda la richiesta di concessione della licenza matrimoniale e contesta la validità della pronuncia di primo grado. Gli appellanti sostengono anzitutto che la legge matrimoniale statale non vieti il matrimonio omosessuale, questa stabilendo unicamente che possano contrarre matrimonio "persons of the age of eighteen years, who are otherwise capable" (RCW 26.04.010). In secondo luogo si argomenta che desumere dal diritto matrimoniale un implicito divieto al *same-sex marriage* equivalga a porre in essere prassi applicative in contrasto con l'*Equal Rights Amendment* (ERA) della costituzione statale, in base al quale "equality of rights and responsability under the law shall not be denied or abridged on account of sex" (art. 31(1) Wash. Const.). Infine si vuol convincere la Corte che la proibizione del matrimonio omosessuale contrasti anche col XIV Emendamento della costituzione federale.

Tutte e tre le argomentazioni sono rigettate dal giudice d'Appello. Swanson rigetta la prima rilevando che in origine, prima della riforma del 1970, la legge matrimoniale invocata conteneva un espresso riferimento ai sessi maschio e femmina, e ciò è sufficiente a fugare ogni dub-

---

271 *Ibidem*, 589.

272 *Singer v. Hara*, 522 P. 2d 1187 (Wash. Ct. App. 1974).

bio circa la reale intenzione del legislatore di riforma, sicché nell'utilizzare il termine "persons" questi ha voluto riconoscere esclusivamente l'unione eterosessuale tra persone di sesso opposto[273]. Trattasi di un ragionamento, quello di Swanson appena illustrato, che è criticabile anzitutto perché travolge i più consolidati canoni d'interpretazione normativa, come quello che postula la prevalenza della volontà legislativa posteriore rispetto a quella anteriore. Il paradigma sessista sembra talmente radicato nella mente di Swanson da giustificare anche ciò che in condizioni normali non lo sarebbe per niente, quale il desumere il significato di una nuova categoria giuridica dal diritto preesistente, a nulla contando l'intercorso intervento legislativo di riforma. *Ergo*, costituzionalmente parlando, tutto questo si traduce inevitabilmente nella lesione della separazione dei poteri tra sfere di competenza legislativa e giudiziaria. Ma il potere dei paradigmi va ben oltre…

La Corte, infatti, rigetta la seconda argomentazione seguendo un ragionamento complesso così scomponibile: (1) non vi è violazione dell'ERA giacché la licenzia matrimoniale è egualmente negata sia ai maschi sia alle femmine che si trovino in una relazione omosessuale, e (2) tale ragionamento deve trovare accoglimento perché non può invocarsi l'analogia tra la classificazione basata sul sesso e quella – divenuta *impermissible* con *Loving v. Virginia* – fondata sulla razza. E quel che colpisce è che Swanson esclude tale analogia semplicemente in forza di una fissa essenza definitoria di matrimonio: "la distinzione categorica sta nella relazione che è descritta dal termine stesso di 'matrimonio', essendo questa relazione l'unione legale di un uomo e una donna […] [L]a definizione di matrimonio come unione di un uomo e una donna […] fu ritenuta così ovvia in ogni vicenda giudiziaria da non richiedere nemmeno citazioni. […] Data la definizione di matrimonio qui enunciata, la distinzione tra il presente caso e *Loving* e *Perez* è del tutto evidente"[274].

Se così non fosse, l'ammissibilità del *same-sex marriage* deve comunque escludersi perché altrimenti si finirebbe "per sovvertire lo scopo per cui è stato approvato l'ERA"[275], finalizzato principalmente

---

[273] *Ibidem*, 1189.
[274] *Ibidem*, 1191-1192.
[275] *Ibidem*, 1194.

all'eliminazione di ingiustificate differenze salariali tra uomini e donne, e per scoraggiare l'interesse statale alla procreazione e alla prosecuzione della specie umana. Nel caso del *same-sex marriage* – afferma la Corte – "è evidente come il rifiuto dello Stato ad accordare la licenza matrimoniale non sia fondata sulla condizione dei ricorrenti in quanto persone di sesso maschile, piuttosto sul riconoscimento statale che la nostra società guarda al matrimonio come il luogo appropriato e auspicabile per la procreazione e la crescita della prole […]. È dunque evidente come il rifiuto statale ad accordare il *same-sex marriage* risulti da tale impossibilità riproduttiva, piuttosto che da un'odiosa discriminazione compiuta 'a motivo del sesso'. La definizione di matrimonio come unione tra un uomo e una donna è quindi ammissibile, nonostante il divieto enunciato nell'ERA, perché si fonda sulle peculiari caratteristiche fisiche dei sessi, tale che gli appellanti non risultano così discriminati in funzione della condizione maschile in sè e per sè"[276].

E ciò apre la strada al rigetto senza tante spiegazioni anche del terzo profilo d'illegittimità sollevato dagli appellanti: "definire il matrimonio in modo da escludere gli omosessuali o ogni relazione tra persone dello stesso sesso non significa porre in essere una classificazione legislativa intrinsecamente sospetta, tale da richiedere la presenza di un *compelling state interest.* […] L'*equal protection clause* del XIV Emendamento, come la *due process clause*, non subisce lesioni per effetto della classificazione statale delle persone autorizzate al matrimonio"[277].

Lo Stato di Washingon rimane fedele alla prassi di diniego del *same-sex marriage* anche a trent'anni di distanza da *Singer*, nonostante il sopraggiungere della giurisprudenza federale *Romer* e *Lawrence*, di evidente favore nei confronti delle minoranze sessuali. Le erudite e ben argomentate affermazioni di William Downing (*Andersen* v. *King County*[278]) e Richard Hicks (*Castle v. State*[279]) – dichiaranti, nel 2004, l'incostituzionalità della legislazione matrimoniale rispetto alla garan-

---

[276] *Ibidem*, 1195.

[277] *Ibidem*, 1196-1197.

[278] *Andersen* v. *King County,* 2004 WL 1738447 (Wash. Super. Ct. 2004); L.R. Dana, *"Andersen v. King County": the battle for same-sex marriage – will Washington State be the next to fall?*, in 14 *Law & Sexuality,* 181 (2005).

[279] *Castle v. State*, 2004 WL 1985215 (Wash. Super. Ct. 2004).

zia del diritto fondamentale al matrimonio, all'ERA[280] e alla *privileges and immunities clause* affermate dalla costituzione statale[281] – sono oggi lettera morta in ragione della la sopravvenuta pronuncia della Corte Suprema sulle due cause riunite.

La Corte Suprema esclude in *Andersen* v. *King County*[282] che la *privileges and immunities clause* statale (art. 1(12) cost. Washington) possa essere invocata per individuare uno *standard of review* diverso dal *rational basis test* desumibile dall'*equal protection clause* della costituzione federale[283]. Questa esclude, poi, che la legge matrimoniale impugnata incorpori una *sex-based classification*, contraria all'ERA della costituzione statale. La contrarietà all'ERA è da escludersi sia perché, come in *Singer*, la Corte afferma l'applicabilità della disciplina impugnata tanto ai maschi quanto alle femmine che vogliano contrarre matrimonio con una persona dello stesso sesso, sia perché l'intento originario dei fautori dell'Emendamento non contempla il riconoscimento del *same-sex marriage*: "[d]urante un'interivista al Senato, al Senatore Pete Francis, principale ideatore della riforma costituzionale, fu chiesto se l'ERA avesse potuto consentire alle coppie dello stesso sesso di sposarsi. Il Senatore Francis rispose, 'non vedo in alcun modo come questo possa portare a ciò'. In risposta ad un'altra domanda, il Senatore Francis disse che l'ERA avrebbe riguardato la discriminazione sessuale, 'non le attività sessuali o l'orientamento o

---

[280] T.C. Schroeder, *Does sex matter? Washington's Defense Of Marriage Act under the equal rights amendment of the Washington state Constitution*, in 80 *Wash. L. Rev* 535 (2005).

[281] La legislazione matrimoniale presa in esame in *Andersen* e *Castle* è diversa da quella scrutinata in *Singer*, perché nel 1998 lo Stato di Washington ha espressamente disposto che "marriage is a civil contract between a male and a female who have each attained the age of eighteen years, and who are otherwise capable".

[282] *Andersen* v. *King County*, 158 Wash.2d 1, 138 P. 3d 963 (Wash. S.Ct. 2006).

[283] Sul tema si v. T. Muenzen, *Equal Protection. The Supreme Court of Washington takes its first step in applying an independent to the privileges and immunities clause of the Washington Constitution in finding that it provides greater protection than the federal equal protection clause:* Grant County Fire Prot. Dist. No. 5 v. City of Moses Lake, 42 P. 3d 394 (Wash. 2002), in 34 *Rutgers L.J.* 1205 (2003); J. Thompson, *The Washington Constitution's prohibition on special privileges and immunities: real bite for "equal protection" review of regulatory legislation?*, in 69 *Temp. L. Rev.*, 1247 (1996).

gli interessi della persona'. Ciò prova che con l'ERA il legislatore non intendeva garantire alle *same-sex couples* il diritto al matrimonio"[284]. In ultimo, la Corte esclude l'applicabilità di uno scrutinio diverso dal *test* di mera ragionevolezza perché il diritto fondamentale al matrimonio non include il *same-sex marriage.* Ed è tal riguardo che è interessante ripercorrere il *reasonong* giudiziale.

Essendosi esclusa qualunque funzione integrativa e migliorativa della *privileges and immunities clause* della costituzione statale rispetto all'*equal protection clause* americana, *Andersen* riprende la *ratio decidendi* di *Washington v. Glucksberg*, affermatasi in ambito federale, in base al quale un interesse può assurgere a diritto fondamentale solo se "obiettivamente, 'profondamente radicato nella storia e tradizione di questa Nazione' […] e 'implicito nel concetto di *ordered liberty*', tale che 'né la libertà né la giustizia esisterebbero se questo venisse sacrificato"[285]. Tuttavia, *Lawrence* e *Loving* dimostrano come storia e tradizione non debbano essere intese come concetti statici, e come "dunque, anche la storia e le tradizioni recenti possano essere rilevanti al fine di decidere l'esistenza di un diritto fondamentale"[286] come quello discusso in *Andersen.* Il punto, però, è che sebbene l'istituto matrimoniale abbia conosciuto evoluzioni, il *same-sex marriage* non è ancora entrato a far parte della storia e tradizione nazionali. Né le evoluzioni occorse nel limitrofo Canada né, tanto meno, il riconoscimento del *same-sex marriage* in Massachussets, nel 2003, sono riusciti *in Andersen* a scalfire la validità universale del paradigma eterosessuale intrinseco nel diritto matrimoniale: "[t]here is no history and tradition of same-sex marriage in this country, and the basic nature of marriage as a relationship between a man and a woman has not changed"[287]. Ed è così che il ragionamento semplificante, chiuso a qualunque tipo di comparazione, diventa inevitabilmente circolare: "[i]l diritto di questo Stato è sempre stato che il matrimonio è tra un uomo e una donna. Il DOMA riafferma ciò che storicamente è stata la legge di Washington e la costante e storica concezione dei suoi citta-

---

[284] *Ibidem*, § 101.
[285] *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997), 720-721.
[286] *Andersen* v. *King County* (Wash. S.Ct. 2006), cit., § 45.
[287] *Ibidem*, § 46.

dini del matrimonio come unione tra un uomo e una donna. Pur riconoscendosi un diritto alla privacy in questioni riguardanti l'autonomia personale, non può ritenersi che questo includa il diritto di sposare una persona dello stesso sesso"[288].

5.1.4. *Argomenti statali contrari al "same-sex marriage": (a) definizione, (b) intenzione originaria del legislatore, (c) tradizione*

Emerge sin qui come tre siano, nel merito, le principali tipologie di argomentazioni utilizzate per impedire l'ingresso del *same-sex marriage*, e come queste motivazioni, ben ricorrenti anche in altre prassi statali, possano essere fra loro interrelate, sovrapposte, mescolate[289]. Il primo argomento può per semplicità essere identificato

---

[288] *Ibidem*, § 91.

[289] *Anonimus v. Anonimus*, 67 Misc.2d 982, 325 N. Y.S.2d 499 (N. Y. S.Ct. 1971); *Jennings v. Jennings,* 315 A.2d 816, 820 n. 7 (Md. Ct. App. 1974): "marriage is between only one man and one woman"; *De Santo v. Barnsly*, 476 A.2d 952 (Pa. Super. Ct. 1984); *Dean v. District of Columbia*, 653 A.2d 307, 331 (D.C. 1995): "same-sex marriage is not a 'fundamental right' protected by the due process clause, because that kind of relationship is not 'deeply rooted in this Nation's history and tradition'"; *In re Estate of Hall*, 707 N. E.2d 201, 206 (Ill. App. 1998); *Rosengarten v. Downes*, 802 A.2d 170 (Conn. App. Ct.), *cert. granted in part*, 806 A.2d 1066 (Conn. 2002); *Frandsen v. County of Brevard*, 800 So. 2d 757, 759, 760 (Fla. 5th DCA 2001), *rev. denied*, 828 So. 2d 386 (Fla. 2002); *In re Estate of Gardiner*, 42 P. 3d 120 (Kan. 2002); *Burns v. Burns*, 560 S.E.2d 47 (Ga. App. 2002); *Morrison v. Sadler*, 2003 WL 23119998 (Ind. Super. Ct.) *cert. denied* (2003), 821 N. E.2d 15 (Ind. Ct. App. 2005): il DOMA dell'Indiana – Indiana Code Section 31-11-1-1 – non viola l'art. 1 § 23 della costituzione statale poiché "opposite-sex marriage furthers the legitimate state interest in encouraging opposite-sex couples to procreate responsibly and have and raise children within a stable environment. Regardless of whether recognizing same-sex marriage would harm this interest, neither does it further it. The ability of opposite-sex couples to reproduce "naturally" and unexpectedly is the characteristic that rationally distinguishes them from same-sex couples"; *Standhardt v. Superior Court* ex rel. *County of Maricopa*, 77 P. 3d 451, 459 (Ariz. Ct. App. 2003) *review denied* (Ariz. 2004): "[a]lthough same-sex relationships are more open and have garnered greater societal acceptance in recent years, same-sex marriages are neither deeply rooted in the legal and social history of our Nation or state nor are they implicit in the concept of ordered liberty" (per un bel commento della decisione si v.: M. Strasser, *Sexual orientation: the judicial response. The "Lawrence" reader:* Standhardt *and* Lewis *on women in love*, in 24 *St. Louis U. Pub. L. Rev.* 59 (2005)); *Perdue v. O'Kelley*, 280 Ga 732, 632 S.E.2d

come quello della definizione, e *Baker* (Minnesota) e *Jones* (Kentucky) ne sostanziano due chiari esempi: il matrimonio è per definizione eterosessuale, e siffatta definizione impedisce in principio di interpretarne le discipline statali secondo un paradigma diverso, o di immaginare che gli estensori del diritto in parola intendessero garantire un accesso più ampio, o anche di ravvisare nelle prassi invalse di concessione delle licenze matrimoniali modalità discriminatorie, lesive di un diritto fondamentale. Tutto ciò deve escludersi sol perché, *per definizione* data da autorevoli dizionari, il matrimonio postula l'unione tra un uomo e una donna[290]. A questa prima argomentazione, *Singer* e *Andersen* (Washington) ne aggiungono altre due: un'argomentazione originalista – in base alla quale la legge matrimoniale o i disposti costituzionali devono essere interpretati (*ergo*, definiti e riempiti di contenuto) alla luce dell'intenzione del legislatore, ordinario o costituente, sicché la presunta volontà originaria di riconoscere esclusivamente il matrimonio eterosessuale è sufficiente anche

---

110 Ga (S. Ct. Ga. 2006); *Citizens For Equal Protection v. Bruning*, 455 F.3d 859 C.A.8 (Neb. 2006); *American civil Liberties Union of Tennessee v. Darnell*, 195 S.W.3d 612 (Tenn. S. Ct. 2006); *Shields v. Madigan*, 5 Misc.3d 901, 783 N. Y.S.2d 270, 2004 N. Y. Slip Op. 24393 (N. Y. S.Ct. 2004); *Hebel v. West*, 25 A.D.3d 172, 803 N. Y.S.2d 242, 2005 N. Y. Slip Op. 07887 (N. Y. S.Ct. App. Div. 2005); *Langan v. Vincent's*, 25 A.D.3d 90, 802 N. Y.S.2d 476, 2005 N. Y. Slip Op. 07495 (N. Y. S.Ct. App. Div. 2005), *People v. Greenleaf*, 5 Misc. 3d 337, 780 N. Y.S.2d 899, 2004 N. Y. Slip Op. 24267 (N. Y. 2004), *Hernandez v. Robles*, 7 N. Y.3d 388, 855 N. E.2d 1 N. Y. (N.Y. Ct. App. 2006); *Li v. State*, 338 Or. 376, 110 P. 3d 91 (Or. S. Ct. 2005) e il relativo commento C.W. Langston, *Fundamental right, fundamentally wronged: Oregon's unconstitutional stand on same-sex marriage*, in 84 *Or. L. Rev.*, 861 (2005).

[290] A.L. Wax, *The conservative's dilemma: traditional institutions, social change, and same-sex marriage*, in 42 *San Diego L. Rev.,* 1059 (2005); C.S. Rosati, *What is the "meaning of marriage"?*, in 42 *San Diego L. Rev.,* 1003 (2005); D.L. Thomas Jr., *Same-sex marriage: the power of definition*, in 4 *Appalachian J.L.,* 109 (2005); M. Strasser, *"Defining" Marriage in light of "Moreno-Cleburne-Romer-Lawrence" jurisprudence: why DOMA cannot pass constitutional muster after* Lawrence, in 38 *Creighton L. Rev.,* 421 (2005); R. Arneson, *The meaning of marriage: state efforts to facilitate friendship, love, and childrearing*, in 42 *San Diego L. Rev.,* 979 (2005); W.C. Duncan, *The litigation to redefine marriage: equality and social meaning*, in 18 *BYU J. Pub. L.* 623 (2004); D. Orgon Coolidge, W.C. Duncan, *Definition or Discrimination?: State Marriage Recognition Statutes in the "Same Sex Marriage" Debate*, in 32 *Creighton Law Review*, 3 (1998); A.H. Friedman, *Same-Sex Marriage and the Right to Privacy: Abandoning Scriptural, Canonical, and Natural Law Based Definitions of Marriage*, in 35 *Howard Law Journal*, 173 (1992).

a colmare l'eventuale assenza di chiari rifermenti normativi che prescrivano la necessità della differenza sessuale – e un'argomentazione storico-tradizionalista – in base alla quale il *same-sex marrige* non è da considerarsi un diritto fondamentale, suscettibile di perentorio e generalizzato riconoscimento statale, perché, come suggerisce il precedente federale *Glucksberg*, non è un diritto profondamente radicato nella storia e tradizione della nazione americana.

A sostegno dell'inaccettabbiltà e irrazionalità dell'argomento della definizione e dell'approccio originalista non è necessario aggiungere altro rispetto a quanto già riferito, qui e in altre parti di questo libro. In molti casi, poi, la loro impostazione circolare e/o tautologica è talmente autoevidente da non meritare altri approfondimenti. Merita invece precisazioni aggiuntive l'argomento storico-tradizionalista, perché la sua natura tautologica, circolare, incoerente, chiusa ad ogni informazione o lettura che non conviene è meglio evidente se posta in raffronto con i postulati normativi desumibili da una cornice costituzionale più ampia. Molte considerazioni svolte a tal proposito possono valere anche per le prime due, ed assieme corroborano l'idea dell'inaccettabilità e irrazionalità delle prassi statali di diniego del *same-sex marriage*.

Il ragionamento storico-tradizionalista esemplificato in *Andersen* e riproposto, secondo versioni pressoché identiche, in molte altre prassi statali[291] è criticabile su più versanti. Adottando *Gluck-*

---

[291] Cfr., *iner alia*: *Storrs v. Holcomb*, 645 N. Y.S.2d 286 (N.Y. App. Div. 1996): "long tradition of marriage, understood as the union of male and female, testifies to a contrary political, cultural, religious and legal consensus [opposed to same-sex marriage] concluding that New York does not recognize or authorize same-sex marriage and that the City Clerk correctly refused to issue the license"; *In re Estate of Cooper*, 564 N. Y.S.2d 684, 688 (N. Y. Fam. Ct. 1990): "the state has a compelling interest in fostering the traditional institution of marriage (whether based on self-preservation, procreation, or nurturing and keeping alive the concept of marriage and family as a basic fabric of our society), as old and as fundamental as our entire civilization, which institution is deeply rooted and long established in firm and rich societal values"; *In Re Kandu*, 315 B.R. 123 (Bkrtcy.W.D.Wash. 2004): "[a]bsent any history or tradition of same-sex marriage, there is no basis for defining that arrangement to be a fundamental constitutional right. As the Supreme Court made clear in *Glucksberg*, substantive due process does not authorize the courts to reverse centuries of legal doctrine and practice, and strike down the considered policy choice of almost every State" (per un commento critico alla

sberg come punto di partenza, infatti, può definirsi il matrimonio come diritto fondamentale, ma i *fundamental rights*, una volta riconosciuti, non possono essere negati a gruppi particolari sol perché quegli stessi gruppi sono sempre stati, storicamente parlando, discriminati nell'esercizio di quel diritto fondamentale. Inoltre, da un punto di vista costituzionale non è corretto catalogare il diritto al matrimonio invocato dalle coppie omosessuali come "nuovo" diritto, perché in tal modo si fraintende la componente di libertà sottesa all'interesse rivendicato[292], contrariamente alle indicazioni metodologiche e interpretative precisate anche in *Lawrence*[293]. Invalidando

---

decisione si v.: T.R. Goulde, *"In Re Kandu": defining DOMA – deferential Washington Bankruptcy court deals blow the equal protection and due process by upholding federal ban on recognition of same-sex marriage*, in 14 *Law & Sexuality,* 193 (2005)).

[292] F.I. Michelman, *Liberties, fair values, and constitutional method*, in 59 U. *Chi. L. Rev.* 91 (1992); C. McC. Mathias Jr., *Ordered liberty: the original intent of the constitutional*, in 47 *Md. L. Rev.,* 174 (1987).

[293] Sul punto vi è oramai una dottrina copiosa: A.J. Homicz, *Constitutional law. Substantive Due Process and the not-so fundamental right to sexual orientation. "Lawrence v. Texas"*, 123 S. Ct. 2472 (2003), in 37 *Suffolck U. L. Rev.,* 1249 (2004); C.A. Ball, *The positive in the fundamental right to marry: same-sex marriage in the aftermath of* Lawrence v. Texas, in 88 *Minn. L. Rev.,* 1184 (2004); C.E. Mauney Jr., *Landmark decision or limited precedent: does* Lawrence v. Texas *require recognition of a fundamental right to same-sex marriage?*, in 35 *Cumb. L. Rev.,* 147 (2004-2005); C.R. Sunstein, *What did* Lawrence *held? Of autonomy, desuetude, sexuality, and marriage*, in 55 *Sup. Ct. Rev.,* 27 (2003); E. Stein, *Introducing Lawrence v. Texas: some background and a glimpse of the future*, in 10 *Cardozo Women's L.J.,* 263 (2004); J.F. Basiak Jr., *Inconsistent levels of generality in the characterization of unenumerated fundamental rights*, in 16 *U. Fla. J.L. & Pub. Pol'y*, 401 (2005); L.H. Tribe, Lawrence v. Texas*: "The fundamental right that dare not speak its name"*, in 117 *Harv. L. Rev,* 1893 (2004); L.H. Tribe, M.C. Dorf, *Levels of generality in the definitions of rights*, in 57 *U. Chi. L. Rev.,* 1057 (1990); M. Strasser, *"Lawrence" and same-sex marriage bans: on constitutional interpretation and sophistical rhetoric*, in 69 *Brook. L. Rev.,* 1003 (2004); Id., Lawrence*, same-sex marriage and the Constitution: what is protected and why?*, in 38 *New Eng. L. Rev.,* 667 (2004); M.A. Lawrence, *Reviving a natural right: the freedom of autonomy*, in 42 *Willamette L. Rev.,* 123 (2006); M.J. Klarman, *Brown and Lawrence (and Goodridge)*, in 104 *Mich. L. Rev.,* 431 (2005); R. Emond, *Does the equal protection analysis in* Lawrence *make bans on same-sex marriage unconstitutional?*, in 26 *J. Jefferson L. Rev.,* 447 (2004); R.F. Moran, *Love with a proper stranger: what anti-miscegenation laws can tell us about the meaning of race, sex, and marriage*, in 32 *Hofstra L. Rev.,* 1663 (2004); T.S. Whitty, *Eliminating the exception? "Lawrence v. Texas" and the arguments for extending the right to marry to same-sex couples*, in 93 *Ky. L.J.,* 813 (2004-2005); V.J. Samar, *Sexual orienta-*

Hardwick, infatti, *Lawrence* afferma l'illegittimità dei *sodomy laws*, e nel far ciò fa propria l'idea che in *Hardwick* la Corte Suprema abbia compiuto un errore di fondo nell'inquadramento della questione oggetto di giudizio. La questione in *Hardwick* non era stabilire se la costituzione federale conferiva un "fundamental right upon homosexual to engage in sodomy"[294]; il diritto fondamentale in questione, propriamente inquadrato, era il diritto ad intrattenere rapporti sessuali privati fra adulti consenzienti, vale a dire un diritto che può essere esercitato sia dagli eterosessuali che dagli omosessuali. Stando a *Lawrence*, *Hardwick* sbaglia perché "discloses the Court's own failure o appreciate the extent of the liberty at stake"[295].

Stesse osservazioni s'impongono rispetto all'inquadramento del *same-sex marriage*. La rivendicazione di un *liberty interest* non può, costituzionalmente parlando, essere inquadrata in modo così specifico, tal che il diritto rivendicato non può assurgere a diritto fondamentale perché storicamente e tradizionalmente negato a chi ne richiede in quel momento l'esercizio. Nel sostenere che "le persone in una relazione omosessuale possono rivendicare la loro autonomia al fine di compiere scelte intime e personali, come fanno le persone eterosessuali"[296], *Lawrence* rifiuta l'idea che diritti fondamentali siano solo quelli già identificati come tali in ragione di destinatari, per così dire, accreditati e riconosciuti. *Lawrence* afferma che "i tempi possono occultare certe verità, ma le generazioni successive possono costatare come leggi prima ritenute necessarie e appropriate siano di fatto servite solo ad opprimere. Se la costituzione è destinata a durare nel tempo, allora le persone d'ogni generazione possono invocarne i principi per la ricerca di una maggiore libertà"[297].

Storia e tradizione devono concepirsi solo come punti di partenza dell'indagine individuativa di un diritto fondamentale, perché è irrazionale stabilire i *fundamental rights* unicamente in funzione di

---

tion: the judicial response. Bowers, *"Lawrence" and same-sex marriage: a meeting of hard and very hard cases*, in 24 *St. Louis U. Pub. L. Rev.,* 89 (2005).

[294] *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003), 566.

[295] *Ibidem*, 567.

[296] *Ibidem*, 574.

[297] *Ibidem*, 579.

chi ne abbia già ottenuto il pieno riconoscimento[298]. Marshall J. avverte saggiamente che "ciò che un tempo era considerato appartenente all'ordine 'naturale' o 'auto-evidente' è successivamente destinato ad essere visto come limitazione artificiale e pretestuosa della libertà e delle potenzialità umane"[299]. In tal senso, il diritto fondamentale al matrimonio deve essere riconosciuto anche a chi è stato in precedenza escluso, ossia a coloro la cui esclusione appare "deeply rooted". L'argomento in base al quale le coppie dello stesso sesso possono essere private del diritto fondamentale al matrimonio sol perché il *marriage* – per definizione, e/o intento originario del legislatore, oppure storia o tradizione – ha sempre escluso questo genere di coppie è irrazionale e palesa la sua natura tautologica e/o circolare. Definire l'istituzione matrimoniale in funzione delle caratteristiche di coloro cui si è sempre garantito l'accesso, al fine di giustificare l'esclusione dei sempre esclusi, significa (anche) perpetrare una tradizione ingiusta e non rispondere alla questione che cittadini discriminati chiedono alle corti di decidere.

Non solo. Che il matrimonio civile abbia tradizionalmente escluso le *same-sex couples* – ergo: che la concezione storica e culturale di matrimonio abbia sempre seguito il paradigma delle differenza sessuale – non è, da solo, un fondamento razionale accettabile alla luce di *Romer*. Affermare che la discriminazione è "tradizionale" equivale ad esserire che questa esiste da lungo tempo, ma una classificazione non può essere giustificata solamente "for its own sake"[300], e anzi deve promuovere un interesse statale diverso dal mero mantenimento della storica e consueta classificazione. E poiché la tradizione di escludere le minoranze sessuali dal matrimonio non è cosa diversa dalla classificazione che la realizza, allora è un non senso giustificare l'esclusione solo in nome della storia di discriminazione. In altri termini, l'argomento della tradizione non chiarifica la funzione della classificazione, ma semplicemente la perpetua acriticamente

---

[298] N.J. Knauer, Lawrence v. Texas: *when "profound and deep convictions" collide with liberty interests*, in 10 *Cardozo Women's L.J.,* 325 (2004).

[299] *City of Cleburne, Tex. v. Cleburne Living Ctr.*, 473 U.S. 432 (1985), 466.

[300] *Romer v. Evans* 517 U.S. 620 (1996), 635.

nel tempo, e ciò solo non è sufficiente a rendere la discriminazione costituzionale.

La presenza, ad ogni livello, del pregiudizio induce Evan Gerstmann ad affermare – testuali parole – che il "[s]ame-sex marriage is an issue that truly tests America's commitment to genuine legal equality. Many have raised concerns that America's focus on group and group rights threatens our unity and democracy. If we hope to move past the current discourse of "gay rights", "minority rights", and so forth, then we must be willing to take a fresh look at the question of what rights we *all* share as people and as Americans. Although reasonable people can disagree on the merits of same-sex marriage, the legal response to the claims of same-sex couples has been callow and dismissive. The courts' repeated reliance upon reasons that have so little analytic substance does serious damage to the ideal that all are equal before the law. At an absolute minimum, the courts must refrain from relying upon arguments that they would never accept in the other context. The same is true for the heterosexual majority. If we find it charming when eighty-years-olds marry, we cannot turn around and tell same-sex couples that they cannot marry because they cannot have children or because marriage is reserved for traditional families"[301].

5.2. *Le prassi statali di riconoscimento del "same-sex marriage"*

Due sono di norma i principi, rintracciabili nella Costituzione federale e in quasi tutte quelle statali, che rilevano in tema di matrimonio omosessuale: la *Due Process Clause* – che tra l'altro postula il riconoscimento, come diritto fondamentale, d'ogni *liberty interest* sussumibile nel valore costituzionale di *ordered liberty* – e l'*Equal Protection Clause* – che esige il riconoscimento indistinto dei diritti ritenuti fondamentali e la corrispondenza delle classificazioni legislative a *standard* differenziati elaborati in sede giurisprudenziale. In diverse occasioni la Corte Suprema ha ribadito che tra i diritti im-

---

[301] E. Gerstmann, *Same-Sex Marriage and the Constitution*, cit., 209.

plicitamente tutelati dal XIV Emendamento – espressione esplicita delle clausole in parola – particolare importanza va conferita al diritto di matrimonio, fortemente radicato nella storia e nella tradizione della società americana. Occorre allora verificare se, e soprattutto in che modo, le prassi di alcuni Stati abbiano ricompreso i soggetti omosessuali tra i destinatari del *right to marry* o se, diversamente, abbiano ritenuto possibile enucleare dal XIV Emendamento argomentazioni che ne impongano in ogni caso la sua estensione.

5.2.1. *Hawaii*

Per la prima volta, nel 1993, la Corte Suprema delle Hawaii afferma che il divieto posto a due persone dello stesso sesso di contrarre matrimonio è soggetto al rispetto della garanzia dell'*Equal Protection*, prevista dalla costituzione statale (*Baher* v. *Lewin*)[302]. Poiché secondo la costituzione delle Hawaii ogni classificazione fondata sul sesso riveste natura sospetta[303], la Corte Suprema decide di rinviare il caso alla

---

[302] *Baher* v. *Lewin*, 852 P. 2d 44 (Haw. 1993). Sul caso, v.: E.J. Toulon, *Call the Caterer: Hawaii to Host First Same-Sex Marriage*, in 3 *Southern California Review of Law & Women's Studies,* 109 (1993); M.K. Courson, *"Baehr v. Lewin": Hawaii Takes a Tentative Step to Legalize Same-Sex Marriage*, in 24 *Golden Gate University Law Review*, 41 (1994); B.J. Cox, *Same-Sex Marriage and Choice of Law: If We Marry in Hawaii, Are We Still Married When We Return Home?*, in 1994 *Wisconsin Law Review*, 1033 (1994); J. Deitrich, *The Lessons of the Law: Same-Sex Marriage and "Baehr v. Lewin"*, in 78 *Marquette Law Review*, 121 (1994); J.W. Hovermill, *A Conflict of Laws and Morals: The Choice of Law Implications of Hawaii's Recognition of Same-Sex Marriage*, in 53 *Maryland Law Review,* 450 (1994); C.J. Keller, *Divining the Priest: A Case Comment on "Baehr v. Lewin"*, in 12 *Law & Inequality*, 483 (1994); S.K. Kozuma, *"Baehr v. Lewin" and Same-Sex Marriage: The Continued Struggle for Social, Political and Human Legitimacy*, in 30 *Williamette Law Review,* 891 (1994); J. Perella McConaghy, *Constitutional Law. Hawaii Subjects Sex-Based Classifications to Strict Scrutiny Analysis. "Baehr v. Lewin"*, in 28 *Suffolk University Law Review* 164 (1994); M.E. Farrell, *"Baehr v. Lewin": Questionable Reasoning; Sound Judgment*, in 11 *Journal of Contemporary Health Law & Policy*, 589 (1995).

[303] L'art. 1, sezione III, della cost. Hawaii, dispone: "Equality of Rights. Equality of rights under the law shall not be denied or abridged by the state on account of sex. The legislator shall have the power to enforce, by appropriate legislation, the provisions of this section"; la sezione 5, del medesimo articolo, aggiunge: "Due Process and Equal Protection. No person shall be deprived of life, liberty or

circuit court affinché lo Stato provi che il *same-sex marriage ban* sia strettamente funzionale a promuovere interessi statali stringenti. La *circuit court*, dopo avere accertato l'insufficienza delle argomentazioni addotte dallo Stato hawaiano per soddisfare il pesante onere della prova, rimette la sua decisione al riesame della Corte Suprema[304], ma durante il periodo di pendenza della questione di fronte a quest'ultima (novembre 1998), il corpo elettorale approva la revisione costituzionale che inserisce direttamente tale divieto nella costituzione statale[305]. La Corte Suprema non si pronuncia per effetto della sopravvenuta revisione costituzionale[306], ma tale decisione avrebbe posto dei parametri utili agli Stati che prevedono divieti costituzionali di discriminazione in base al sesso per valutare l'eventuale violazione di principi contenuti nella costituzione statale o federale[307].

Oggi nelle Hawaii l'istituto matrimoniale, intriso di significati simbolici e religiosi, è riservato solo alle *opposite-sex couples*, mentre le altre possono eventualmente ricorrere all'unico strumento legale (recessivo) nel frattempo approvato dal legislatore hawaiano. Dopo l'approvazione dell'emendamento costituzionale, è stato consentito

---

property without due process of law, nor be denied the equal protection of the laws, nor be denied the enjoyment of the person's civil right or be discriminated against in the exercise thereof because of race, religion, sex or ancestry".

[304] *Baher* v. *Miike*, CIV. No. 91-1934, 1996 WL 694235 (Haw. Cir. Ct. Dec. 3, 1996); si v. D. Orgon Coolidge, *Same-Sex Marriage?* Baehr v. Miike *and the Meaning of Marriage*, in 38 *South Texas Law Review* 1 (1997).

[305] Art. 1, Sec. 23, costituzione Hawaii: "Marriage. The legislator shall have the power to reserve marriage to opposite-sex couples".

[306] *Baher* v. *Miike*, 994 P. 2d 566 (Haw. 1999): "[t]he passage of the marriage amendment placed HRS s.572-1 on new footing. The marriage amendment validated HRS s.572-1 by taking the statute out of the ambit of the equal protection clause of the Hawaii constitution, at least insofar as the statute, both on its face and as applied, purported to limit access to the marital status to opposite-sex couples. Accordingly, whether or not in the past it was violative of the equal protection clause in the foregoing respect, HRS s.572-1 no longer is. In light of the marriage amendment, HRS s.572-1 must be given full force and effect".

[307] M. Strasser, *Constitutional Limitations and "Baehr" Possibilities: On Retroactive Legislation, Reasonable Expectations, and Manifest Injustice*, in 29 *Rutgers Law Journal,* 271 (1998); Id., *"Ex Post Facto" Laws, Bills of Attainder, and the Definition of Punishment: On DOMA, the Hawaii Amendment and Federal Constitutional Constraints*, in 48 *Syracuse Law Review,* 227 (1998).

alle *same-sex couples* di divenire *reciprocal beneficiaries*[308]. Tale istituto consente di "estendere certi diritti e benefici attualmente concessi solo alle coppie sposate anche alle coppie composte da due soggetti a cui è legalmente proibito contrarre matrimonio secondo il diritto statale"[309], come ad esempio "una vedova e il figlio non coniugato, o due soggetti che appartengono allo stesso genere"[310]. Quando si diviene beneficari reciproci si gode solo di quei diritti e benefici espressamente attribuiti dalla legge, e in ogni caso, "salvo deroga espressa, i *reciprocal beneficiaries* non hanno gli stessi diritti ed obblighi conferiti dal matrimonio"[311]. Ciò che conta non è tanto che le *same-sex couples* (ma non solo) godano soltanto di una tutela di secondo rango, ma soprattutto che di *marriage* si parli esclusivamente con riferimento ad un vincolo familiare tra un uomo e una donna.

5.2.2. *Alaska*

Vicende simili sono occorse pure in altri Stati. Nel febbraio 1998, in *Brause* v. *Boureau of Vital Statistics*[312], la Corte Superiore dell'Ala-

---

[308] W.B. Burnette, *Hawaii's Reciprocal Beneficiaries Act: an effective step in resolving the controversy surrounding same-sex marriage*, in 37 *Brandeis Law Journal*, 81 (1998-99).

[309] Hawaii Revised Statutes, Section 572C-1.

[310] *Ibidem*, Section 572C-2. Esso aggiunge: "The legislature finds that the people of Hawaii choose to preserve the tradition of marriage as a unique social institution based upon the committed union of one man and one woman […] However, the legislature concurrently acknowledges that there are many individuals who have significant personal, emotional, and economic relationships with another individual yet are prohibited by such legal restrictions from marrying". Il § 572C-4 prevede i requisiti necessari per contrarre il *reciprocal beneficiary*: "In order to enter into a valid reciprocal beneficiary relationship, it shall be necessary that: (1) Each of the party be at least eighteen years old; (2) Neither of the parties be married nor a party to another reciprocal beneficiary relationship; (3) the party be legally prohibited from marrying one another under chapter 572; (4) consent of either party to the reciprocal beneficiary relationship has not been obtained by force, duress, or fraud; and (5) each of the parties sign a declaration of reciprocal beneficiary relationship as provided in section 572C-5".

[311] *Ibidem*, Section 572C-6.

[312] *Brause* v. *Boureau of Vital Statistics*, 1998 WL88743 (Alaska Super. Ct. 1998). La costituzione dell'Alaska, all'art. 1, sez. 22, recita: "Right of Privacy. The right of the people to privacy is recognized and shall not be infringed. The legisla-

ska esce da tralatizie logiche circolari di ragionamento: "non basta dire che 'il matrimonio è il matrimonio' e accettare senza nessun tipo di indagine la legge matrimoniale impugnata di fronte ai giudici. È dovere dei giudici far di più che asserire meramente che il matrimonio è solo, e deve essere solo, ciò che normalmente rappresenta per la maggioranza delle persone. In alcune parti della nazione la mera accettazione della normalità avrebbe lasciato in piedi la segregazione".

Un esame critico della legislazione matrimoniale porta così la Corte a sostenere, per la prima volta negli Stati Uniti, che il divieto del *same-sex marriage* si pone in contrasto sia con la garanzia del diritto fondamentale alla *privacy* sia rispetto all'*equal protection clause*, garantiti dalla costituzione statale, e che dunque il matrimonio, siccome diritto fondamentale, deve essere esteso anche alle coppie omosessuali. In *Brause*, poi, la *Superior Court* dell'Alaska afferma congiuntamente che il *same-sex marriage ban* costituisce una discriminazione fondata sul sesso, potenzialmente sottoponibile al *test* intermedio (*heightened scrutiny*) più rigoroso rispetto a quello previsto per le *mere classifications*.

Nel novembre successivo il corpo elettorale vanifica la decisione della Corte approvando un emendamento costituzionale che vieta espressamente il matrimonio tra persone dello stesso sesso[313]. Questo però non ha impedito, di fatto, l'applicazione dell'*equal proitection clause* statale e l'estensione di alcuni benefici coniugali alle coppie omosessuali. In *Alaska Civil Liberties Union* v. *State* si è precisato che "l'*equal protection clause* e il *Marriage Amendment* della costituzione dell'Alaska possono essere armonizzati […]. Il *Marriage Amendment* impedisce sostanzialmente alle *same-sex couples* di contrarre valido matrimonio in Alaska, ma non impedisce implicitamente o esplicita-

---

ture shall implement this section"; l'*Equal Protection* invece si desume da altri due disposti: l'art. 1, sez. 1: "Inherent Rights. This constitution is dedicated to the principles that all persons have a natural right to life, liberty, the pursuit of happiness, and the enjoyment of the rewards of their own industry; that all persons are equal and entitled to equal protections under the law; and that all persons have corresponding obligations to the people and the State"; l'art. 1, sez. 3: "Civil Rights. No person is to be denied the enjoyment of any civil or political right because of race, color, creed, sex, or national origin, The legislature shall implement this section".

[313] Art. 1, sez. 25, costituzione Alaska: "Marriage. To be valid or recognized in this State, a marriage may exist only between one man and one woman".

mente ai datori di lavoro pubblici di offrire ai lavoratori conviventi con una persona dello stesso sesso i benefici che vengono offerti ai lavoratori uniti in matrimonio"[314]. Così ragionando, poi, in un futuro più o meno prossimo non è un'ipotesi irrealistica nemmeno l'estensione completa dei benefici coniugali alle coppie omosessuali: il *marriage amendement* impedirebbe unicamente l'utilizzo del nome matrimonio rispetto al caso delle unioni omosessuali[315].

5.2.3. *Massachusetts*

Il gran passo in tema di riconoscimento del *same-sex marriage* si compie il 18 novembre 2003, giorno in cui la Corte Suprema del Massachusetts, in *Goodridge v. Department of Public Health*[316], sancisce che "vietare a un inividuo le protezioni, i benefici, gli obblighi del matrimonio civile unicamente perché quella persona si sposerebbe con una persona dello stesso sesso viola la Costituzione del Massachussetts", dal momento che questa "afferma la dignità e l'eguaglianza di tutti i cittadini" e "vieta la creazione di cittadini di seconda classe"[317]. Si tratta di una tappa epocale sia perché è la prima volta che uno Stato americano consente ad una coppia omosessuale di contrarre realmente valido matrimonio, sia perché la *ratio decidendi*

---

[314] *Alaska Civil Liberties Union v. State*, 122 P. 3d 781, 96 Fair Empl. Proc. Cas. (BNA) 1428 (Alaska S. Ct., 28 Oct. 2005).

[315] E.J. Lobsinger, *A national model for reconciling equal protection for same-sex couples with state marriage amendments: "Alaska Civil Liberties Union Ex Rel. Carter v. Alaska"*, in 23 *Alaska L. Rev.*, 117 (2006).

[316] *Goodridge v. Department of Public Health*, 798 N.E. 2d 941 (Mass., 18 November 2003). Per un commento della decisione si v., *inter alia*: G. Gee, *Same-sex marriage in Massachusetts: judicial interplay between federal and state courts*, in *P. L. 2004 SUM* 252-265; M. McDonough, *Gay marriage decision harks back 55 years*, in 2(46) *ABA J. E-Report,* 1 (2003); M.E. Rayment, *Goodridge v. Department of Public Health: the wrong step at the wrong time for same-sex marriages*, in 82 *Denv. U. L. Rev.,* 109 (2004); R.W. Waller, *Three State approaches to same-sex marriage: why "Goodridge" should have followed the majority approach*, in 28 *Am. J. Trial Advoc.,* 703 (2005); W.C. Duncan, Goodridge *and the rule of law same-sex marriage in Massachusetts: the meaning and the implications of "Goodridge v. Department of Public Health"*, in 14 *B.U. Pub. Int. L.J.* 42 (2004).

[317] *Ibidem* (Marshall C.J. *opinion*, IV).

di *Goodridge* è tale da potersi applicare anche in altre giurisdizioni domestiche, sinanche a dimostrare l'erroneità delle più consolidate prassi di non riconoscimento del *same-sex marriage*[318].

Goodridge argomenta che il matrimonio – vitale istituzione sociale che garantisce la stabilità di una società per il solido scambio di nutrimento, amore e reciproco sostegno che attua tra due individui – non possa intendersi come esclusivo appannaggio delle coppie eterosessuali, perché tale visione risulterebbe "radicata in persistenti pregiudizi avverso le persone che sono (o che sono ritenute essere) omosessuali)", e "senza un motivo razionale sottopone un segmento produttivo della comunità ad una profonda e lacerante esperienza di vita"[319]. Premesso che il diritto al matrimonio è ben poca cosa se non include il diritto di scegliere la persona con cui contrarlo, per la Corte cade ogni fondamento invocato a sostegno del *marriage ban*, alla luce della necessità di rispettare l'autonomia individuale protetta dalla *Due Process Clause* e l'eguaglianza davanti alla legge garantita dal XIV Emendamento. La proibizione del matrimonio omosessuale manca di una base razionale (*i.e.* ragionevole) che possa giustificare la prevalenza degli interessi statali alla procreazione, ad un ambiente ottimale per la crescita dei figli e alla conservazione di scarse risorse finanziarie pubbliche e private, in quanto i figli cresciuti all'interno di una famiglia omosessuale, al pari degli altri, devono poter godere di tutti i vantaggi e benefici pubblici messi a disposizione del nucleo familiare per assicurare una crescita protetta e sicura della prole. La Corte estende dunque anche alle coppie dello stesso sesso la possibilità di contrarre matrimonio civile, con tutti i benefici ed obblighi connessi, concedendo al legislatore statale 180 giorni di tempo per adottare le eventuali e necessarie misure di adeguamento[320].

L'11 dicembre 2003, il Senato e la Camera dei rappresentanti del Massachusetts, riuniti in assemblea, approvano un progetto di legge istituente il regime delle unioni civili per le *same-sex couples*[321] – men-

---

[318] B.N. Niemczyk, *"Baker v. Nelson" revisited: is same-sex marriage coming to Minnesota?*, in 28 *Hamline L. Rev.*, 425 (2005).

[319] *Goodridge v. Department of Public Health*, cit. (Marshall C.J. *opinion*, III B).

[320] *Ibidem* (Marshall C.J. *opinion*, IV).

[321] *Bill, Senate No. 2175, "An Act relative to civil unions"*.

tre nell'ottica del *bill* il matrimonio rimane un'opzione riservata alle coppie eterosessuali – chiedendo immediatamente alla Corte Suprema di valutarne la costituzionalità, attraverso l'esercizio di un potere giudiziale espressamente riconosciuto dalla costituzione statale[322]. Il 3 febbraio 2004, in *Opinions of the Justices to the Senate*, il *bill* viene giudicato contrario all'*Equal Protection* e alla *Due Process* della costituzione e della Dichiarazione dei Diritti del Massachusetts in quanto "maintains an unconstitutional, inferior, and discriminatory status for same-sex couples"[323]. Il *reasoning* corre sulla considerazione del matrimonio come bene giuridico fondamentale comportante concreti benefici tangibili (patrimonio, eredità, tributi) e non, la cui mancata ammissione per le coppie dello stesso sesso diviene esclusione "da una gamma completa di esperienze umane". Di conseguenza il *bill*, espressivo della tradizionale e storica concezione di matrimonio, avrebbe avuto l'effetto di far sentire le coppie omosessuali come *second-class citizens* e di mantenere, se non addirittura favorire, lo stigma che la costituzione statale intende invece debellare non permettendo discriminazioni ingiuste. Il riconoscimento dell'orientamento sessuale come *suspect classification*, quale emerge dall'opinione dissenziente del giudice Martha Sosman, conferma la teorizzazione del *same-sex marriage* come diritto fondamentale, e nello stesso senso sembra portare la scelta del legislatore del Massachusetts di introdurre un emendamento costituzionale per ristabilire la natura eterosessuale del *civil marriage*.

Il dibattito dunque non accenna a placarsi. Da un lato gli oppositori contestano *Goodridge* lamentando l'uso strumentale della funzione giurisdizionale per compiere scelte di natura politica, in contrasto con i principi democratici che affidano tali scelte agli organi rappresentativi[324]: ma quest'obiezione è infondata stando a quanto affermatosi in *Largesse v. Supreme Judicial Court for State of Mas-*

---

[322] *Constitution of the Commonwealth*, Part II, c. 3, art. 2: "[e]ach branch of the legislature, as well as the governor or the council, shall have authority to require the opinions of the justices of the supreme judicial court, upon important questions of law, and upon solemn occasions".

[323] *Opinions of the Justices to the Senate*, 802 N. E.2d 565 (Mass., 3 February 2004).

[324] W.C. Duncan, *Legislative deference & the novelty of same-sex marriage*, in 16 *Stan. L. & Pol'y Rev.,* 83 (2005).

sachusetts[325]. Dall'altro si tenta di ristabilire la famiglia fondata sul matrimonio eterosessuale a colpi di emendamenti costituzionali: ma anche l'ultima iniziativa legislativa, appoggiata dal Procuratore Generale Tom Reilly, ha miserabilmente fallito – dopo alterne vicende legali[326] – il 19 giugno 2007, ottenendo in sede parlamentare l'approvazione di soli 45 voti contro i 151 a sfavore. *Goodrige* resta quindi giurisprudenza valida ed effettiva, ma con il limite applicativo – chiarito in *Cote-Whitacre v. Department of Public Health*[327] – alle sole coppie residenti in Massachussetts[328].

5.2.4. *Maryland*

Il 20 gennaio 2006, in *Deane v. Conaway*[329], la Corte circondariale di Baltimore City (Maryland) dichiara l'incostituzionalità del *sa-*

---

[325] *Largesse v. Supreme Judicial Court for State of Massachusetts*, 317 F. Supp. 2d 77 (Mass., 13 May 2004).

[326] Dapprima gli oppositori al *same-sex marriage* hanno cercato, vanamente, di allungare il termine di 180 giorni concesso da *Goodridge* al Parlamento, con l'intento di giungere all'approvazione di un emendamento costituzionale che antecedesse, e quindi impedisse, il rilascio di licenze matrimoniali a coppie omosessuali: *Doyle v. Goodridge*, 444 Mass. 1006, 827 N. E.2d 1255 (Mass., 27 May 2005). In risposta alla proposta di emendamento costituzionale, i sostenitori del matrimonio gay hanno sollevato di fronte ai giudici la violazione dell'art. 48 della costituzione statale, rilevando che la certificazione della *initiative petition* rilasciata dall'*Attorney General* potesse determinare il "reversal of a judicial decision". Scartata anche quest'ipotesi con *Schulman v. Attorney General*, 447 Mass. 189, 850 N. E.2d (Mass., 10 July 2006), i sostenitori dell'emendamento hanno nuovamente adito la corte, senza risultato, per ottenere un provvedimento giudiziale che imponesse agli organi rappresntativi di votare entro la fine della legislatura, prevista per il 2 gennaio 2007: *Doyle v. Secreatry of Commonwealth*, 448 Mass. 114, 858 N. E.2d 1090 (Mass., 27 December 2006).

[327] *Cote-Whitacre v. Department of Public Health*, 446 Mass. 350, 844 N. E.2d 623 (Mass., 30 March 2006).

[328] A.M. Crowley, *"Cote-Whitacre v. Department of public Health": disproving the misconception that Massachusetts created a national loophole for same-sex marriage*, in 14 *Law & Sexuality* 169 (2005); cfr. anche *Cote-Whitacre v. Department of Public Health*, 21 Mass.L.Rptr. 513, 2006 WL 3208758 (Mass. Super. Ct. 2006), dalla quale sembrerebbe ricavarsi un'eccezione per i residenti nel Rhode Island.

[329] *Deane v. Conaway*, 2006 WL 148145 (Md.Cir.Ct. 2006); per un commento si v. M.F. Scurti, *Same-sex marriage: is Maryland ready?*, in 35 *U. Balt. L.F.*, 128 (2005).

me-sex marriage ban contenuto nel *Family Law § 2-201*, giacché contrario all'*Equal Rights Amendemnt* (ERA) della costituzione statale (art. 46 Maryland Declaration of Rights) in base al quale "equality of rights under the law shall not be abridged or denied because of sex". *Deane* non è ancora una decisione definitiva perché pende di fronte alla Corte d'Appello statale, ma se questa sarà confermata, come lascia ben sperare la radicata tradizione legale "orientation-blind" del Maryland[330], il divieto di contrarre matrimonio con una persona dello stesso sesso dovrà cessare di esistere perché pone in essere una classificazione sospetta fondata sul sesso che non è "narrowly tailored to serve any compelling governmental interests"[331], e poi perché, anche volendo applicare uno *standard* meno oneroso dello *strict scrutiny*, la Corte si dichiara "unable even to find that the prohibition of same-sex marriage rationally relates to a legittimate state interest"[332].

Murdock J. esclude che qualcuno degli interessi rivendicati dallo Stato possa superare il vaglio costituzionale del *rational basis test*, e quindi "by extention, the high strict scrutiny standard"[333]. Tale eventualità è esclusa anche rispetto ad interessi statali – statisticamente fra i più vittoriosi nelle *same-sex marriage litigations* – quali procreazione e crescita dei figli naturali nel nucleo familiare padre-madre[334], da un lato, e rispetto della tradizione e/o delle convizioni (religiose)[335], dall'altro. Rispetto al primo non può sostenersi esistere una connessione razionale con il divieto del *same-sex marriage* per due ragioni. Anzitutto perché l'allargamento dei confini matri-

---

[330] G. Care, *Something old, something new, something borrowed, something long overdue: the evolution of a "sexual orientation-blind" legal system in Maryland and the Recognition of same-sex marriage*, in 35 *U. Balt. L. Rev.,* 73 (2005).

[331] *Deane v. Conaway*, cit., 3.

[332] *Ibidem*, 7.

[333] *Ibidem*.

[334] D.W. Kmiec, *The procreative argument for proscribing same-sex marriage*, in 32 *Hastings Const. L.Q.*, 653 (2004-2005); M. Strasser, *Adoption and the best interest of the child: on the use and abuse of studies*, in 38 *New. Eng. L. Rev.*, 629 (2004); Id., *Rebellion in the eleventh circuit: on "Lawrence", "Lofton", and the best interest of children*, in 40 *Tulsa L. Rev.,* 421 (2005).

[335] D. Avila, *To wed & let wed? The intrusive impact on dissenting religious belief & practices created by same-sex marriages*, in 38 *New Eng. L. Rev.*, 621 (2004); J.H. Russell, *The religious liberty argument for same-sex marriage and its effect upon recognition*, in 7 *Rutgers J.L. & Religion*, 4 (2005).

moniali non determinerebbe né un incremento né una diminuzione del numero dei matrimoni eterosessuali e dei figli cresciuti nell'ambito di queste unioni. In secondo luogo, poi, perché il miglior intresse del bambino resterebbe salvaguardato, non potendosi dar credito all'idea stereotipata, irrazionale, e – come insiste anche Lipkin[336] – unicamente immaginaria e mai provata nei fatti, in base alla quale la stabilità e l'amore della famiglia tradizionale garantirebbero in ogni caso migliori opportunità di crescita alla prole[337].

Riguardo, invece, la necessità di vietare il *same-sex marriage* per salvaguardare l'interesse statale al rispetto dei valori sociali e dell'istituzione tradizionale del matrimonio, la Corte del Maryland redarguisce che qui l'irrazionalità dipende dal fatto che, grazie agli insegnamenti di *Romer* e *Lawrence* – e, si aggiunga, di impegnata dottrina[338] – l'amore per la tradizione e la moralità maggioritaria non può da sola giustificare una limitazione nelle scelte di vita. *Romer* insegna, infatti, che "[q]uando la tradizione è la maschera sotto cui si nasconde il pregiudizio o l'ostilità, questo non è un interesse statale legittimo"[339]. Analogamente, stando a *Lawrence*, la tradizio-

---

[336] R.J. Lipkin, *The harm of same-sex marriage: real or imagined?*, in 11 *Widener L. Rev.* 277 (2005).

[337] *Deane v. Conaway*, cit., 8: "[t]o do so, the General Assembly may have assumed that opposite-sex marriages less frequently end in divorce, that opposite-sex couples are better parents, or that opposite-sex couples focus more on their children's education. But these assumptions are not rational speculation; they are broad unsupported generalizations that do not establish a rational relation between same-sex marriage and the State's interests in promoting procreation, child-rearing, and the best interest of children".

[338] B. Feigen, *Same-sex marriage: an issue of constitutional rights not moral opinions*, in 27 *Harv. Women's L.J.,* 345 (2004); C.R. Feldblum, *Gay is good: the moral case for marriage equality and more*, in 17 *Yale J.L. & Feminism*, 139 (2005); G.D. Allison, *Sanctioning sodomy: the Supreme Court liberates gay sex and limits state power to vindicate the moral sentiments of the people*, in 39 *Tulsa L. Rev.*, 95 (2003); K.V. Lindley, *Will the tower topple? The future of morality as a legitimate state interest argument in homosexual legal issues*, in 53 *Drake L. Rev.*, 1063 (2005); R. Turner, *Traditionalism, majoritarian morality, and the homosexual sodomy issue; the journey from "Bowers" to* Lawrence, in 53 *U. Kan. L. Rev*, 1 (2004); S.B. Goldberg, *Morals-based justifications for lawmaking: before and after* Lawrnece v. Texas, in 88 *Minn. L. Rev.*, 1233 (2004); W.N. Eskridge Jr., *Body politics:* Lawrence v. Texas *and the Constitution of disgust and contagion*, in 57 *Fla. L. Rev.*, 1011 (2005).

[339] *Deane v. Conaway*, cit., 9.

ne "esprimente disapprovazione morale nei confronti di una classe non è sufficiente a giustificare la classificazione se non vi è nessun ulteriore interesse statale legittimo"[340].

5.2.5. *Argomenti statali favorevoli al "same-sex marriage"*

Dal quadro sin qui tracciato, due sono le argomentazioni statali a sostegno del riconoscimento del *same-sex marriage* che meritano precisazioni aggiuntive: l'argomento della discriminazione sessuale (*sex-based discrimination argument*) e quello della lesione del diritto fondamentale al matrimonio (*fundamental right argument*). Il primo è sostenuto in *Baher* (Hawaii), *Brause* (Alaska) e *Deane* (Maryland). Il secondo, invece, costituisce il fondamento giustificativo espresso del riconoscimento del *same-sex marriage* solo in *Brause* (Alaska), ma irradia in sostanza l'intera *ratio decidendi* di *Goodridge* (Massachussetts), ancorché elaborata, almeno a parole, secondo il *format* meno eclatante del *rational basis test*. *Opinions of the Justices to the Senate* (Massachusetts) e *Cote-Whitacre* (Massachusetts) confermano l'idea che in *Goodridge* si parli del matrimonio e della sua estensione alle coppie dello stesso sesso nei termini di un diritto fondamentale.

5.2.5.1. *L'argomento della discriminazione sessuale*

Nell'esaminare la costituzionalità del divieto di matrimonio tra soggetti di sesso identico, in *Baher* e *Deane* si sostiene che: (1) ogni classificazione fondata sul sesso è da considerare *suspect* secondo le costituzioni statali, e conseguentemente queste devono essere sottoposte al *test* più rigoroso dello *strict scrutiny*[341]; (2) il divieto del

---

[340] *Idem.*

[341] *Baher* v. *Lewin*, cit., 21: "[i]n light of the interrelationship between the reasoning of the Brennan plurality and the Powell group in Frontiero, on the one hand, and the presence of artiche I, section 3 – the Equal Rights Amendment- in the Hawaii Constitution, on the other, it is time to resolve once and for all the question left dangling in Holdman. Accordingly, we hold that sex is a "suspect category" for

same-sex marriage discrimina (*i.e.* classifica) sulla base del sesso, sia secondo il suo tenore letterale che nella sua applicazione ("both on its face and as applied"[342] o "as a matter of fact"[343]). Ne consegue che il divieto di matrimonio tra appartenenti al *same-sex* è incostituzionale se non si prova: (a) la strumentalità dello stesso a promuovere stringenti interessi statali e, (b) la sussistenza di una stretta correlazione tra mezzo e fine, in modo da evitare ogni inopportuna restrizione a diritti costituzionalmente protetti.

In *Baher* e *Deane*, il postulato normativo in base al quale le *sex-based classifications* rivestono natura sospetta è frutto dell'interpretazione delle rispettive costituzioni statali, e in particolare degli ERA, ma ciò non implica in principio l'inapplicabilità del *sex-based discrimination argument* anche rispetto ad altri contesti costituzionali statali[344]. In *Brause*, infatti, la Corte Superiore dell'Alaska afferma che il *same-sex marriage ban* costituisce una discriminazione fondata sul sesso, potenzialmente sottoponibile al *test* intermedio (*heightened scrutiny*) meno rigoroso rispetto a quello previsto per le classificazioni sospette. Dunque le tre corti concordano tutte sul fatto che il divieto del *same-sex marriage* sostanzi una classificazione fondata sul sesso, sottoposta al rispetto della garanzia dell'*equal protection*, mentre divergono unicamente sul tipo di test da adottare per verificarne la legittimità rispetto alle rispettive costituzioni. Ciò non significa che ciascuno Stato sia pienamente libero di stabilire il tipo di *standard of review*, poiché la costituzione federale richiede che ogni *statute* discriminante sulla base del sesso debba perlomeno essere sottoposto allo scrutinio intermedio. Significa solo che il singolo Stato può innalzare tale garanzia tramite apposita previsione inserita nella costituzione statale (ERA), ma non ha il potere di

---

purposes of equal protection analysis under artiche I, section 5, of the Hawaii Constitution"; *Deane v. Conaway*, cit., 6.

[342] *Baher* v. *Lewin*, cit., 7.

[343] *Deane v. Conaway*, cit., 5.

[344] P. B. Linton, *Same-sex "marriage" under state equal rights amendments*, in 46 *St. Louis U. L.J.* 909 (2002); Id., *State equal rights amendments: making a difference or making a statement?*, in 70 *Temp. L. Rev.,* 907 (1997); P.W. Beck, P.A. Daly, *Pennsylvania's equal rights amendment law: what does it portend for the future?*, in 74 *Temp. L. Rev.*, 579 (2001); L. Baldez, L. Epstein, A.D. Martin, *Does the U.S. Constitution need an Equal Rights Amendment?*, in 35 *J. Legal Stud.,* 243 (2006).

imporre un *test* più leggero (*rational basis test*) rispetto a quello disposto dalla costituzione federale[345].

Quanto affermato postula un *prius* logico, e cioè che il divieto del matrimonio tra persone dello stesso sesso sostanzi (*ergo*: *sia*) una *sex-based classification.* Tale aspetto è soltanto affermato dalla Corte Suprema hawaiana, senza essere oggetto d'indagine rigorosa, mentre viene approfondito ed elaborato dai giudici dell'Alaska e del Maryland. In *Baher* si afferma soltanto che vi è una peculiarità nella costituzione statale che richiede lo *strict scrutiny* per le *sex-based classifications*; l'opinione di maggioranza, poi, precisa che il divieto inserito nello *statute* pone in essere una classificazione fondata sul sesso, ma non precisa se all'interno del concetto di sesso debba includersi anche quello di orientamento sessuale, né in che modo questo possa riconnettersi al sesso[346].

Da un punto di vista logico, il ragionamento seguito dalla maggioranza della corte hawaiana appare tuttavia coerente. Questa deve decidere sulla legittimità del *same-sex marriage ban* (non di un ipotetico divieto dell'*homosexual marriage*), e nonostante percepisca che un siffatto divieto non impedisca unicamente i matrimoni omosessuali (avverso i quali il legislatore era intenzionalmente intervenuto), decide di mantenere una linea argomentativa coerente col tenore letterale del dettato legislativo. Secondo la Corte il *same-sex marriage ban* pone un trattamento differenziato in funzione del sesso degli aspiranti coniugi: poiché la norma consente solo ad un uomo e a una donna, assieme, di convolare a nozze, due aspiranti dello stesso sesso non possono contrarre un valido matrimonio, a prescindere dal loro orientamento sessuale (eterosessuale o non)[347]. Se due donne hawaiane eterosessuali avessero desiderato contrarre matrimonio, ad esempio per godere dei benefici corrisposti alle cop-

---

[345] M. Strasser, *The Challenge of Same-Sex Marriage*, cit., 41-43.

[346] Sulla criticità di tale punto di v. S.F. Appleton, *Missing in action? Searching for gender talk in the same-sex marriage debate*, in 16 *Ston. L. & Pol'y Rev.*, 97 (2005).

[347] In *Baher* v. *Lewin*, cit., 26, il giudice Walter Heen afferma nel suo *dissent* che una caratteristica dello *statute* in oggetto è di proibire il "same sex marriage on the part of professed or non-professed heterosexuals, homosexuals, bisexual or asexuals".

pie coniugate, queste non avrebbero ottenuto alcuna licenza da parte dell'ufficiale preposto.

Secondo l'ottica della Corte, all'epoca ignara del sopraggiungere di *Romer*, per realizzare appieno l'intento originario del divieto, in altre parole per vietare direttamente il matrimonio omosessuale, il legislatore avrebbe dovuto disporre, ipoteticamente, una norma del tipo: "al fine di contrarre valido matrimonio, che sarà solo in presenza di persone eterosessuali, è necessario eccetera eccetera". Viceversa, il divieto del *same-sex marriage* esclude direttamente qualunque tipo di matrimonio tra soggetti dello stesso sesso, e sebbene indirettamente incida negativamente soprattutto su quello omosessuale, ciò non implica il dovere giudiziale di mutare tipo di approccio[348]. Solo in presenza di uno *statute* che vietasse espressamente il matrimonio omosessuale sarebbe rilevante capire se le discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale rientrino fra le discriminazioni fondate sul sesso, con conseguenze rilevanti circa la determinazione del *test* da adottare[349].

Brause non muta prospettiva di fronte ad un analogo divieto di *same-sex marriage*. Semplicemente chiarisce, con implicazioni di portata più generale, quanto già in precedenza asserito dai giudici esotici. Se non si fosse fatto ricorso al *funfamental right argument*, *Brause* "avrebbe stabilito che la specifica proibizione del matrimonio tra persone dello stesso sesso chiami in ballo il divieto costituzionale di discriminare in base al sesso o al genere, e così si sarebbe chiesto allo Stato di soddisfare il livello intermedio di scrutinio di norma applicato a queste classificazioni. Che questa sia una classificazione fondata sul sesso può essere facilmente dimostrato: se sotto il diritto vigente

---

[348] Conformemente W.N. Eskridge Jr., *The Case for Same-Sex Marriage*, cit., 161: "A classification-based attack on bars to same-sex marriage is straightforward because the bars classify according to sex. I am a man. Therefore, I am barred from marrying another man while permitted to marry a woman".

[349] Il punto in questione è comunque rilevante a prescindere dalla vicenda hawaiana, perché se nel concetto generale di sesso (quello cui fa riferimento il XIV Emendamento) dovesse includersi anche quello di orientamento sessuale, allora ogni *statute* che ponga in essere un trattamento differenziato per omosessuali, bisessuali, eterosessuali (*i.e.* in ragione del *sexual orientation*) risulterebbe compatibile con l'*equal protection clause* federale solo a condizione che soddisfi lo *standard* di giudizio intermedio.

dei gemelli, un maschio e una femmina in possesso di tutti i requisiti richiesti dalla legge, desiderassero entrambi sposare una donna, solo il genere osterebbe alla sorella gemella di contrarre matrimonio. La classificazione fondata sul sesso è dunque ovvia"[350].

L'importanza di quest'opinione consiste nell'aver precisato due punti distinti: (a) che secondo la costituzione dell'Alaska le discriminazioni fondate sul sesso sono legittime nella misura in cui soddisfino il *test* intermedio, e (b) che qualunque *same-sex marriage ban* implichi una classificazione fondata sul sesso, poiché l'ipotesi esemplificativa appare del tutto scollegata a peculiari tratti caratteristici dell'*equal protection doctrine* di uno Stato in particolare. Conseguentemente, la giurisprudenza *Brause* è in grado di influenzare i giudizi sulla costituzionalità di tutti i *same-sex marriage ban* approvati dagli Stati membri[351], e ciò trova piena conferma in *Deane*, la quale, tuttavia, prosegue sulla scia dei giudici nordici elaborando una teoria ben più critica. Il merito di *Deane* consiste nel chiarire perché non può trovare accoglimento la teoria dell'eguale applicazione, in base al quale la presenza di una discriminazione *sex-based* deve essere esclusa per il sol fatto che il divieto matrimoniale si applichi tanto ai maschi quanto alle femmine unite con una persona dello stesso sesso.

La Corte del Maryland trova la teoria dell'eguale applicazione "illogical and inaccurate"[352] per due ordini di motivi. Il primo è che non chiarisce quale differenza intercorra tra la teoria dell'eguale applicazione scartata in *Loving*, a proposito del divieto interrazziale, e quella che invece si pretende di applicare rispetto alla proibizione del *same-sex marriage* ("[t]his Court is unpersuaded that sufficient differences exist to distinguish the cases"[353]). La Corte nota come in *Singer* (Washington) si sia fatto ricorso al (sacro) argomento della definizione per distinguere il caso in esame da *Loving*, e quindi per affermare l'applicabilità della teoria dell'eguale applicazione. Tuttavia, avverte *Deane*, "[q]uesto ragionamento non è persuasivo […]. *Singer* dispone che le coppie dello stesso sesso non siano impedi-

---

[350] *Brause* v. *Boureau of Vital Statistics*, cit., 6.
[351] M. Strasser, *The Challenge of Same-Sex Marriage*, cit., 64-65.
[352] *Deane v. Conaway*, cit., 3.
[353] *Ibidem*, 4.

te a contrarre matrimonio in ragione del loro genere, ma in virtù di una definizione di matrimonio che postula l'esistenza di una *opposite-sex couple*. Nonostante la Corte insista sul fatto che non vi sia una discriminazione fondata sul sesso, i rispettivi generi dei soggetti componenti la coppia sono in realtà il vero punto cruciale. Senza ombra di dubbio in *Singer* è il genere delle coppie a collocarle fuori della definizione di matrimonio. Pertanto, appare logicamente impossibile decidere se un soggetto e il/la relativo/a *partner* ricadano entro la definizione di matrimonio senza prendere in esame i loro rispettivi generi"[354]. La pretesa di applicare la teoria dell'eguale applicazione è poi un'obiezione "intrinsecamente illogica […] inesatta ed esclusivamente teorica" se si guarda ai fatti: la legislazione sul matrimonio "vieta ad uomo di contrarre matrimonio con un *partner* maschio laddove una donna potrebbe esercitare lo stesso diritto a contrarre matrimonio con quel medesimo partner maschio"[355].

Un'ultima osservazione sull'argomento della discriminazione sessuale. A seguito di *Baher* e *Brause*, le costituzioni di Hawaii e Alaska sono state emendate nel senso di inserirvi un divieto *ad hoc* di *same-sex marriage.* Ne consegue che il legislatore nazionale dei due Stati è libero di riservare il matrimonio alle *opposite-sex couples*, e il potere giudiziario dove riconoscere la legittimità costituzionale di tali *statutes*, senza nemmeno porsi in principio il problema di quale *test* giudiziale applicare. Gli emendamenti costituzionali non richiedono di applicare un *test* di giudizio diverso o inferiore rispetto a quello in precedenza delineato dalle due corti (*ergo*: il *same-sex marriage ban* rimane pur sempre una *sex-based classification*), ma semplicemente impediscono alla radice di invalidare *statutes* che pongano simili divieti in ragione di una sopravvenuta speciale copertura costituzionale. Tuttavia, rimane aperta la possibilità per le corti dei due stati di invalidare i rispettivi emendamenti sul piano del mancato rispetto di principi contenuti nella costituzione federale. Similmente, infatti, nel dichiarare incostituzionale il divieto di matrimonio interrazziale, la Corte Suprema invalidò sia *statutes* di singoli Stati membri sia *interracial marriage bans* contenuti nelle

---

[354] *Idem.*
[355] *Ibidem*, 5.

costituzioni statali[356]. E ben potrebbe accadere che le corti statali, o addirittura la Corte Suprema federale, ravvisando nei *constitutional same-sex marriage bans* delle classificazioni fondate sul sesso, oltre che delle lesioni di un diritto fondamentale, dichiarino il contrasto di quei divieti con le garanzie previste dal XIV Emendamento della costituzione federale[357].

5.2.5.2. *L'argomento del diritto fondamentale*

Brause è la prima e l'unica decisione ad affermare espressamente la necessità costituzionale di estendere il diritto fondamentale al matrimonio alle coppie omosessuali, in applicazione del *right to privacy* e dell'*equal protection* della costituzione dell'Alaska. Il ragionamento giudiziale, che all'apparenza potrebbe sembrare bicefalo perché analizza separatamente profili quali *privacy* ed eguale protezione della legge, è in realtà coerente ed organizzato attorno ad un unico filo rosso: quello del nucleo forte di uguaglianza. Eguaglianza di trattamento e diritto a pretendere il rispetto di condotte protette dalla *privacy* sono collegate sotto importanti aspetti, ed una decisione sull'ultimo punto favorisce entrambi gli interessi.

Brause ritiene che la questione cardine sia stabilire se "la decisione personale di chi sceglie un compagno dello stesso sesso"[358] sia espressione concreta – *ergo*: diritto fondamentale – del "the right to choose one's life *partner*" del matrimonio tradizionale. Valorizzando (correttamente) l'aspetto del *liberty interest*, la Corte scarta l'approccio storico-tradizionalista esemplificato in *Singer* ed *Andersen* (Washington), e molto diffuso anche altrove: "è autoevidente" – asserisce *Brause* – "che il matrimonio tra persone dello stesso sesso

---

[356] *Loving* v. *Virginia*, 388 U.S. 1, 6, nota 5. L'art. 4, § 102, della costituzione dell'Alabama disponeva che "[t]he legislature shall never pass any law to authorize or legalize any marriage between any white person and a negro, or descendant of a negro". Disposizioni simili vigevano in Florida, Mississippi, North Carolina, South Carolina, Tennessee.

[357] L.M. Polk, *Montana's marriage Amendment: unconstitutionally denying a fundamental right*, in 66 *Mont. L. Rev.*, 405 (2005).

[358] *Brause* v. *Boureau of Vital Statistics*, cit., 4.

non sia 'accettato' o 'radicato nelle tradizioni e nella coscienza collettiva' delle persone. Altrimenti Brause e Dugan […] non avrebbero agito in giudizio per ottenere esattamente questo diritto. La questione rilevante non è dunque stabilire se il *same-sex marriage* sia talmente radicato nelle nostre tradizioni da essere un diritto fondamentale, ma capire se la libertà di scegliere il proprio partner sia così radicata nelle nostre tradizioni"[359].

Impostata così la questione, assume ben poco rilievo il fatto che la giurisprudenza federale abbia collegato il diritto fondamentale al matrimonio – riconosciuto dalla *due process clause* – all'interesse statale e individuale alla procreazione: "la procreazione ha avuto un ruolo importante nelle decisioni della Corte Suprema degli Stati Uniti che hanno fondato il diritto fondamentale al matrimonio. Tuttavia, proprio come la 'decisione di contrarre matrimonio e crescere la prole in un ambiente familiare tradizionale' è costituzionalmente protetta nei termini di un diritto fondamentale, parimenti la decisione di scegliere un compagno e l'interesse a vedersi riconosciuta una famiglia non tradizionale devono essere costituzionalmente salvaguardati. È la decisione in se stessa che è fondamentale, a prescindere dal fatto che questa porti ad una scelta tradizionale o non tradizionale"[360]. Di qui la conclusione per cui "[g]overnment intrusion into the choice of a life partner encroaches on the intimate personal decisions of the individual. This the Constitution does not allow unless the State can show a compelling interest"[361].

Diverso e bizantino è invece il modo in cui *Goodridge*, ascrivibile al *Lawrence-aftermath*, elabora l'argomento del diritto fondamentale al fine di estendere il matrimonio civile alle *same-sex couples*. La *ratio decidendi* di *Lawrence* non solo produce il rovesciamento di *Hardwick*, ma contribuisce a indebolire, se non a destituire di fondamento, numerose obiezioni circa l'auspicabilità (o la necessità imposta costituzionalmente) del *same-sex marriage* negli Stati Uniti: diviene priva di base giuridica l'obiezione secondo cui il *same-sex marriage* non è un vero matrimonio, in quanto non può legalmente

---

[359] *Idem.*
[360] *Ibidem*, 6.
[361] *Ibidem*, 5.

essere consumato[362], e anzi si rafforza l'idea che sia possibile avere qualunque tipo di rapporto sessuale non procreativo a prescindere dall'orientamento sessuale – in precedenza la Corte Suprema, oltre ad avere dichiarato l'incostituzionalità delle disposizioni che proibivano l'aborto[363], aveva altresì invalidato gli *statutes* che proibivano l'uso di contraccettivi da parte di persone coniugate[364], nonché la loro distribuzione a persone non sposate[365] o a minori di anni 16[366], e in tutti questi casi i soggetti coinvolti erano coppie eterosessuali. Parimenti, dopo *Lawrence* non è più sostenibile da parte dello Stato il legittimo interesse a promuovere il solo matrimonio eterosessuale per ragioni connesse all'immoralità di quello omosessuale, poiché la condanna morale dell'omosessualità non è da sola una ragione sufficiente per superare il *rational basis* test[367]. Inoltre *Lawrence*, riconoscendo che *Hardwick* svilisce l'esistenza delle persone omosessuali, costituisce un segno di riconoscimento e di rispetto per la dignità umana di persone con orientamento sessuale minoritario.

Sebbene *Lawrence* non fornisca risposte certe in tema di *same-sex marriage*, le conclusioni a cui questa giunge rappresentano un *hallmark* anche relativamente al matrimonio omosessuale, e la Corte Suprema stessa è consapevole che "affermare che la questione in [Hardwick] era semplicemente quella di stabilire l'esistenza di un diritto a intrattenere certe condotte sessuali svilisce le aspettative degli individui coinvolti, parimenti a quanto accadrebbe a una coppia sposata ove si affermasse che il matrimonio consiste solo nel diritto ad avere rapporti sessuali"[368]. Riconoscere la libertà di intrattenere rapporti sodomitici significa raffigurare la possibilità di instaurare una relazione affettiva omosessuale, presupposto neces-

---

[362] A.R. Dubler, *Immoral purposes: marriage and the genus of illicit sex*, in 115 *Yale L.J.* 756 (2006).

[363] *Roe v. Wade* 410 US 113 (1973).

[364] *Griswold v. Connecticut* 381 US 479 (1965).

[365] *Eisenstadt v. Baird* 405 US 438 (1972).

[366] *Carey v. Population Services International* 431 US 678 (1977).

[367] B. Feigen, *Same-sex marriage: an issue of constitutional rights not moral opinions*, cit., 347 ss.; G.D. Allison, *Sanctioning sodomy: the Supreme Court liberates gay sex and limits state power to vindicate the moral sentiments of the people*, cit., 95 ss.

[368] *Lawrence v. Texas*, cit., 558.

sario ad un eventuale riconoscimento giuridico. In siffatto contesto, *Goodridge*, di poco successiva a *Lawrence*, dispone l'incostituzionalità dell'esclusione delle *same-sex couples* dai benefici e dagli obblighi conferiti dal matrimonio asserendo che "la costituzione del Massachusetts afferma la dignità e l'eguaglianza di tutti gli individui. Essa osta alla creazione di cittadini di seconda classe"[369]. *Goodridge* dunque estende il matrimonio agli esclusi perché diversamente s'inciderebbe sul bene giuridico fondamentale e incomprimibile della dignità umana, presupposto ultimo di tutte le libertà costituzionali, ma l'elaborazione del *fundamental right argument* e l'influenza della giurisprudenza federale su quella domestica sono meglio dimostrabili alla luce della complessa motivazione, sinteticamente scomponibile in tre passaggi fondamentali.

A: *Considerazioni preliminari*. La Corte del Massachusetts chiarisce anzitutto che sebbene siano diversificate le posizioni di coloro che nutrono convinzioni etiche o religiose sulla condotta omosessuale e sulla necessità di estendere il matrimonio alle unioni fra persone dello stesso sesso, nessuna possibile considerazione di ordine morale, favorevole o sfavorevole, è giuridicamente rilevante nella decisione del caso *de quo*[370]. Inoltre si specifica che, nonostante la dominante definizione di matrimonio sia quella di "unione legale fra un uomo e una donna come marito e moglie"[371], questa "non può e non ovvia all'analisi della sua compatibilità rispetto alla costituzione"[372]. Goodridge rigetta così sia l'argomento della definizione, sia l'approccio tradizionalista nella sua accezione (ristretta) morale e/o religiosa.

B: *Determinazione del test applicabile*. Secondo *Goodridge* l'esclusione dal matrimonio civile di una *same-sex couple* che ha instaurato una relazione intima contrasta sia con la necessità del rispetto dell'autonomia individuale, protetto dalla *due process clause*, sia con il dovere di rispettare l'eguaglianza di fronte alla legge, e in maniera analoga al ragionamento seguito in *Bruase*, pioniera del *funda-*

---

[369] *Goodridge v. Department of Public Health*, cit., 948.

[370] *Idem*., ove si aggiunge che "[o]ur concern is with the Massachusetts constitution as a charter of governance for every person properly within its reach".

[371] *Ibidem*, 952.

[372] *Ibidem*, 953.

mental right argument, si sottolinea "che in questioni pertinenti il matrimonio, la vita familiare, la crescita dei figli, i due concetti costituzionali sovente si sovrappongono" poiché "molti profili rilevanti per un parametro si applicano anche all'altro"[373]. Coerentemente, la Corte prosegue ripercorrendo la giurisprudenza federale che in diverse occasioni ha affermato la natura fondamentale del diritto al matrimonio, precisando che "senza il diritto al matrimonio – o più propriamente, il diritto di scegliere di sposarsi – si è esclusi da una vasta gamma di esperienze umane ed è negata la piena protezione al riconosciuto impegno di ciascuno ad un'intima relazione umana"[374]. La Corte del Massachusetts aggiunge che "il diritto al matrimonio ha poco significato se non include il diritto di sposare la persona di propria scelta", ed interpreta le previsioni della carta costituzionale statale in maniera da garantire una protezione più ampia di tale diritto rispetto a quanto si sia desunto da previsioni "che utilizzano essenzialmente lo stesso linguaggio" contenute nella costituzione federale: "l'uguaglianza e la libertà individuale garantite dalla costituzione del Massachusetts proteggono sia la 'libertà da' indesiderate intrusioni pubbliche nelle sfere protette della vita, sia la 'libertà di' partecipare ai benefici creati dallo Stato per il raggiungimento del bene comune […] Entrambe le libertà sono coinvolte nel caso in esame. Decidere se e con chi contrarre matrimonio, o come esprimere la propria intimità sessuale, o se e come creare una famiglia rientrano fra le libertà fondamentali garantite dalla previsione del *due process*"[375].

Tuttavia, nell'individuare il tipo di *test* applicabile, il giudice statale prosegue asserendo che nel caso *de quo* l'accesso al matrimonio è negato in ragione di una *non suspect classification*, quale l'orientamento sessuale dei *partners*, e pertanto ritiene confacente il *rational basis-test*, applicando una logica argomentativa che pare essere la conseguenza di una discutibile interpretazione di *Loving* v. *Virginia*. Infatti, in *Loving* l'incostituzionalità dell'*antimiscegenation law* fu perseguita tramite l'applicazione del *test* più rigoroso (*strict scrutiny*) imposto dall'*equal protection clause*, applicabile poiché lo *statute* im-

---

373 *Idem.*
374 *Ibidem*, 957.
375 *Ibidem*, 959.

pugnato negava l'accesso al matrimonio in ragione di una classificazione sospetta (la razza). Similmente, *Goodridge* – anziché proseguire (coerentemente) il proprio percorso argomentativo asserendo il diritto fondamentale di tutti (a prescindere da qualunque classificazione) di decidere se e con chi contrarre matrimonio (aspetti, entrambi, garantiti specificamente dalla costituzione del Massachusetts), e disponendo la consequenziale applicazione dello *strict scrutiny* – preferisce seguire l'approccio fondato sulla tipologia di classificazione utilizzata, ignorando che in *Loving* si era verificata una singolare coincidenza, determinata dal fatto che lo *statute* impugnato sostanziava contemporaneamente la violazione di un diritto fondamentale e il mancato rispetto del divieto di discriminare in ragione di una *suspect classification*, entrambi sottoponibili al medesimo e più rigoroso *standard of review*, in guisa che l'applicazione di un approccio piuttosto che un altro non avrebbe inciso sul risultato finale.

Anzi, è proprio la considerazione del risultato finale che spinge *Goodridge* ad applicare il *test* di mera ragionevolezza in maniera artificiosa, inducendola a decidere un *prius* logico – la determinazione del test applicabile – in funzione di un risultato che può solo conseguire alla predeterminazione di un parametro. Nella motivazione si legge che "il dipartimento sostiene che nessun diritto fondamentale o classificazione sospetta è in questione nel caso in esame, e il *rational basis* è l'appropriato *standard* di giudizio. Per le ragioni che spiegheremo di seguito, noi riteniamo che il divieto di matrimonio non soddisfi il *rational basis test* imposto dal *due process* e dall'*equal protection.* E poiché lo *statute* non sopravvive a siffatta analisi, non si considera nemmeno la validità nel merito di applicare al caso in esame lo *strict scrutiny*"[376]. Ma com'è possibile conoscere il risultato senza aver fissato il parametro d'analisi? La sensazione è che la Corte non abbia voluto appositamente prendere posizione su una questione spinosa, e che abbia preferito lasciare tale compito ad altri, *in primis* ai giudici federali, consolandosi del fatto che, a maggior ragione, se si fosse applicato un *test* di giudizio più rigoroso il risultato finale sarebbe rimasto formalmente inalterato.

---

[376] *Ibidem*, 961.

Al riguardo, il giudice Sosman nella sua *dissenting opinion* critica tale *modus procedendi*, rilevando che "sebbene apparentemente si applichi il *rational basis test* al *civil marriage statute*, è evidente che la Corte abbia in realtà applicato un indefinito *standard* più rigoroso per valutare la costituzionalità dell'esclusione legislativa delle *same-sex couples*. Mentre la Corte evita di esprimere posizioni su ognuna delle vie tramite cui assoggettare l'esclusione delle *same-sex couples* al test dello *strict scrutiny* – violazione di un diritto fondamentale, discriminazione fondata sul genere, o discriminazioni contro gay e lesbiche come classificazioni sospette – contemporaneamente la motivazione, in una prolungata ed eloquente introduzione, allude ripetutamente a quei concetti prima di affermare che siffatta esclusione non supera nemmeno il vaglio del *rational basis test*"[377]. Infine, il giudice Sosman conclude asserendo che "[i]n short, while claiming to apply a mere rational basis test, the court's opinion works up an enormous head of steam by repeated invocations of avenues by which to subject the statute to strict scrutiny, apparently hoping that that head of steam will generate momentum sufficient to propel the opinion across the yawning chasm of the very deferential rational basis test"[378].

Decisamente esplicativa, oltre che più coerente, è la determinazione del test applicabile nell'opinione concorrente del giudice Greaney, il quale, pur aderendo a gran parte delle osservazioni dell'opinione di maggioranza, ritiene che il caso sia più direttamente risolvibile utilizzando la sola previsione dell'*equal protection* della costituzione statale (art. 1), in base alla quale "[t]utti nascono liberi ed eguali e godono di certi diritti naturali, fondamentali ed inalienabili […] L'eguaglianza di fronte alla legge non può subire limitazioni in ragione del sesso, razza, colore, credo religioso od origine nazionale". Il giudice ritiene che, essendo propriamente il matrimonio un diritto fondamentale parimenti all'interesse a scegliere liberamente il proprio coniuge, il *same-sex marriage ban* costituisca un'inaccettabile violazione di una libertà fondamentale, censurabile sotto il profilo del nucleo forte dell'*equal protection.* Per Graney, poi, consi-

---

377 *Ibidem* (Sosman *dissenting*), 980.
378 *Ibidem* (Sosman *dissenting*), 981.

derare il matrimonio come la sola unione fra un uomo e una donna significa sostanziare una classificazione fondata sul sesso, soggetta addirittura allo *strict scrutiny* – anziché al test intermedio applicato dalla giurisprudenza federale – in virtù dell'apposita garanzia aggiuntiva sancita dalla costituzionale statale, che parifica il *sex* alle altre *suspect classifications* (fondate sulla razza, colore, credo religioso e origine nazionale). Il fatto che "la classificazione statutaria sia fondata sul sesso è lapalissiano. Lo *statute* impugnato impedisce ad alcuni richiedenti di ottenere la licenza matrimoniale, e tale divieto è fondato unicamente sul genere di chi ne fa richiesta. Di fatto, la scelta del proprio *partner* è obbligata dal proprio sesso d'appartenenza. Detto in altri termini, Hillary Goodridge non può sposare Julie Goodridge perché lei (Hillary) è una donna. Similmente, Gary Chalmers non può sposare Richard Linnel essendo lui (Gary) un uomo. Lo *statute* impugnato impedisce ad Hillary e a Gary di sposarsi con il *partner* da loro scelto unicamente in ragione del loro sesso"[379]. Accertato che lo *statute* impugnato sostanzia cumulativamente "la violazione di un diritto fondamentale e la creazione di una classificazione fondata sul sesso", il giudice Graney ritiene che l'attuazione dello stesso sia vietata dalla costituzione statale, "salvo che lo Stato non dimostri la sussistenza di un *compelling state interest* che non possa essere ragionevolmente realizzato in alcuna altra maniera"[380], ovvero sancisce l'applicazione dello *strict scrutiny*.

C: *Applicazione del test individuato*. Stabilito che il test applicabile è il *rational basis-test*, la Corte deve stabilire se sussista in capo al potere pubblico un "legittimo interesse" nel limitare l'individuo a scegliere liberamente la persona con cui contrarre matrimonio, ma *Goodridge* nega il superamento del *test* di costituzionalità con riferimento a molteplici interessi asseriti dallo Stato, tra cui quelli: (a) di creare un ambiente favorevole alla procreazione, e (b) di assicurare l'ambiente ottimale per la crescita dei minori, da intendersi come famiglia composta da due genitori di sesso diverso. Sinteticamente, la Corte argomenta che sebbene sia certamente realistico che la maggioranza dei coniugi concepisca figli insieme, "è il permanente ed

---

379 *Ibidem* (Graney *concurring*), 971.
380 *Ibidem* (Graney *concurring*), 972.

esclusivo impegno reciproco fra i coniugi, e non il concepire i figli, la *conditio sine qua non* del matrimonio civile"[381]. L'interesse a creare un ambiente favorevole alla filiazione, che lega necessariamente il contenuto del matrimonio alla procreazione eterosessuale, porta inevitabilmente a considerare come ottimale per la crescita della prole solo la famiglia composta da persone di sesso diverso, e non tiene conto del fatto che il miglior interesse del bambino prescinde dall'orientamento sessuale dei genitori o dallo *status* coniugale[382]. L'assenza di una ragionevole relazione fra il divieto a contrarre matrimonio tra persone dello stesso sesso e "la protezione della salute pubblica, sicurezza e benessere collettivo, è sintomatica del radicamento delle restrizioni matrimoniali in persistenti pregiudizi verso persone che sono (o sono ritenute essere) omosessuali"[383]. Per questi motivi *Goodridge* estende alle *same-sex couples* la possibilità di contrarre matrimonio, con tutti i benefici e gli obblighi che ne conseguono, e assegna allo Stato il termine di sei mesi per adeguarsi al giudizio e per adottare gli eventuali ed opportuni provvedimenti in tema di famiglia.

Nel dicembre 2003, in ottemperanza a *Goodridge*, il Senato del Massachusetts decide di elaborare un progetto di legge (*Bill No. 2175*) volto a creare due distinti regimi familiari tra loro perfettamente equiparati ad eccezione del *nomen iuris* – la *civil union* per le *same-sex couples* e il matrimonio per le *opposite-sex couples*. Congiuntamente alla predisposizione di siffatto progetto legislativo, il Senato si rivolge alla *Supreme Judicial Court* per ottenere un parere di costituzionalità "upon important question of law", conformemente a quanto sancito dalla costituzione statale (Part II, art. 2(3) Massachusetts Constitution). Nell'ordine rivolto alla Corte il Senato

---

[381] *Ibidem*, 961.

[382] *Ibidem*, 963, ove si aggiunge che "è innegabile che molte coppie omosessuali siano famiglie, che molte persone omosessuali siano anche genitori, e che i figli da loro cresciuti, come tutti i figli, abbisognino della più piena opportunità di crescere in un'unità familiare protetta e sicura […] Non è ragionevole, e quindi non è consentito, penalizzare certi bambini privando loro dei molteplici benefici pubblici in ragione della disapprovazione da parte dello stato dell'orientamento sessuale dei genitori".

[383] *Ibidem*, 968.

giustifica la richiesta del parere adducendo "l'esistenza di gravi dubbi circa la costituzionalità del *Bill*", e il quesito a cui la Corte deve rispondere è stabilire se esso – "che proibisce alle *same-sex couples* di contrarre matrimonio, ma contestualmente permette loro di creare la *civil union*, equiparata al primo quanto a 'benefits, protections, rights and responsibilities'[384]" – sia conforme ai disposti dell'*equal protection* e del *due process* della costituzione statale.

In *Opinions of the Justices to the Senate* trova conferma l'idea dell'utilizzo del *fundamental right argument* per il riconoscimento del *same-sex marriage* in Massachusetts. Dopo aver succintamente ripercorso l'*iter* argomentativo di *Goodridge*, la Corte avanza due considerazioni, tra loro connesse: (a) il matrimonio è un bene giuridico da cui discendono "concrete tangibile benefits" ed "intangibile benefits", e non avere la possibilità di accedere ad esso significa essere esclusi "from the full range of human experience"[385]; (b) "lo Stato non può utilizzare i suoi poteri legislativi per vietare alle coppie omosessuali di accedere al matrimonio civile", e la creazione della parallela *civil union* – equiparata al matrimonio ma rigidamente separata da esso – allo scopo di "preservare la natura storica e tradizionale, nonché il significato del *civil marriage*"[386] contrasta con la precedente giurisprudenza *Goodridge*. Infatti, "la natura storica e tradizionale ed il significato del matrimonio civile in Massachusetts delineano un istituto legale secolare e dinamico ad un tempo, il cui scopo è quello di favorire le relazioni intime per il bene dell'individuo e della comunità, specialmente dei minori. E proprio la natura e lo scopo del matrimonio civile rendono incostituzionale ogni tentativo di vietare a tutte le *same-sex couples*, perché tali, l'accesso a questo"[387].

I giudici della Corte Suprema proseguono poi nel loro percorso argomentativo specificando elementi rilevanti sotto il profilo della supposta violazione di un diritto fondamentale, pur evitando di esprimersi *apertis verbis* in tali termini. *Opinions of the Justices to the Senate* richiama la storica *policy* del *separate but equal* che, co-

---

384 *Opinions of the Justices to the Senate*, cit., 566.
385 *Ibidem*, 567.
386 *Ibidem*, 568.
387 *Ibidem*, 569.

me noto, ha costituito il pretesto legale per negare ai *black people* una serie nutrita di diritti fondamentali, ivi incluso il matrimonio interrazziale: "dato che il *Bill* vieta espressamente alle coppie omosessuali di accedere all'istituto del matrimonio civile, esso continua a relegare le *same-sex couples* in uno *status* differente. Come sostenuto in *Goodridge* […] le classificazioni dei gruppi fondate su distinzioni inaccettabili, come quella fatta propria dal progetto legislativo in esame, sono incompatibili con la costituzione del Massachusetts. La storia della nostra nazione ha dimostrato che separati difficilmente significa, se mai, eguali ["separate is seldom, if ever, equal]"[388]. Al potere pubblico non è consentito proteggere i valori tradizionali della maggioranza, se ciò comporta la discriminazione di una parte, perché la costituzione statale è una carta "of governance for every person properly within its reach"[389]. Ed il fatto che il *Bill No. 2175* vieti l'utilizzo della parola *marriage* per le *same-sex couples* non è una questione meramente semantica, poiché "essa riflette l'intento di assegnare alle *same-sex couples*, prevalentemente omosessuali, un *second class status*", e "se i proponenti del *Bill* avessero ritenuto che la sostituzione della parola '*marriage*' con '*civil union*' non avrebbe avuto alcuna implicazione, allora difficilmente si spiegherebbe il tentativo di aggirare la decisione *Goodridge*"[390]. Piuttosto, "il *Bill* sortirebbe l'effetto di mantenere e di accrescere lo stigma dell'esclusione che la costituzione proibisce"[391]. Infine la Corte, prima di esprimere il suo parere negativo sulla questione avanzata dal Senato, afferma in modo incisivo che "we would do a grave disservice to every Massachusetts resident, and to our constitutional duty to interpret the law, to conclude that the strong protection of *individual rights* guaranteed by the Massachusetts Constitution should not be available to their fullest extent in the Commonwealth"[392].

Che il tenore delle affermazioni di *Opinions of the Justices to the Senate* sia in linea con l'implicito *fundamental rights argument*

---

388 *Idem.*
389 *Ibidem*, 570.
390 *Idem.*
391 *Idem.*
392 *Ibidem*, 571 (corsivo aggiunto).

utilizzato in *Goodridge* è corroborato anche dalle critiche, all'orientamento di maggioranza, avanzate dal giudice Sosman nella *dissenting opinion*: "[l]a risposta di oggi alla questione posta dal Sanato scarta l'argomento pretestuoso del *rational basis test* ["the fig leaf of the rational basis test"] e, fondandosi esclusivamente sulla retorica […] presuppone in realtà che la discriminazione fondata sull'orietamento sessuale sia proibita dalla nostra Costituzione come se l'orientamento sesuale fosse una classificazione sospetta"[393]. E anche il mondo politico pare avere recepito che la direzione della Corte Suprema sia quella di concepire il matrimonio tra persone dello stesso sesso come un diritto fondamentale *per la costituzione del Massachusetts*, al punto che l'intento di preservare la natura eterosessuale del matrimonio civile può essere raggiunto solo tramite la via dell'Emendamento costituzionale.

Il fatto che in *Cote-Whitacre* la Corte Suprema non sia giunta ad invalidare uno *statute* del 1913, in base al quale non può contrarsi matrimonio in Massachusetts "by a party residing and intending to continue to reside in another jurisdiction if such marriage would be void if contracted in such other jurisdiction"[394], non indebolisce l'idea che *Goodridge* sia deciso seguendo sostanzialmente la teoria del diritto fondamentale, ma anzi pone in luce tutte le ambiguità sottese ad una prassi giudiziale che, timorosa di suscitare reazioni e *backlash* inopportuni, preferisce non dare il giusto nome alle categorie giuridiche utilizzate. Affermare l'esistenza di un diritto al matrimonio in capo ai soggetti non residenti in Massachusetts avrebbe significato ammettere senza ambiguità e mezzi termini l'esistenza di un diritto fondamentale suscettibile di riconoscimento universale. Tuttavia, *Cote-Whitacre* continua nel solco di *Goodridge* perché a tre anni di distanza non solo persiste il timore di un'aperta reazione sociale, addirittura pù ampia perché riguardante l'intera federazione americana, ma anche perché, se si fosse deciso per l'incostituzionalità della legge impugnata, all'ambiguità di base si sarebbe inevitabilmente aggiunta l'incoerenza.

---

[393] *Ibidem* (Sosman *dissenting*), 570.
[394] General Law c. 207, § 11.

Coerentemente, dunque, è il caso di dire, *Cote-Whitacre* rimane fedele alle parole e al *format* di *Goodridge*: "il fatto che questa Corte in *Goodridge* concluse per l'inesistenza di una *rational basis* costituzionalmente rilevante al fine di negare alle coppie dello stesso sesso del Massachusetts il diritto al matrimonio non impone la conclusione in base alla quale le *same-sex couples* non residenti, e che non hanno intenzione di vivere in Massachusetts, abbiano lo stesso diritto ad ottenere una licenza matrimoniale laddove, al contrario, queste non la potrebbero ottenere nel loro Stato di origine"[395]. Ma l'amore per la coerenza non elimina di certo l'ambiguità di fondo: "se si mette da parte la focosa e irritante retorica" – riconosce Greaney J. in *Cote-Whitacre* – "in sostanza stiamo ragionando su un diritto umano fondamentale – il diritto di una coppia idonea, a prescindere dal genere, di accedere al matrimonio civile in Massachusetts"[396]. Tuttavia, Geaney nota come in *Goodridge*, nella sua opinione concorrente, egli avesse intuito l'impossibilità di utilizzare la *ratio* dichiarata di *Goodridge* per invalidare la legge del 1913, e indi forzare gli altri Stati a riconoscere, come valido, il *same-sex marriage* dei non residenti contratto in Massachusetts. Pertanto, a voler ragionare nei corretti termini del diritto fondamentale la Corte avrebbe dovuto dichiarare l'incostituzionalità della legge impugnata, ma ciò non si verifica in *Cote-Whitacre* perché "[l]a base costituzionale su cui il caso *Goodridge* è stato deciso impone un livello di scrutinio inferiore"[397].

5.3. *Le prassi statali di riconoscimento dei soli regimi civili separati con identici benefici coniugali*

Le vicende del Massachusetts palesano la necessità di distingure le prassi statali di riconoscimento del matrimonio in quanto tale, da un versante, da quelle che accordano regimi civili paralleli ed equiparati, quanto a benefici ed oneri, al matrimonio. In Massachusetts *Opinions of the Justices to the Senate* ha escluso che il legislatore

---

395 *Cote-Whitacre v. Department of Public Health*, cit., 370.
396 *Ibidem*, 394.
397 *Idem.*

potesse ottemperare a *Goodridge* utilizzando il modulo del regime civile separato, ma vi sono Stati della federazione americana che hanno ritenuto politicamente opportuno riservare il *marriage* alle coppie eterosessuali, pur riconoscendo però gli stessi oneri e benefici tangibili anche alle coppie omosessuali tramite l'istituto della *civil union* o della *domestic partnership* estesa (California). In alcuni casi, poi, tale distinguo si è affermato col *placet*, se non addirittura col monito, delle corti interne. Tre sono le esperienze statali meritevoli di analisi: Vermont, Connecticut e New Jersey.

5.3.1. *Vermont*

Nel 1999, la Corte Suprema del Vermont afferma in *Baker* v. *State of Vermont*[398] che al legislatore non è consentito escludere le *same-sex couples* dai molteplici benefici che l'ordinamento accorda alle *opposite-sex couples*, poiché ciò si pone in contrasto con la *common benefits clause* della costituzione statale (Ch. I, art. 7, Vermont constitution). A risposta del monito della Corte, il 26 aprile 2000 il legislatore decide di non optare per l'estensione dell'istituto matrimoniale alle *same-sex couples*, ma crea lo strumento *ad hoc* della *civil union*[399]. Il regime delle *intimate association* risulta così sostanzialmente tripartito in Vermont: il *marriage* destinato alle *opposite-sex couples*, la *civil union* per le *same-sex couples*, e il *reciprocal beneficiaries* per due persone, a prescindere dal loro sesso, che siano "blood-relatives or related by adoption".

---

[398] *Baker* v. *State of Vermont*, 744 A.2d 864, No. 1009-97CnC (Vermont S. Ct. 1999); per un commento si v.: M. Bonauto, S.M. Murray, B. Robinson, *The Freedom to Marry for Same Sex Couples: The Opening Appellate Brief of Plaintiffs Stan Baker Et Al. in* Baker v. State, in 5 *Michigan Journal of Gender & Law* 409 (1999); Id., *The Freedom to Marry for Same Sex Couples: The Reply Brief of Plaintiffs Stan Baker Et Al. in "Baker v. State"*, in 6 *Michigan Journal of Gender & Law,* 1 (1999); M. Strasser, *Equal Protection at the Crossroads: On* Baker, *Common Benefits, and Facial Neutrality*, in 42 *Arizona Law Review,* 935 (2000); C.S. Hargis, *Queer Reasoning: Immigration Policy*, Baker v. State of Vermont, *and the (Non)Recognition of Same-Gender Relationships*, in 10 *Law & Sexuality,* 211 (2001).

[399] G. Johnson, *Vermont Civil Unions: The New Language of Marriage*, in 25 *Vermont Law Review,* 15 (2000).

Tuttavia, il matrimonio rappresenta il paradigma normativo base, poiché ad esso fanno riferimento i regimi giuridici delle due restanti forme di unione. Infatti, per la *civil union* vi è una totale equiparazione: "(a) Parties to a civil union shall have all the same benefits, protections and responsibilities under law… as are granted to spouses in a marriage. (b) A party to a civil union shall be included in any definition or use of terms "spouse", "family", "immediate family", "dependent", "next of kin", and other terms that denote the spousal relationship, as those terms throughout the law. (c) Parties to a civil union shall be responsible for the support of one another to the same degree and in the same manner as prescribed under law for married persons"[400]. Diversamente, per i *reciprocal beneficiaries* vi è equiparazione all'istituto matrimoniale solo in aree specificamente e tassativamente indicate dal legislatore[401].

5.3.2. *Connecticut*

Il Connecticut è l'unico Stato della federazione americana ad avere approvato una legge sulle unioni civili in assenza di un monito *ad hoc* espresso da una corte interna. L'*Act Concerning Civil Unions* ha ottenuto la firma del Governatore Jodi Rell il 20 aprile 2005, ed è entrato in vigore il 1° ottobre dello stesso anno. L'unione civile del Con-

---

[400] Vermont Statutes Ann. , tit. 15, ch. 23, § 1224 (come modificato da: *An Act Relating to Civil Unions*, No. 91/2000 (H. 847), sec. 3. Sull'agomento si veda: M.L. Bonauto, *The Freedom to Marry for Same-Sex Couples in the United States of America*, in Aa.Vv., *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships. A Study of National, European, and International Law*, a cura di R. Wintemute, M. Andenæs, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 2001, 177-207; W.N. Eskridge, *Equality Practice. Civil Unions and the Future of Gay Rights*, Routledge, New York-London, 2002, 43-83; *Report of the Vermont Civil Union Review Commission January 2002*, in www.leg.state.vt.us/baker (01/03/2005).

[401] Vermont Statutes Ann. , tit. 15, ch. 25, § 1301: "(a) The purpose of this chapter is to provide two persons who are blood-relatives or related by adoption the opportunity to establish a consensual reciprocal beneficiaries relationship so they may receive the benefits and protections and be subject to responsibilities that are granted to spouses in the following specific areas: […] (b) This chapter shall not be construed to create any spousal benefits, protections or responsibilities for reciprocal beneficiaries not specifically enumerated herein".

necticut non è matrimonio. È uno *status* legale parallelo al matrimonio civile dal punto di vista del diritto interno: con questa le parti "shall have all the same benefits, protections and responsabilities under law […] as are granted to spouses in a marriage, which is defined as the union of one man and one woman"[402]. Ciascuna parte dell'unione civile deve essere "of the same sex as the other party"[403]. Dunque il regime delle formazioni familiari risulta rigidamente bipartito: matrimonio per gli eterosessuali, unione civile per gli omosessuali.

Non paghe dell'opzione familiare ad esse riservata, e desiderose di essere riconosciute sotto l'etichetta matrimoniale, otto coppie dello stesso sesso adiscono la Corte Superiore lamentando lesione delle clausole costituzionali statali di *equal protection of the law* (artt. 1(1) e 20 Connecticut constitution) e *due process* (artt. 1(8) e 10 Connecticut constitution), ma Pittman J., in *Kerrigan* v. *State*[404], esclude tale violazione perché a suo giudizio gli istanti non sarebbero riusciti a dimostrare che il danno da queste subito assuma rilievo costituzionale ("the plaintiffs have failed to prove that they have suffered any legal harm that rise to constitutional magnitude"[405]). In effetti, risulta abbastanza inconsueto che otto coppie non tradizionali si rivolgano ad un giudice lamentando unicamente la violazione d'interessi non propriamente tangibili, per esempio adducendo argomentazioni del tenore: le relazioni omosessuali sono guardate dagli organi pubblici come unioni di minor valore rispetto a quelle costruite sul matrimonio eterosessuale, oppure che la legge sulle unioni civili vede le *same-sex couples* come non *good enough* per il matrimonio, e di conseguenza le umilia riservandole un trattamento separato di secondo rango, o ancora che le unioni civili non godono dello stesso rispetto e riconoscimento culturale tipico del matrimonio, e anzi sono concetti nuovi che ogni volta richiedono spiegazioni perché contemplano molte varianti[406].

---

402 Civil Union Law, Public Act 05-10, sec. 14.

403 Civil Union Law, Public Act 05-10, sec. 2.

404 *Kerrigan v. Connecticut*, 49 Conn. Supp. 644, 909 A.2d 89 (Conn. Supp. Ct. 2006).

405 *Ibidem*, 90.

406 *Ibidem*, 94, 96.

Il fatto, dunque, che le coppie omosessuali non riescano a provare un danno di *constitutional magnitude* dipende unicamente da una paradgmatica concezione di diritto, inteso esclusivamente nella sua accezione di beneficio tangibile, cui Pittmann attinge per fondare la sua decisione: "gli attori, che ora hanno il diritto ad avere la loro unione legalizzata, non sono stati in grado di identificare *un qualche diritto o beneficio* conferito loro dallo Stato in modo diverso rispetto a quelli riconosciuti alle coppie eterosessuali la cui unione è legalizzata"[407], ed "è certamente di questi diritti, benefici e responsabilità che il *substantive constitutional law* si occupa, più che della nomenclatura usata per definire quei diritti"[408]. Una concezione, quella che nei *rights* vi intravede unicamente un fondamento di natura tangibile e concreto, che consente a Pittman di trovare il giusto distinguo fra la storica e nota prassi del *separate but equal* razziale, chiaramente illegittima, e il recente ricorso a regimi civili separati ed equiparati al matrimonio per le coppie omosessuali, ritenuta legittima sol perché "a prescindere da come ci si possa *sentire* sotto il profilo del prestigio delle due concorrenti istituzioni familiari, la separazione [razziale] era tangibile e osservabile, e il danno, sebbene intangibile, derivava da atti di separazione fisica. Nel caso in esame, invece, le parti non sono soggette a tali barriere"[409].

5.3.3. *New Jersey*

Per la prima volta in New Jersey (Asbury Park), l'8 marzo 2004 il vicesindaco James Bruno celebra matrimonio tra due uomini; il giorno seguente gli ufficiali civili incaricati iniziano a concedere licenze matrimoniali alle coppie dello stesso sesso che la richiedono, ma l'*Attorney General* Peter Harvey ordina immediatamente la cessazione di tale prassi e dichiara nullo l'unico matrimonio perfezionato. Imperterrite nel loro intento, otto *same-sex couples* decidono di intraprendere la via legale-contenziosa, e chiedono che la legge

---

407 *Ibidem*, 95 (corsivo aggiunto).
408 *Ibidem*, 96.
409 *Ibidem*, 100.

matrimoniale sia dichiarata illegittima giacché lesiva delle garanzie costituzionali statali di *substantive due process* ed *equal protection* (art. 1(1) New Jersey constitution)[410]. Le parti soccombono di fronte alla *trial court*[411]. In sede d'appello, poi, l'argomento tradizionalista ha la meglio, e le coppie omosessuali vengono così private del diritto fondamentale al matrimonio giacché "recognition of marriage between members of the same sex has no foundation in the text of the Constitution, this Nation's history and traditions or contemporary standards of liberty and justice"[412].

La questione è ora definitivamente risolta con sentenza della Corte Suprema statale: *Lewis* v. *Harris* (25 ottobre 2006)[413] dichiara l'incostituzionalità della legge matrimoniale rispetto alla garanzia dell'*equal protection* statale, perché la negazione, alle *same-sex couples*, dei benefici accordati alle coppie eterosessuali coniugate non è funzionale al perseguimento d'alcun legittimo interesse statale (*rational basis test*). La Corte quindi invita lo Stato ad intervenire entro 180 giorni tramite legge al fine di garantire alle coppie omosessuali gli stessi benefici derivanti dal matrimonio, ma non proferisce parola circa il *nomen* da attribuire al futuro schema di regolamentazione dell'unione omosessuale. *Marriage* o *civil union* è questione da sciegliersi tramite il processo democratico. A conclusione della vicenda, il 21 dicembre 2006, il Governatore Jon Corzine promulga la legge sulla *civil unions* apportante modifiche alla legge matrimoniale[414]. Anche in new Jersey, dunque, il regime delle formazioni familiari risulta rigidamente bipartito: matrimonio per gli eterosessuali, unione civile per gli omosessuali.

---

[410] G. Barber, *Privacy and the New Jersey state Constitution*, in 213-FEB *N. J. Law.* 15 (2002).

[411] *Lewis v. Harris*, 2003 WL 23191114 (N.J. Super. Ct. L. 2003). D.M. Strauss, *The end of the beginning for gay rights under the New Jersey Constitution?: the New Jersey Domestic Partnership Act,* Lewis v. Harris, *and the future of gay rights in New Jersey*, in 36 *Rutgers L.J.,* 829 (2004).

[412] *Lewis v. Harris*, 378 N.J. Super. 168, 875 A.2d 259 (N. J. Super. Ct. App. Div. 2005); si v. S.G. Goldberg, *Marriage equality in New Jersey?*, in 233-APR *N. J. Law.* 35 (2005).

[413] *Lewis v. Harris*, 188 N. J. 415, 908 A.2d 196 (N. J. S. Ct. 2006).

[414] N. J. Stat. Ann. § 37:1, § 37:2, 26:8.

È interessante notare, tuttavia, come l'approcio di *Lewis* nel considerare la questione del *nomen iuris* sia diverso da quello palesato in *Kerrigan* (Connecticut), e come in *Lewis* si demolisca la tesi del *marriage* nei termini di diritto fondamentale, sussumibile entro il valore costituzionale di libertà (art. 1(1) New Jersey constitution[415]), mediante il ricorso all'argomento della tradizione, anziché tramite una visione apertamente materialistica della categoria *right*. In altre parole, *Lewis* non pone fuori dal concetto di diritto ogni interesse di natura intangibile, ma anzi precisa la necessità di distingure il *right to marry*, dato dall'interesse di una coppia ad essere legalmente riconosciuta sotto l'egida del matrimonio, dai *rights of marriage*, composto da una vasta gamma di aspetti sociali ed economici[416]. A differenza di *Kerrigan*, la Corte del New Jersey riconosce dunque che il diritto al (*nomen iuris*) matrimonio è tutt'altro che un bene giuridico costituzionalmente irrilevante, ma giunta a questo stadio, richiama il consueto argomento della tradizione per asserire l'impossibilità di identificare in capo alle *same-sex couples* un diritto al matrimonio implicito al concetto di *liberty*, ed è qui che si commette l'errore.

Lewis considera che il *liberty interest* in gioco non sia "un indifferenziato, astratto diritto al matrimonio, ma piuttosto il diritto in capo a persone dello stesso sesso di contrarre matrimonio", e che dunque la questione cui rispondere è se lo specifico "diritto al *same-sex marriage* sia profondamente radicato nella storia della dello Stato e nella coscienza collettiva delle persone"[417]. Tuttavia, a questa premessa – già di per sé, si è visto, sbagliata –, la Corte ne aggiunge altre due, perché al tempo di *Lewis* – ottobre 2006 – diviene sempre meno ovvio affermare che il matrimonio tra persone dello tesso sesso non trovi fondamento alcuno nella storia della nazione o nella coscienza collettiva, considerate non solo le vicende del vicino Canada, ma soprattutto la realtà americanissima del Mas-

---

[415] Art. 1(1) New Jersey constitution: "[a]ll persons are by nature free and independent, and have certain natural and unalienable rights, among which are those of enjoying and defending life and liberty, of acquiring, possessing, and protecting property, and of persuing and obtaining safety and happiness".

[416] *Lewis v. Harris*, cit. (N. J. S. Ct. 2006), 206.

[417] *Ibidem*, 208.

sachusetts. Perciò *Lewis* si affretta a precisare, da un lato, che "nel rispondere a quella domanda, non si è vicolati dalle esperienze della nazione o da precedenti d'altri Stati"[418] e, dall'altro, che occcorre tener conto dell'intento originario degli estensori della costituzione del New Jersey, datata 1947[419]. In tal modo, tuttavia, si cade in modo evidente nella contraddizione, perché è difficile immaginare concezioni razionali di coscienza collettiva o di storia nazionale che ad un tempo ignorino realtà sociali e istituzionali consolidate. Sotto quest'aspetto, *Lewis* incarna un altro bell'esempio di ragionamento chiuso e circolare, un ragionamento che in nome del rispetto del sacrosanto paradigma eterosessuale, fatto proprio dal costituente originario, scarta le informazioni che non convengono ed evita finanche di volgere lo sguardo a realtà contemporanee territorialmente non troppo lontane.

Così preparato il terreno, la risposta al quesito iniziale è a rime obbligate: "nonostante la ricca diversità di questo Stato, la tolleranza e la bontà del suo popolo, e i molti recenti progressi fatti dai gay e lesbiche verso il raggiungimento dell'accettazione sociale e dell'eguaglianza di fronte alla legge, non può sostenersi che il diritto al *same-sex marriage* sia così radicato nelle tradizioni, storia e coscienza del popolo di questo Stato tal da assurgere a diritto fondamentale. Non è necessario guardare al di fuori dei confini statali per stabilire l'esistenza di un diritto fondamentale alla luce della costituzione del New Jersey"[420]. Esclusosi così il *right to marry* in capo alle *same-sex couples*, la Corte, in nome dell'*equal protection*, sancisce il dovere statale di intervenire con legge per riconoscere i *rights of marriage*, lasciando però al legislatore il delicato compito della scelta del nome: "[t]he great engine for social change in this country has always been the democratic process. Although courts can ensure equal treatment, they cannot guarantee social acceptance, which must come through the evolving ethos of a maturing society. Plaintiffs' quest does not end here. Their next appeal must be

---

418 *Idem.*
419 *Ibidem*, 209.
420 *Ibidem*, 211.

to their fellow citizens whose voices are heard through their popularly elected representatives"[421].

5.3.4. *L'argomento statale del regime civile separato equiparato al matrimonio*

Tra *Baker*, *Kerrigan* e *Lewis*, la prima è sicuramente la decisione che meglio argomenta l'esistenza di un obbligo statale al riconoscimento delle unioni omosessuali tramite la creazione di uno specifico regime civile, chiamato diversamente dal matrimonio. *Baker* è più condivisibile di *Kerrigan* e *Lewis* per due ragioni. Da un lato, la Corte del Vermont è investita di una questione affine, ma sostanzialmente più ristretta rispetto a quelle di *Kerrigan* e *Lewis*: questa deve stabilire se sia possibile per lo Stato escludere le *same-sex couples* dai benefici e dalle tutele che l'ordinamento accorda alle *opposite-sex couples* coniugate, e non se sia costituzionalmente compatibile l'esclusione delle *same-sex couples* dall'istituto matrimoniale. Dall'altro, poi, la Corte del Vermont si trova di fronte a parametri costituzionali parzialmente diversi rispetto a quelli utilizzati negli altri due casi: questa utilizza come parametro di costituzionalità la *common benefits clause* della costituzione statale, in forza della quale "[t]he government is, or ought to be, instituted for the common benefit, protection, and security of the people, nation, or community, and not for the particular emolument or advantage of any single person, family, or set of persons, who are a part only of that community" (Ch. I, art. 7, Vermont constitution).

La ragione che spinge i giudici del Vermont ad utilizzare la *common benefits clause*, anziché l'*equal protection clause* della costituzione federale, risiede nel fatto che sebbene sussista una peculiare somiglianza (ma non identità) nello scopo, le due disposizioni differiscono "historically and textually". La *common benefits clause* è stata adottata nel 1777, quasi un secolo prima dell'*equal protection clause* (1868), ed ha sviluppato una sua prassi applicativa autonoma e diversa rispetto al *test* tripartito del XIV Emendamento. In secondo luo-

---

[421] *Ibidem*, 223.

go, il dettato letterale della *common benefits clause* è per certi aspetti più dettagliato, e per altri più generico o lacunoso rispetto alla speculare disposizione federale. In particolare, la disposizione del Vermont presta maggiori garanzie per quanto attiene alle "statutory exclusions from publicly-conferred benefits and protection"[422], mentre ignora completamente altri contenuti, come il nucleo forte e il divieto di discriminazione in materia di diritti fondamentali. Da ciò consegue il rapporto fra le due fonti: l'*equal protection clause* integra la *common benefits clause* nelle parti in cui quest'ultima è lacunosa o recessiva ma non quando, viceversa, presenta garanzie aggiuntive[423].

Nel caso di specie, considerata la questione che la Corte doveva affrontare – vertente specificamente sui soli benefici coniugali e non sul matrimonio inteso come diritto fondamentale – si ritiene applicabile la *common benefits clause*, con il suo specifico *test* di giudizio differente ed autonomo rispetto a quelli desunti dall'*equal protection clause.* La Corte sottolinea che la *common benefits clause* richiede un tipo di *test* più stringente rispetto al *rational basis test* del XIV Emendamento, poiché questa è "broadly deferential to the legislative prerogative to define and advance governmental ends, while vigorously ensuring that the means chosen bear a just and reasonable relation to the governmental objective"[424]. Detto più semplicemente, la Corte deve verificare se l'esclusione di una parte della collettività da benefici o protezioni accordati dalla legge matrimoniale statale sia ragionevole e strettamente correlata al raggiungimento dello scopo ("bears a reasonable and just relation to the governmental purpose"[425]).

---

[422] *Baker* v. *State of Vermont*, cit., 871.

[423] Cfr. anche J. Deese, *Civil Rights – 42 U.S.C. § 1981 – Scope of the equal benefit clause:* Chapman v. Higbee Co., 319 F.3d 825 (6th Cir. 2003), in 71 *Tenn. L. Rev.* 199 (2003)

[424] *Baker* v. *State of Vermont*, cit., 870.

[425] *Ibidem*, 878-879. La Corte aggiunge: "[c]onsistent with the core presumption of inclusion, factors to be considered in this determination may include: 1. The significance of the benefits and protection of the challenged law; 2. whether the omission of members of the community from the benefits and protections of the challenged law promotes the government's stated goals; and 3. whether the classification is significantly underinclusive or overinclusive".

Valutati gli interessi addotti dallo Stato nell'accordare certi benefici solo alle *opposite-sex couples* coniugate, da un lato, e individuata la schiera di chi complessivamente risultava escluso da tale normativa, dall'altro, la Corte dichiara lo Stato costituzionalmente obbligato ad estendere alle *same-sex couples* tutti i benefici e protezioni che discendono dal matrimonio. Tuttavia, la Corte non precisa se tal estensione debba avvenire consentendo direttamente alle *same-sex couples* di contrarre matrimonio, oppure istituendo un regime parallelo di *civil unions*, poiché questa sarebbe stata una decisione a contenuto politico che spettava solo al legislatore intraprendere[426]. A fronte di una duplice alternativa, il legislatore decide di optare per la scelta socialmente meno rischiosa, istituendo il doppio binario della *civil union*, perfettamente equiparata al matrimonio[427].

---

[426] *Ibidem*, 889: "We hold that the state is constitutionally required to extend to same-sex couples the common benefits and protections that flows from marriage under Vermut law. Whether this ultimately takes the form of inclusion within the marriage laws themselves or a parallel "domestic partnership" system or some equivalent statutory alternative, rests with the Legislature. Whatever system is chosen, however, must conform with the constitutional imperative to afford all Vermonters to common benefit, protection, and security of the law".

[427] *An Act Relating to Civil Unions*, No. 91/2000 (H. 847), Lo *statute* chiarisce alla *section* 1, punto 1, che "Civil marriage under Vermont's marriage statutes consists of a union between a man and a woman. This interpretation of the State's marriage laws was upheld by the Supreme Court in *Baker v. State*" e che (punto 7) "The state has a strong interest in promoting stable and lasting families, including families based upon a same-sex couple". In realtà, la ragione di una distinzione terminologica tra unioni sostanzialmente identiche si intuisce dai punti n. 10 e 11: "While a system of civil unions does not bestow the status of civil marriage, it does satisfy the requirements of the Common Benefit Clause. Changes in the way significant legal relationships are established under the constitution should be approached carefully, combining respect for the community and cultural institution most affected with a commitment to the constitutional rights involved. Granting benefits and protections to same-sex couples through a system of civil unions will provide due respect for tradition and long-standing social institution, and will permit adjustment as unanticipated consequences or unmet needs. arise. The constitutional principle of equality embodied in the Common Benefits Clause is compatible with the freedom of religious belief and worship guaranteed in Chapter I, Article 3rd of the Constitution. Extending the benefits and protections of marriage to same-sex couples through a system of civil unions preserves the fundamental right of each of the multitude of religious faith in Vermont to choose freely and without state interference to whom to grant the religious status, sacrament or blessing of marriage under the rules, practices or traditions of such faith".

Baker è sicuramente più coerente di *Kerrigan* e *Lewis*, ma nemmeno questa fornisce risposta ad alcuni interrogativi, che a ben notare puntano tutti attorno al discorso dei valori costituzionali di eguaglianza, dignità e libertà: l'unione civile equiparata al matrimonio può essere considerata un rimedio pienamente eguale e dignitoso? Oppure, detta in altro modo, l'equiparazione nei soli aspetti tangibili è sufficiente a ristabilire la piena eguaglianza e dignità? È davvero una *begging-question* chiedersi se sia comunque discriminatorio per le *same-sex couples* il fatto di non poter contrarre matrimonio in quanto tale, ignorando ad esempio la connotazione simbolica, culturale, spirituale e intangibile che solo questo, storicamente e socialmente, ha assunto? Perché rievocare, sotto nuova forgia, il format egualitario ottocentesco e formalistico del *separate but equal*, in origine utilizzato per giustificare la politica razzista segregazionista?[428]

Il punto debole di *Baker*, *Kerrigan* e *Lewis* trova le sue radici nell'incapacità di tracciare una teoria interpretativa che tenga conto del substrato etico e valoriale, ancor prima che giuridico, sotteso al discorso dei diritti fondamentali, il quale non è certo aspetto tipicamente tangibile, sebbene ne costituisca le premesse di fondo. Queste decisioni ignorano che alla base delle questioni di libertà ed eguaglianza vi è il principio del riconoscimento universale della dignità umana, che, ancor prima di tradursi in interessi materiali e tangibili, si esprime nel dovere etico di eguale considerazione e rispetto di tutti indistintamente. Tagliar fuori dal discorso costituzionale dei diritti la questione del *nomen* matrimonio, come fanno le corti di Vermont, Connecticut e New Jersey, siccome aspetto unicamente intangibile o profilo di natura esclusivamente politica, significa ignorare che la giustificazione

---

[428] Su queste ed altre questioni si v. ampiamente: D.B. Cruz, *"Just Don't Call It Marriage": The First Amendment and Marriage as an Expressive Resource*, 74 *Cal. L. Rev.,* 925 (2001); J. Kraus, *Monkey see, monkey do: on "Baker, Goodridge", and the need for consistency in same-sex alternatives to marriage*, in 26 *Vermont L. Rev.*, 959 (2002); L.M. Friedman, *Civil Union insufficient. Prohibition on same-sex marriage violates state Constitution*, in 48-JUN *B. B.J.*, 6 (2004); N.K. Kubasek, A. Frandorf, K.J. Minnick, *Civil Union statutes: a shortcut to legal equality for same-sex partners in a landscape littered with Defense Of Marriage Acts*, in 15 *U. Fla. J.L. & Pub. Pol'y* 229 (2004); V.J. Samar, *Privacy and the debate over same-sex marriage "versus" unions*, in 54 *DePaul L. Rev.*, 783 (2005).

di tutti i diritti fondamentali è anzitutto etica e valoriale, e che il substrato assiologico è riflesso e positivizzato nella costituzione suprema. *Lewis* riconosce tale fondamento soltanto rispetto al dovere pubblico di riconoscimento alle *same-sex couples* degli stessi diritti e benefici coniugali – "rights and benefits provided in the Domestic partnerhip Act are directly related to any reasonable conception of basic human dignity and autonomy"[429] – ma sbaglia perché, in nome di un paradigma chiuso e circolare, non riconosce nel diritto fondamentale al matrimonio la medesima giustificazione fondazionale.

Guardare ai diritti senza considerarne il loro fondamento ultimo, essenzialmente intangibile, porta le corti statali ad ignorare aspetti costituzionalmente rilevanti in materia di dignità umana. Anzitutto si finisce per assolutizzare la visione di una parte, generalmente della maggioranza, considerando di contro irrilevante il punto di vista e le concezioni di dignità delle persone che sostengono avere subito lesioni di un diritto fondamentale. In *Kerrigan* gli attori sostengono che il termine unione civile sia offensivo ed umiliante per il loro senso di dignità, ma "la corte rifiuta l'idea di utilizzare tale criterio soggettivo come base tramite cui determinare la costituzionalità o incostituzionalità di una disciplina legislativa"[430]. In seconda battuta, poi, le corti statali sottovalutano l'importanza delle etichette normative e dei sentimenti (di stigma o accettazione) da queste veicolati. In *Baker*, *Kerrigan* e *Lewis* le coppie omosessuali esprimono tramite la richiesta del matrimonio un profondo desiderio d'inclusione e partecipazione, ed è innegabile che il linguaggio e le etichette giochino un ruolo fondamentale nella perpetuazione del pregiudizio e la demarcazione di una separazione: "le etichette separano certamente le persone, alla stessa stregua della separazione fisica sugli autobus o nelle scuole. Le etichette sono usate per perpetuare il pregiudizio […]. Escludendo le coppie dello stesso sesso dal matrimonio, lo Stato dichiara legittimo porre una differenza tra l'impegno delle *same-sex couples* e quello delle coppie eterosessuali"[431].

---

429 *Lewis v. Harris*, cit. (N.J.S. Ct. 2006), 217.
430 *Kerrigan v. Connecticut*, cit., 98.
431 *Lewis v. Harris*, cit. (N.J.S. Ct. 2006) (Poritz J. *dissenting*), 226.

In definitiva, le prassi di riconoscimento di regimi civili equiparati al matrimonio quanto a benefici tangibili eliminano parte della discriminazione, ma non realizzano quell'ideale d'eguale rispetto e considerazione cui ogni società aperta e democratica dovrebbe ambire. Ronald Dworkin spiega brillantemente che "tale passo riduce la discriminazione, ma non la elimina del tutto. L'istituzione del matrimonio è unica: grazie al suo significato tradizionale, storico, sociale e personale esprime un modo unico di unirsi e impegnarsi. Assume significati lievemente differenti per ciascuna coppia, com'è ovvio. Per qualcuna è principalmente un'unione che consacra il sesso, per altre una condizione sociale, per altre ancora una conferma del più profondo impegno. Ma ognuno di questi significati dipende da associazioni collegate all'istituzione da secoli d'esperienza. Oggi non è più possibile creare un modo alternativo di impegnarsi capace di esprimere gli stessi significati, così come è impossibile oggi creare un sostituto della poesia o dell'amore. Lo *status* del matrimonio è dunque una risorsa sociale insostituibile per il suo valore: consente a due persone assieme di dare valore alle loro vite in un modo che non potrebbe nemmeno concepirsi se l'istituzione non esistesse. Le persone dello stesso sesso spesso si amano l'uno l'altro con la stessa intensità e passione delle persone di sesso diverso, e vogliono come gli eterosessuali vivere l'esperienza ed ottenere i benefici della condizione coniugale. Dare alle coppie eterosessuali, ma non a quelle omosessuali, accesso a tale meravigliosa risorsa significa consentire solo alle prime, ma non anche alle seconde, di realizzare ciò che tutte le coppie, indistintamente, ritengono essere un importante valore della loro esistenza"[432].

5.4. *La (presumibile) protezione federale del "same-sex marriage": il XIV Emendamento*

Le leggi matrimoniali e i *marriage amendments* statali che riconoscono l'unione coniugale solo ad un uomo e una donna sono a loro volta sottoposti al rispetto del XIV Emendamento della costitu-

---

[432] R. Dworkin, *Three Questions for America*, in N.Y. Rev. Books, 21 September 2006, 24.

zione federale, nella parte in cui prevede le clausole di *equal protection* e *due process*. Come ormai noto, il XIV Emendamento richiede che i diritti ritenuti fondamentali siano riconosciuti a tutti indistintamente, e che ciascun tipo di *classification* operata dal legislatore (*suspect*, *quasi-suspect*, *non suspect*) soddisfi peculiari *standard* individuati secondo il noto modello tripartito e oggetto di specificazioni continue da parte della Corte Suprema.

L'analisi della costituzionalità dei *same-sex marriage ban* statali rispetto al XIV Emendamento postula la soluzione a due quesiti, tra loro distinti ma connessi: (1) il divieto posto a membri dello stesso sesso di contrarre matrimonio sostanzia una lesione di un diritto fondamentale, il cui riconoscimento è costituzionalmente imposto a tutti, salvo che *non* vi sia un *compelling state interest* a giustificazione di eccezionali limitazioni? (2) È possibile configurare il *same-sex marriage ban* come una mera classificazione normativa – sia essa fondata in base al sesso o all'orientamento sessuale – la cui legittimità dipende dalla *esistenza* di interessi più o meno stringenti dello Stato, variabili a seconda del tipo di classificazione? Dalla soluzione a tali quesiti dipende inevitabilmente il tipo di tutela e protezione accordati alle minoranze sessuali con riferimento alla libertà di contrarre matrimonio.

5.4.1. *Il "same-sex marriage" è un diritto fondamentale?*

Autorevole letteratura ritiene che negare la possibilità di contrarre matrimonio a soggetti dello stesso sesso rappresenti una violazione di un diritto fondamentale, e tale conclusione è desunta sia dalla necessità di interpretare in chiave evolutiva i disposti contenuti in importanti carte internazionali in tema di libertà – prima fra tutte la Dichiarazione Universale dei diritti dell'Uomo[433] – sia tramite una lettura ragionata della giurisprudenza elaborata dalla Corte Su-

---

[433] J.D. Wilets, *Using International Law to Vindicate the Civil Rights of Gays and Lesbians in United States Courts*, 27 *Columbia Human Rights Law Review*, 33 ss. (1995); E. Heinze, *Sexual Orientation: A Human Right.*, cit., 34; V.J. Samar, *"Family" and the Political Landscape for Lesbian, Gay, Bisexual and Transgender People (LGBT): Gay Rights as a Particular Instantiation of Human Rights*, 64 Alb. L. Rev. 983 (2001).

prema americana. In tal senso, William Eskridge afferma che "prendendo spunto da *Loving, Zablocki*, e *Turner*, le corti statali possono e anzi dovrebbero […] interpretare le loro costituzioni statali in modo da presumere l'esistenza di un diritto fondamentale al *same-sex marriage*"[434].

La Corte Suprema federale ha più volte precisato la natura fondamentale del *right to marry* – e non di una qualunque *civil union* – desumendo tale diritto dalla *due process clause*, ovvero asserendo che il diritto fondamentale a compiere scelte relative alla vita familiare rappresenta una manifestazione del diritto alla *decisional privacy*. In *Loving* si afferma che il divieto dell'*interracial marriage* lede l'*equal protection clause* non sol perché pone in essere un'odiosa discriminazione fondata sulla razza, ma "also deprive[s] the Lovings of Liberty without due process of law in violation of the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment. The freedom to marry has long been recognized as one of the vital personal rights essential to the orderly pursuit of happiness by free man. Marriage is one of the basic rights of man, fundamental to our very existence and survival […] The Fourteenth Amendment requires that the freedom of choice to marry not be restricted by invidious racial discriminations. Under our Constitution, the freedom to marry, or not marry, a person of another race resides with the individual and cannot be infringed by the State"[435].

I diritti fondamentali presentano la caratteristica dell'universalità, devono essere garantiti a tutti indistintamente ed eventuali classificazioni che pongano limiti al loro godimento sono costituzionalmente compatibili solo in presenza di fondamentali e qualificati interessi pubblici. In *Zablocki* v. *Redhail*, la Corte Suprema dichiara l'incostituzionalità dello *statute* del Wisconsin che impediva di contrarre valido matrimonio a chi era tenuto all'obbligo del mantenimento del figlio non in custodia, sempre che non esistesse un provvedimento giudiziale accertante l'adempimento dello stesso. Il ragionamento qui seguito dalla corte è significativo: interpreta estensivamente *Loving*, affermando che il diritto a contrarre matrimonio è

---

[434] W.N. Eskridge Jr., *The Case for Same-Sex Marriage*, cit., 137.
[435] *Loving* v. *Virginia*, cit., 12.

di fondamentale importanza per tutti gli individui[436], e conseguentemente limita il potere statale nell'impedire agli indigenti di contrarre matrimonio. Poiché il matrimonio è un diritto fondamentale di tutti i cittadini, le limitazioni a tale libertà sono consentite a condizione che queste siano strettamente funzionali a promuovere stringenti interessi statali[437].

La stessa Corte ha seguito un *iter* argomentativo analogo in *Turner* v. *Safley* per invalidare la previsione della *Missouri Division of Corrections*, che consentiva ai detenuti di unirsi in matrimonio sol dopo il rilascio di speciale autorizzazione accertante la sussistenza di "compelling reasons", quali lo stato di gravidanza o la nascita di un figlio illegittimo[438]. In *Turner* la Corte Suprema nega implicitamente l'esistenza di un nesso imprescindibile tra matrimonio e procreazione, avvalorando l'idea che l'unione interpersonale costituisca il nucleo contenutistico e la funzione dell'unione coniugale.

Loving, *Zablocki* e *Turner* sono delle *guidelines* significative per stabilire la costituzionalità del divieto di *same-sex marriage*. Data l'importanza fondamentale del matrimonio per tutti, anche le minoranze sessuali necessitano del riconoscimento di tale diritto fondamentale, essendo illogico sostenere che i suoi membri abbiano il diritto a contrarre matrimonio, ma non quello di scegliere un *partner* dello stesso sesso. Supponiamo, infatti, che lo Stato riservi il matrimonio alle sole *same-sex couples*: presumibilmente gli esclusi affermerebbero di avere il diritto fondamentale di unirsi in matrimonio, e non tanto il diritto di unirsi in matrimonio insieme ad una persona di sesso opposto. Tale percorso interpretativo è confermato in *Brause* (Alaska), in cui, come si è visto, si riconosce il diritto fondamentale a scegliere liberamente il proprio coniuge alla luce della giuri-

---

[436] *Zablocki* v. *Redhail*, 434 U.S. 374 (1978), 384: "[a]lthough Loving arose in the context of racial discrimination, prior and subsequent decision of this Court confirm that the right to marry is of fundamental importance for all individuals".

[437] *Zablocki* v. *Redhail*, cit., 386: "[s]ince […] the right to marry is of fundamental importance, and since the classification at issue here significantly interferes with the exercise of that right, we believe that "critical examination" of the state interest advanced in support of the classification is required" ma la Corte precisa che "reasonable regulations that do not significantly interfere with decision to enter into the marital relationship may legitimately be imposed".

[438] *Turner* v. *Safley*, 482 U.S. 78 (1987).

sprudenza federale. Tuttavia, tale conclusione s'impone anche alla luce di *Turner*, giacché nell'illustrare i numerosi interessi individuali sottesi al matrimonio si precisa che questo è espressione di sostegno emotivo e di un connesso impegno reso pubblicamente, e che lo stesso implica il coinvolgimento di valori religiosi e dedizione personale, oltre a costituire il presupposto per il godimento di molteplici incentivi economici[439]. Dunque anche le *same-sex couples* potrebbero desiderare di manifestare il loro impegno privatamente e pubblicamente; analogamente, a fronte di un ipotetico riconoscimento religioso di matrimoni meno tradizionali, anche tali coppie potrebbero aspirare a godere di un parallelo riconoscimento sul versante civile, magari beneficiando di eventuali incentivi economici.

In ultimo, ci si può interrogare sulla sussistenza, e sulla natura, di un interesse negativo statale tale da giustificare una pesante limitazione ad un diritto fondamentale: quale "compelling state interest" può giustificare il divieto posto alle *same-sex couples* di contrarre matrimonio, a parte l'inaccettabile affermazione di conservare integra la tradizione (discriminatoria) o promuovere la morale della maggioranza? Lo Stato può arrogarsi il diritto di promuovere la retta morale sacrificando dei diritti fondamentali, pur nella consapevolezza che certe scelte di vita privata non tradizionali non danneggiano nessuno? William Eskridge sostiene in merito che proprio per il fatto che il matrimonio rientra fra i diritti fondamentali non è possibile lasciare alla discrezionalità della maggioranza – *ergo*: alla morale tradizionale – decidere "chi può sposare chi". La sussistenza di una democrazia costituzionale comporta necessarie limitazioni alla volontà della maggioranza, al fine di conservare intatti valori fondamentali riconosciuti dalle costituzioni statali e federale[440]. *Lawrence*, poi, conferma la tesi di *Eskridge* chiarendo che è obbligo delle Corti "to define the liberty of all, not to mandate its own moral code"[441].

---

[439] *Turner* v. *Safley*, *cit.*, al punto 95-96.

[440] W.N. Eskridge Jr., *The Case for Same-Sex Marriage*, cit., 89-96, 132; cfr. Anche: C.R. Sunstein, *Sexual Orientation and the Constitution: a Note on the Relationship Bwtween Due Process and equal Protection*, 55 *University of Chicago Law Review,* 1161 (1988); D.B. Cruz, *"Just Don't Call It Marriage"*, cit., 926 ss.

[441] *Lawrence* v. *Texas*, cit., 559; *West Virginia State Board of Education* v. *Barnette*, 319 U.S. 624 (1943), 638, è particolarmente significativo sul punto in

Se il *test* per valutare la costituzionalità della normativa matrimoniale si fondasse semplicemente sull'assunto che certe limitazioni siano poste in base al principio di maggioranza – nell'ambito degli organi legislativi o in occasione di una consultazione popolare diretta – la stessa Corte Suprema non avrebbe potuto invalidare l'*antimiscegenation law* nel 1967 in *Loving*, esistendo certamente un ampio sostegno sociale al divieto del matrimonio interrazziale. Non solo: come risponderebbe chi ha già contratto matrimonio alla proposta di subordinare all'esito del voto della maggioranza la possibilità, per lo Stato, di continuare a riconoscere l'unione coniugale già perfezionata? A parte la disponibilità di molti ad una simile provocazione, determinata dalla certezza di una presumibile vittoria, tanti obietterebbero il modo inappropriato per determinare certe scelte, a prescindere dal fatto che realisticamente la maggioranza voterà in modo tale da non pregiudicare nessun diritto esistente.

Meritevole di riflessione è la nota *opinion* del justice Scalia in cui si sostiene che un diritto non ha natura fondamentale, ai fini costituzionali, se "(1) [t]he Constitution says absolutely nothing about it, and (2) the longstanding traditions of American society have permitted it to be legally proscribed"[442]. Posto che la costituzione americana non menziona espressamente uno specifico diritto a compiere scelte personali in ambito matrimoniale o di vita familiare, l'approccio proposto da Scalia si pone in netta contraddizione con quanto asserito in *Loving*, che viceversa ravvisa la violazione di garanzie costituzionali (*ergo*: del *right to marry* implicito nelle clausole di *due process* ed l'*equal protection*) da parte dell'*interracial marriage ban*. Il criterio che indica la natura fondamentale o meno di un diritto de-

---

questione, sebbene non affronti il tema con specifico riferimento alla condotta omosessuale: "The Fourteenth Amendment, as now applied to the States, protects the citizen against the State itself and all of its creatures […] The very purpose of the Bill of Right was to withdraw certain subjects from the vicissitudes of political controversy, to place them beyond the reach of majorities and officials and to establish them as legal principles to be applied by the courts. One's right to life, liberty, and property, to free speech, a free press, freedom of worship and assembly, and other fundamental rights may not be submitted to vote; they depend on the outcome of no elections".

[442] *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania* v. *Casey*, 505 U.S. 833 (1992), 980.

ve tenere conto sia di quegli interessi fondamentali che sono già stati riconosciuti, sia di quelli che ancora non godono di una formale protezione. Il ragionamento di Scalia chiarisce perché certe attività non furono ritenute di fondamentale importanza per la vita umana, ma non chiarisce perché certe attività e certe scelte siano di fatto riconosciute come interessi fondamentali: si pensi al diritto all'uso di mezzi contraccettivi, all'aborto, al matrimonio interrazziale[443]. Ancora una volta, dunque, il problema vero non è quello di stabilire se il matrimonio tra persone dello stesso sesso sia così radicato nelle tradizioni e nella coscienza collettiva da divenire diritto fondamentale – la cui risposta è peraltro ovvia, non sussistendo la ragione di rivendicare un diritto fondamentale pacificamente accordato – bensì, quello di stabilire se la libertà di scegliere liberamente il proprio coniuge sia riconosciuta come pilastro fondamentale (una *longstanding tradition*), la cui risposta dovrebbe essere (ovviamente) positiva.

5.4.2. *Il divieto di "same-sex marriage" pone in essere una "classification"?*

La Corte Suprema ha sancito che il diritto a contrarre matrimonio riveste natura fondamentale, e sebbene tale affermazione sia riferita all'*opposite-sex marriage*, è ragionevole immaginare che questa segua l'esempio di *Brause* (Alaska) e *Goodridge* (Massachusetts), ribadendo identico principio se investita del difficile compito di sindacare la legittimità costituzionale dei divieti di *same-sex marriage*. Tuttavia, la Corte potrebbe anche affrontare tale questione incanalando il divieto nell'ambito del discorso sulla natura della classificazione, rilevante ai fini dell'*equal protection.* Questa ipotesi pone delle domande problematiche, determinate prevalentemente dalla difficoltà di stabilire il fattore sulla cui base è operata la singola classificazione; operazione, questa, logicamente necessaria per stabilire il tipo di *test* da applicare. La Corte Suprema non ha mai valutato direttamente la legittimità costituzionale del *same-sex marriage*

---

[443] *Griswold* v. *Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965); *Eisenstadt* v. *Baird*, 405 U.S. 438 (1972); *Roe* v. *Wade*, 410 U.S. 113 (1973); *Loving* v. *Virginia*, cit.

ban, ma ha specificato di volta in volta i parametri di giudizio relativi all'*equal protection clause*, creando delle vere e proprie regole distinte rilevanti anche per valutare la legittimità di siffatti divieti. Occorre dunque valutare la presumibile legittimità dei *same-sex marriage ban* in rapporto a due ipotesi particolarmente plausibili: che il divieto ponga in essere una classificazione non sospetta assoggettabile unicamente al *rational basis test*, oppure, diversamente, che sostanzi una *quasi-suspect classification* in base al sesso valutabile alla luce di uno scrutinio ben più rigoroso.

5.4.2.1. *L'argomento della classificazione non sospetta*

In *Romer*, come si è visto, si dichiara l'incostituzionalità di atti legislativi approvati col sol intento di svantaggiare una particolare classe impopolare di cittadini – nel caso in esame si fa riferimento agli omosessuali e bisessuali – richiedendosi la sussistenza di un *legitimate public interest* ulteriore e indipendente a dimostrazione della razionalità (*i.e.* ragionevolezza) di un qualsiasi trattamento differenziato: "[i]f the constitutional conception of 'equal protection of the laws' means anything, it must at the very least mean that a bare […] desire to harm a politically unpopular group cannot constitute a legitimate governmental interest"[444]. Trasferendo tale principio alla regolamentazione della materia coniugale, può sostenersi che il divieto, per i soggetti omosessuali, di contrarre matrimonio possa essere legittimo sol se questo sia posto a soddisfazione di un *indipendently legittimate public interest*.

Stando al *test* individuato in *Romer* (e sostanzialmente immodificato in *Lawrence*) è ragionevole ritenere costituzionalmente compatibili gli *statutes* che impediscono la poligamia[445] o le relazioni

---

[444] *Romer* v. *Evans*, 517 U.S. 620, (1996), 632.

[445] Relativamente al matrimonio poligamico, la Corte Suprema ha giustificato il divieto sulla base di argomentazioni non sostenibili nell'ipotesi di riconoscimento di matrimonio tra persone di sesso identico. In *Davis* v. *Beason*, 133 U.S. 333, 341 (1980), si è affermato che la poligamia "tend to destroy the purity of the marriage relation, to disturb the peace of a families, to degrade woman, and to debase man". Che cosa accadrebbe, ad esempio, se la prima moglie chiedesse il divor-

incestuose[446], mentre sembra infondata l'obiezione secondo cui il riconoscere il *same-sex marriage* implicherebbe necessariamente la necessità (costituzionale) di abbattere anche tutti gli altri divieti esistenti[447]. Il divieto di contrarre matrimonio tra persone dello stesso

---

zio per non approvare il secondo matrimonio del proprio coniuge, o per non avere il marito richiesto il di lei consenso? Come gestire equamente le risorse familiari in presenza di un nucleo familiare tanto esteso?

[446] Nei casi in cui è consentita la registrazione delle coppie omosessuali è previsto il limite del rapporto di parentela, in virtù del fatto che ciò sostanzierebbe un rapporto incestuoso: C.A. Bowman, B.M. Cornish, *A more Perfect Union: A Legal and Social Analysis of Domestic Partnership Ordinances*, 92 *Columbia Law Review*, 1164-1192 (1992).Tuttavia, sovente la giurisprudenza americana rifiuta di considerare le ragioni vere sottese a certi divieti, e ciò provoca l'erroneo ricorso al ragionamento analogico, ovvero l'infondata conclusione secondo cui la necessità costituzionale di eliminare certi divieti implicherebbe la contestuale necessità di abbattere altre limitazioni. La Corte Suprema del Tennessee ha sostenuto che una coppia interrazziale, validamente sposata secondo l'ordinamento del Mississippi, non poteva vivere legittimamente come coppia in quello Stato, poiché se si fosse accordato riconoscimento al matrimonio contratto tra due individui appartenenti a razze diverse si sarebbe dovuto necessariamente permettere anche il riconoscimento delle unioni incestuose ("We might have in Tennessee the father living with his daughter, the son with the mother, the brother with the sister": *State* v. *Bell*, 66 Tenn. 9, 11, 1872). Dal 1967, la Corte Suprema ha dichiarato l'incostituzionalità dell'*antimscegenation law*, e così come non vi era fondamento nel sostenere che il riconoscimento del matrimonio interrazziale avrebbe implicato la necessaria approvazione delle unioni incestuose, allo stesso modo tale ragionamento analogico risultava arbitrario con riferimento al *same-sex marriage*.

[447] In rapporto ad un possible riconoscimento del matrimonio incestuoso cfr.: B.H. McDonnell, *Is incest next?*, in 10 *Cardozo Women's L.J.*, 337 (2004); C.M. Cahill, *Same-sex marriage, slippery slope rhetoric, and the politics of disrupt: a critical perspective on contemporary family disclosure and the incest taboo*, in 99 *Nw. U. L. Rev.*, 1543 (2005). Circa, invece, l'eventuale riconoscimento del matrimonio poligamico si v.: C. Calhoun, *Who's afraid of polygamous marriage? Lessons for same-sex marriage advocacy from the history of polygamy*, in 42 *San Diego L. Rev.,* 1023 (2005); C.M. Ward, *I now pronounce you husband and wives: Lawrence v. Texas and the practice of polygamy in modern America*, in 11 *Wm. & Mary J. Women & L.,* 131 (2004); E. Volokh, *Same-sex marriage and slippery slopes*, in 33 *Hofstra L. Rev.,* 1155 (2005); J. Bozzuti, *The constitutionality of polygamy prohibitions after* Lawrence v. Texas: *is Scalia a punchline or a prophet?*, in 43 *Cath. Law* 409 (2004); M.G. Myers, *Polygamist eye for the monogamist guy: homosexual sodomy… gay marriage… is polygamy next?*, in 42 *Hous. L. Rev.*, 1451 (2006); R.K. Khalsa, *Polygamy as a red herring in the same-sex marriage debate*, in 54 *Duke L.J.*, 1665 (2005); S. Slark, *Are anti-polygamy laws an unconstitutional infringment on the liberty interests of consenting adults?*, in 6 *J. L. & Fam. Stud.,* 451 (2004); S.C. Mowchan, *A Supreme Court is "willing to start down the road": the slippery slope of "Lawrence v. Texas"*, in 17 *Regent U. L. Rev.,* 125 (2004-2005).

sesso non può essere equiparato ai divieti posti in tema d'incesto o poligamia perché, anche applicandosi il *rational basis test* cui fa riferimento *Romer*, il *same-sex marriage* promuove interessi simili al matrimonio tradizionale eterosessuale (legittimo)[448]. Posto, poi, che le costituzioni di Hawaii e Alaska proteggevano il *same-sex marriage* prima del sopravvento dei *marriage amendments*, e che questo assieme all'*opposite-sex marriage* soddisfa analoghi *legittimate public interest*, la sola esclusione dei *same-sex marriage* dalla protezione costituzionale pare giustificata dalla mera volontà di danneggiare un *indipendently identifiable group*, ovvero da uno scopo costituzionalmente illegittimo secondo *Romer*.

Tuttavia, per corroborare tale conclusione è importante chiedersi quali siano gli interessi pubblici soddisfatti dallo Stato nell'ipotesi di matrimonio tra soggetti di sesso diverso, e se vi sia coincidenza tra questi e quelli sottesi al *same-sex marriage*. Il riconoscimento del diritto a contrarre matrimonio soddisfa molteplici interessi pubblici, ma dalle prassi statali analizzate emerge con chiarezza l'importanza di promuovere lo sviluppo di un ambiente adatto per la concezione e la crescita delle generazioni future, in modo da creare, tramite il matrimonio, i presupposti affinché i minori crescano in un ambiente ospitale e sicuro.

L'interesse dello Stato a garantire un ambiente familiare ospitale per il minore sussiste non solo in presenza di genitori biologicamente imparentati con la prole, ma anche quando a prendersi cura del minore siano due persone di cui solo uno sia il genitore naturale, o anche in assenza totale di tale vincolo (come nel caso di adozio-

---

[448] D.L. Chambers, *What if? The Legal Consequences of Marriage and the Legal Needs. of Lesbian and Gay Male Couples*, 95 *Michigan Law Review*, 447 (1996): da un punto di vista giuridico-costituzionale, il riconoscimento del matrimonio tra soggetti dello stesso sesso non implicherebbe necessariamente la necessità di abbattere altri divieti, poiché fondati su *legitimate public interest* oggettivamente diversi e non equiparabili con quelli sottesi al primo. Ad esempio, il divieto di matrimonio incestuoso concerne due soggetti legati da peculiare rapporto di parentela, e permettere il matrimonio omosessuale significherebbe permettere ad un soggetto di sposare una persona del suo stesso sesso, ma non quello di sposare un fratello o un genitore o un qualsiasi altro parente nei cui confronti è posto il divieto. Analoghe considerazioni possono essere avanzate in merito al divieto di matrimoni poligamici, perché un soggetto potrebbe sposarsi solo con *una* persona dello stesso sesso.

ne). Tale interesse non muta, e sussiste a prescindere dal fatto che si tratti di una coppia composta da soggetti di sesso diverso o identico. Pertanto, sebbene le coppie omosessuali non siano biologicamente in grado di concepire figli, riconoscere anche a queste il diritto a contrarre matrimonio contribuirebbe a promuovere l'interesse per una crescita prospera delle future generazioni, fornendo loro un clima familiare stabile e una casa in cui crescere serenamente[449]. L'obiezione, espressa chiaramente in *Singer* (Washington), secondo cui l'interesse dello Stato allo sviluppo e cura delle generazioni future possa essere realizzato solo qualora la prole sia il prodotto dell'unione -"through the union"[450] – appare infondata alla luce delle politiche in tema di adozione e di affidamento dei minori, ovvero considerando le sempre minori percentuali di bambini cresciuti all'interno del nucleo familiare composto dai genitori naturali[451].

5.4.2.2. *L'argomento della classificazione quasi sospetta*

Come si è visto, la giurisprudenza non ha mai fornito risposte precise ed univoche circa la qualificazione dell'orientamento sessuale come classificazione sospetta – specie se si considera che le volte in cui le corti hanno reso un'opinione favorevole a questo proposito, il giudizio è stato rovesciato o annullato in appello[452]. Tuttavia,

---

[449] M. Strasser, *Legislative Presumptions and Judicial assumptions: On Parenting, Adoption, and the Best Interest of the Child*, in *U. Kan. L. Rev.,* 49, 66-88, (1996); L.D. Borten, *Sex, procreation, and the state interest in marriage*, in 102 *Colum. L. Rev.,* 1089 (2002); S.M. Moss, McGriff v. McGriff*: consideration of a parent's sexual orientation in child custody disputes*, in 41 *Idaho L. Rev.,* 593 (2005); D.L. Hudson, *Court won't tie* Lawrence *to gay adoption law: 11tt Circuit rejects arguments by Florida foster parents*, in 3(5) *ABA J. E-Report,* 1 (2004).

[450] *Singer* v. *Hara*, cit. (Wash. Ct. App. 1974), 1195.

[451] C.W. Christensen, *Legal Ordering of Family Values: The Case of Gay and Lesbian Families*, 18 *Cardozo L. Rev,* 1299, 1311, (1997); N.D. Polikoff, *Lesbian and Gay Couples Raising children: The Law in the United States*, in Aa.Vv., *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships. A Study of National, European, and International Law*, cit., 153-167.

[452] *Equality Foundation of Greater Cincinnati, Inc. v. City of Cincinnati*, 860 F. Supp. 417 (S.D. Ohio 1994), *rev'd*, 54 F.3d 261 (6th Cir. 1995), *vacated and remanded,* 116 S. Ct. 2519 (1996); *Jantz v. Muci*, 759 F.Supp. 1543 (D. Kan. 1991),

rispetto al divieto di *same-sex marriage* si è soliti convenire sul fatto che gli omosessuali, se non sono individuabili come una classe sospetta, possono almeno costituire una *quasi-suspect class*[453].

Gli oppositori al *same-sex marriage* hanno sovente sostenuto che le discriminazioni matrimoniali fondate sull'orientamento sessuale non possano essere affrontate ricorrendo al divieto di discriminazione in base al sesso, sovente contenuto negli ERA, poiché in tal modo si esulerebbe dall'intento originario del divieto. *Singer* (Washington) ben esemplifica quest'orientamento, mostrando però come tale argomento si traduca in infererenze tautologiche e circolari. In ogni caso, l'approccio originalista non sembra sostenibile alla luce degli sviluppi post-*Singer.* È improbabile che la Corte Suprema richiami l'argomento originalista rispetto al divieto di discriminazione in ragione del sesso desumibile dal XIV Emendamento, giacché ciò non è accaduto nemmeno riguardo all'interpretazione di alcuni *statutes* federali, meno elastici rispetto ai disposti costituzionali, che contengono un analogo precetto[454].

In *Oncale v. Sundowner Offshore Services Inc.*[455], Scalia J. afferma che le discriminazioni consistenti in abusi sessuali (*sexual harra-*

---

rev'd, 976 F.2d 623 (10th Cir. 1992), *cert. den.* 508 U.S. 952 (1993); *Able v. United States*, 968 F. Supp. 850 (E.D.N. Y; July 2, 1997), *rev'd*, 1998 U.S. App. LEXIS 23359 (2d Cir.; September 23, 1998).

[453] L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, cit., 1616. C.A. Mackinnon, *The road not taken: sex equality in* Lawrence v. Texas, in 65 *Ohio St. L.J.* 1081 (2004); J.A. Williams, *Re-orienting the sex discrimination argument for gay rights after "Lawrence v. Texas"*, in 14 *Colum. J. Gender & L.,* 131 (2005). *Contra*: A.K. Blair, *Constitutional Equal Protection, Strict Scrunity and the Politics of Marriage Law*, in 47 *Catholic University Law Review* 1231 (1998).

[454] In una prima fase le corti americane rifiutarono di estendere il *Civil Right Act* del 1964 a copertura delle forme di discriminazione legate al genere (*Holloway v. Arthur Andresen and Company,* 560 F 2d 659 (US CA 9th Circuit 1977), 662-663; *Sommers v. Budget Marketing Inc,* 667 F 2d 748 (US CA 8th Circuit 1982), 750; *Ulane v. Eastern Airlines Inc,* 742 F 2d 1081, 1084 (US CA 7th Circuit 1984)), ma in seguito abbandonarono tale orientamento.

[455] *Oncale v. Sundowner Offshore Services Inc. et al*, 96 U.S. 568 (1998). Sull'applicabilità del Title VII del CRA 1964 prima di *Oncale case* si v. in letteratura J. Bonnett, *Same-sex sexual harassment*, in 6 *Law & Sexuality: A Review of Lesbian & Gay Legal Issue,* 1-29 (1996); M.P. Norris, M.A. Randon, *Sexual Orientation and the Workplace: Recent Developments in discrimination and Harassment Law*, in 9(2) *Employee Relations Law Journal,* 233-246 (1993).

sment) provenienti da soggetti dello stesso sesso sono perseguibili in forza del Titolo VII del *Civil Right Act* del 1964, ed in particolare del disposto che vieta la discriminatione in base al sesso. L'opinione di maggioranza giustifica tale conclusione precisando che: (1) siffatto divieto di discriminazione protegge sia uomini sia donne, non valendo nemmeno l'obiezione che esclude la fattispecie discriminatoria sol perché il querelante e l'imputato sono entrambi uomini[456]; (2) il caso *de quo* deve essere distinto da *Jhonson v. Transportation Agency*[457] perché la Corte, in *Jhonson*, pur respingendo il reclamo con cui un lavoratore maschio affermava di essere stato discriminato per ragioni di sesso dal datore di lavoro uomo, aveva precisato che la fattispecie discriminatoria era avvenuta per ragioni diverse dal fatto che entrambi i soggetti interessati appartenessero al medesimo sesso; (3) il caso di molestie sessuali di maschi su altri maschi nei luoghi di lavoro non rappresenta certamente il principale problema cui il Congresso intendeva fornire risposta al momento dell'approvazione del Titolo VII, ma sovente le disposizioni normative si applicano di là del problema principale sino a coprire fattispecie ragionevolmente simili.

Non sconvolge dunque che le corti di Hawaii, Alaska e Maryland abbiano giudicato il *same-sex marriage ban* alla stregua di una classificazione fondata sul sesso, soggetta ad uno *standard of review* più elevato rispetto al semplice *rational basis test*. Ciò implica che le giustificazioni addotte per il mantenimento di siffatta classificazione debbano essere stringenti e di vitale importanza per lo Stato. La classificazione quasi sospetta è ragionevole se sussiste un *important state interest* e se si prova che è *closely related* o *substantially related* al fine da perseguire. La Corte Suprema, poi, ha in più occasioni fornito specificazioni su tale parametro, asserendo che "la giustificazione deve essere genuina, non ipotizzata o inventata *post hoc* in rispo-

---

[456] In precedenza la Corte Suprema aveva rigettato ogni presunzione secondo cui in ipotesi di discriminazione razziale sul luogo di lavoro questa fosse esclusa per il semplice fatto che fosse perpetrata da membri della stessa razza: *Castaneda v. Partida*, 430 U.S. 482, 499 (1977).

[457] *Johnson v Transportation Agency, Santa Clara Cty.*, 480 U.S. 616 (1987); per una analisi critica del caso cfr. N. Olivetti-Rason, *Una recente sentenza della Corte Suprema statunitense in tema di parità tra uomo e donna*, in *Diritto e società*, 1988, n. 1, 183-194.

sta alla controversia"[458]. La giustificazione addotta non deve apparire come una mera sanatoria *post-facto* e deve consistere in motivazioni esistenti sin dal momento dell'adozione dell'atto. Alla luce di ciò, dunque, appare insostenibile la tesi addotta dallo Stato delle Hawaii secondo cui il *same-sex marriage ban* è preposto a riservare il matrimonio solo a coloro che sono in grado di procreare tramite l'unione, dato che poco prima lo stesso legislatore era intervenuto eliminando tale requisito. Analogamente, la stessa ragione non può essere addotta dallo Stato dell'Alaska, non avendo mai richiesto la sussistenza della capacità a procreare tra i requisiti per contrarre valido matrimonio. Simili argomentazioni risulterebbero inaccettabili anche da parte di un cospicuo numero di Stati che consentono ai cugini di primo grado di contrarre matrimonio, a condizione che non vi sia più alcuna possibilità di procreare, o per effetto dell'età avanzata di entrambi (tendenzialmente sessantacinque anni), ovvero in ragione di una dimostrata incapacità naturale di uno di essi[459]. Dati, questi e altri simili, che sono tutti in grado di provare l'iraggionevolezza e l'insostenibilita di una radicata forma di discriminazione sessuale.

---

[458] *United States* v. *Virginia*, 518 U.S. 515 (1996), 533.

[459] C.M. Metter, *Some "incest" is harmless incest: determining the fundamental right to marry of adults related by affinity without resorting to state incest statutes*, in 10-WTR *Kan. J.L. & Pub. Pol'y*, 262 (2000); M. Murray, *Problems with California's definition of incest*, in 11 *J. Contemp. Legal Issues*, 104 (2000).

Parte Terza

LA TUTELA COSTITUZIONALE ESPRESSA DELL'ORIENTAMENTO SESSUALE: IL SUDAFRICA

Capitolo I

ORIENTAMENTO SESSUALE FRA DIRITTI E VALORI DELLA SOCIETÀ APERTA E DEMOCRATICA

Noi siamo prodotti della natura, ma la natura ci ha fatti con la nostra capacità di cambiare il mondo, di prevedere e di pianificare e per il futuro e di prendere decisioni di vasta portata per le quali siamo moralmente responsabili. Dunque, la responsabilità, le decisioni, entrano nel mondo della natura solo con noi.

Karl R. Popper, 1944

The only plausible argument which adequately recognizes sexual orientation as an impermissible ground of discrimination is based on a claim to the equal protection of the law. This argument asserts unequivocally that discrimination on the ground of homosexuality is untenable, because sexual orientation is – or should be – a matter of indifference morally and constitutionally. There is thus no basis which can be countenanced before the law for treating homosexual men and women differently.

Edwin Cameron, 1993

The basis of the jurisprudence of the Constitutional Court in South Africa has thus been the inclusive African concept of humanity, extended […] to the weak, the marginalized, the socially outcast, and the victims of prejudice and stereotypying, recognizing the humanity in each, and granting them the full entitlement to dignity, privacy, and equality.

Edwin Cameron, 2001

1. *La transizione costituzionale sudafricana: storia, valori e cultura dell'umanità*

La rinnovata cornice costituzionale del Sudafrica rappresenta certamente una tappa di capitale importanza nel processo multi-fa-

se, tuttora in corso, di transizione in direzione democratica del paese. Questo perché – avverte Mahomed J. in una delle prime decisioni della Corte costituzionale – "la costituzione non è equiparabile ad una forma qualsiasi di codificazione legislativa di un passato accettabile e legittimo. Questa trattiene dal passato solo ciò che è difendibile mentre rappresenta una rottura decisiva e radicale rispetto a quella parte ritenuta inaccettabile. Costituisce una secca rottura dalla cultura dell'*apartheid* e del razzismo anelando alla civiltà costituzionalmente protetta dell'apertura, della democrazia e dei diritti umani universali per i sudafricani di tutte le età, classi sociali e razze. C'è un netto e drammatico contrasto tra il passato in cui i sudafricani furono imbrigliati, e il futuro su cui la costituzione traccia le sue premesse. Il passato fu pervaso da ineguaglianza, autoritarietà e repressione. Il futuro cui si aspira si fonda su ciò che è giustificabile in una società aperta e democratica basata sulla libertà ed eguaglianza"[1].

La costituzione finale sudafricana (1996)[2] – in ossequio agli imperativi espressi nella costituzione transitoria (1993)[3] – esprime a chiare lettere l'adesione al pluralismo, il rispetto delle diversità, ed il recupero dei valori e dei principi democratici che salvaguardano gli individui dall'arbitraria interferenza pubblica nella vita privata, in rottura con un passato contrassegnato dal pregiudizio, dall'esclusione e dalla emarginazione di certi gruppi sociali, specialmente dei *coloured* e *black people*. La gerarchia assiologia recepita nel nuovo ordine giuridico-sociale conferma un singolare rapporto di interdipendenza tra storia e costituzione, fra loro intrecciate sull'orma di un inestricabile processo dialettico e circolare. La costituzione fa

---

[1] *Shabalala and Others v. The Attorney-General of the Transvaal and Another* 1996 1 SA 725 (CC), § 26; cfr. *President of The Republic of South Africa and Another v. Hugo* 1997 (6) BCLR (CC); 1997 (4) SA 1 (CC), § 41.

[2] *Constitution of the Republic of South Africa Act No 108 of 1996*, in *Republic of South Africa Government Gazette*, vol. 378, Cape Town, 18 December 1996, No 17678; in seguito indicata come "costituzione finale". Riguardo il processo di transizione sudafricano e, più in generale, le recenti costituzioni africane si v. fra tutti Aa.Vv., *International Conference on African Constitutions (Bologna, Novembre 27-th-27th, 1998)*, V. Piergigli, I. Taddia (eds.), Giappichelli, Torino, 2000.

[3] *Constitution of the Republic of South Africa Act No 200 of 1993*; in seguito citata come "costituzione transitoria".

saggiamente tesoro degli insegnamenti della storia trascorsa, e al contempo opera una selezione riflessiva del "capitale sociale" buono e accettabile per la costruzione di un futuro significativamente – e auspicabilmente – diverso, funzionando in tal modo "da ponte" fra un sistema di valori che s'intende abbandonare ed uno che si vuole, viceversa, riconoscere ed affermare con vigore. È alla luce di tale contesto storico, politico e sociale che occorre interpretare tanto le *Founding Provisions* (sezz. 1-6) quanto le clausole elastiche del *Bill of Rights* (sezz. 7-39) della costituzione finale[4].

La costituzione finale esprime il trapasso verso un innovato sistema di valori sin dalla sua sezione di apertura, operando così il riconoscimento di un preciso quadro assiologico fondante: "[l]a Repubblica del Sud Africa è uno Stato unitario, sovrano, democratico, fondato sui seguenti valori: (a) *Dignità umana*, *raggiungimento dell'eguaglianza* e *avanzamento delle libertà* e dei diritti umani. (b) Non-razzismo e *non-sessismo*. (c) Supremazia della costituzione e principio di legalità. (d) Suffragio universale adulto, lista unica nazionale degli elettori, elezioni regolari e sistema di governo democratico multipartitico, intesi a garantire la responsabilità, la collaborazione e l'apertura [delle istituzioni]"[5].

I valori espressi nelle *Founding Provisions* fondano l'intero sistema istituzionale ed irradiano il *Bill of Rights*, il quale, a sua volta, costituisce al contempo la legittimazione ed il limite dell'attività pubblica e del potere legislativo sudafricani. I valori costituzionali ricalcano in vario modo dei veri e propri fini istituzionali, in guisa che il "*Bill of Rights* è il fondamento della democrazia in Sudafrica. Esso custodisce i diritti di tutte le persone del […] paese ed afferma i valori democratici di dignità umana, eguaglianza e libertà. Lo stato

---

[4] I. Currie, J. de Waal, *The Bill of Rights Handbook*, Juta, Cape Town, 2005, 145-158.

[5] Sez. 1 cost. finale (corsivo aggiunto); il testo in lingua ufficiale è il seguente: "[t]he Repubblic of South Africa is one, sovereign, democratic state founded on the following values: (a) Human dignity, the achievement of equality and the advancement of human rights and freedoms. (b) Non-racialism and non-sexism. (c) Supremacy of the constitution and the rule of law. (d) Universal adult suffrage, a national common voters roll, regular election and a multi-party system of democratic government, to ensure accountability, responsiveness and openness".

deve rispettare, proteggere, promuovere e soddisfare i diritti riconosciuti nel *Bill of Rights*. I diritti riconosciuti nel *Bill of Rights* sono soggetti alle limitazioni indicate alla sez. 36, o altrove nel *Bill*" (sez. 7 cost. finale)[6]. Stando quindi alla richiamata sez. 36 cost finale (*limitation of rights*), la lesione di diritti richiamati nel *Bill of Rights* è giustificabile – *ergo*: costituzionalmente compatibile – "solo nei termini di previsioni normative di applicazione generale la cui portata limitativa sia ragionevole e giustificabile in una società aperta e democratica fondata sulla dignità umana, eguaglianza e libertà, tenendo in considerazione tutti i fattori rilevanti, inclusi – (a) la natura del diritto; (b) l'importanza dello scopo della limitazione; (c) la natura e l'estensione della limitazione; (d) le relazione tra la limitazione e il suo scopo; e (e) l'esistenza di mezzi meno restrittivi per il raggiungimento dello scopo"[7].

Il valore centrale su cui ruota l'intero assetto costituzionale è una mutata idea di umanità, che necessita di includere, al suo interno, ogni espressione umana di fioritura e realizzazione capace di contribuire allo sviluppo sociale senza arrecare nocumento agli interessi di altre persone. In particolare, – come ha acutamente sottolineato Desmond Tutu, noto vescovo di Cape Town, nonché presidente della *Truth and Reconciliation Commission* – per avviare la trasformazione dell'intero sistema è stato necessario partire dal concetto tradizionale di *ubuntu*. "[S]i parte dal concetto che siamo tutti interconnessi: l'umanità dei criminali, indipendentemente dalla loro

---

[6] Il testo in lingua ufficiale della sez. 7 cost. finale è il seguente: "(1) [t]his Bill of Rights is a cornerstone of democracy in South Africa. It enshrines the rights of all people in our country and affirms the democratic values of human dignity, equality and freedom. (2) The state must respect, protect, promote and fulfil the rights in the Bill of Rights. (3) The rights in the Bill of Rights are subject to the limitations contained or referred to in section 36, or elsewhere in the Bill".

[7] Il testo in lingua ufficiale della sez. 36 cost. finale è il seguente: "[t]he rights in the Bill of Rights may be limited only in terms of law of general application to the extent that the limitation is reasonable and justifiable in an open and democratic society based on human dignity, equality, and freedoms, taking into account all relevant factors, including – (a) the nature of the right; (b) the importance of the purpose of the limitation; (c) the nature and extent of the limitation; (d) the relation between the limitation and its purpose; and (e) less restrictive means to achieve the purpose. (2) Except as provided in subsection (1) or in any other provision of the Constitution, no law may limit any right entrenched in the Bill of Rights".

volontà, è sullo stesso piano di quella delle vittime e a essa strettamente vincolata. Quando si disumanizza una persona infliggendole danno e sofferenza, inevitabilmente si disumanizza se stessi. […] [L]a perdita di umanità degli oppressori è uguale, se non addirittura superiore, a quella subita dagli oppressi"[8].

Espresso in lingua tradizionale Bantu – idioma assai diffuso tra le popolazioni di colore della parte meridionale e centrale del continente africano –, il valore storico-sociale di *ubuntu* informa secondo una prassi riflessiva l'imperativo di umanità riconosciuto nel nuovo assetto costituzionale. Questa filosofia fu espressamente "costituzionalizzata" nel Postambolo della costituzione transitoria – antesignana alla costituzione finale –, laddove si affermava che "l'adozione della […] Costituzione pone le basi sicure per i popoli del Sudafrica al fine di superare le divisioni e le lotte passate, che a loro volta generarono gravi violazioni dei diritti umani, la trasgressione di principi umanitari nei conflitti violenti e un lascito contrassegnato da sentimenti di odio, paura, colpevolezza e vendetta. Tutto questo può ora essere affrontato sulla base del riconoscimento di un bisogno di comprensione ma non di vendetta, un bisogno di riparazione ma non di ritorsione, un bisogno di *ubuntu* ma non di vittimizzazione".

All'idea di *ubuntu* la giurisprudenza costituzionale ha fatto inequivoco riferimento sin dall'inizio della sua attività. L'*ubuntu* è servito alla Corte, ad esempio, per affermare l'illegittimità della pena di morte nel caso *S* v. *Makwanyane*, ove Langa J. chiarisce, a mo' di premessa, che "[i]impliciti nelle previsioni e nel tono della Costituzione sono *i valori di una società più matura, che riposano sulla persuasione morale piuttosto che sull'idea di forza; sull'esempio più che sulla coercizione*. In questa nuova circostanza, dunque, diviene chiaro il ruolo dello Stato. Nel bene e nel male, lo Stato ricopre un ruolo modello per la nostra società. Di qui la necessità di radicare una cultura del rispetto per la vita umana e la dignità, fondata sui corrispondenti valori riflessi nella costituzione, in cui lo Stato deve giocare il ruolo di attore principale"[9].

---

[8] D.M. Tutu, *Non c'è futuro senza perdono*, Feltrinelli, Milano, 2001, 80.

[9] *S v. Makwanyane and another* 1995 3 SA 391 (CC); 1995 (6) BCLR 665 (CC), § 222 (corsivo aggiunto).

Nell'articolare la concezione di *ubuntu* che irradia le sezz. 10 e 11, in materia di dignità umana e diritto alla vita, Langa J. osserva che al fondo vi è l'idea di "una cultura che pone una certa enfasi […] sull'interdipendenza dei membri di una comunità. [L'*ubuntu*] riconosce la condizione della persona come persona umana, avente diritto al rispetto, dignità, valore e accettazione incondizionati dai membri della comunità cui tale persona finisce per appartenere. Questo determina, tuttavia, anche il rovescio. La persona ha un dovere corrispondente a riconoscere lo stesso rispetto, dignità, valore e accettazione ad ogni membro della comunità. Più significativamente, [l'*ubuntu*] disciplina l'esercizio dei diritti tramite l'enfasi che questo ripone sulla condivisione, sulla corresponsabilità e sul reciproco godimento dei diritti […]. Un tratto fondamentale dell'*ubuntu* nella sua accezione comunitaria è il valore che questo pone sulla vita e sulla dignità umana. Il tema dominante di questa cultura è che la vita di un'altra persona possiede almeno lo stesso valore della propria. E l'idea di rispetto per la dignità di tutti gli individui recepisce pienamente questa concezione"[10].

La cultura dell'*ubuntu* riceve pratica applicazione tramite la protezione costituzionale delle molteplici "categorie sociali"; questa cultura garantisce riparo tanto ai forti e potenti, quanto ai deboli e socialmente vulnerabili, e richiede la contemporanea abolizione di gerarchie morali impresse nella legge in quanto sovrastrutture che inevitabilmente sottendono giudizi normativi di maggiore o minor valore personale. Dalla cultura dell'*ubuntu* discende il postulato, enucleato per primo da Chaskalson J. in *S* v. *Makwanyane*, secondo cui "la visione maggioritaria", riflessa inevitabilmente nell'opinione pubblica e nelle deliberazioni legislative, "non può far venir meno il dovere posto in capo alle Corti di interpretare la Costituzione e di sostenere con favore e senza timore le sue norme". L'opinione pubblica "può avere una certa rilevanza" nell'interpretazione del *Bill of Rights*, ma non può avere un ruolo determinante, perché "se [questa] dovesse essere decisiva, non vi sarebbe alcun bisogno del processo costituzionale. La protezione dei diritti potrebbe quindi essere

---

[10] *Ibidem*, §§ 224-225.

lasciata al Parlamento, che ha un'investitura democratica e risponde del mondo in cui esercita il suo mandato di fronte alla collettività pubblica. […] La ragione vera che determinò la creazione del nuovo ordine legale, assieme all'attribuzione in capo alle corti di un sindacato giudiziale sull'intera legislazione, fu la necessità di proteggere i diritti delle minoranze e di coloro che non sono in grado di proteggere adeguatamente i loro diritti tramite il processo democratico. La schiera di coloro che possono rivendicare tale protezione include sia i reietti sociali sia i gruppi emarginati dalla società. È solo se c'è la volontà di proteggere i peggiori e i più deboli fra di noi che possiamo essere certi sulla difesa futura dei nostri stessi diritti"[11].

Stando all'interpretazione dei giudici costituzionali, il fine ultimo del costituzionalismo, indi dei corollari di supremazia e stato costituzionali, risiede nella protezione delle minoranze impopolari, incapaci di affermare i loro diritti di dignità e di eguaglianza tramite il dispiego del solo circuito democratico elettivo. La protezione delle minoranze sgradite deve però essere libera dal pregiudizio e dagli stereotipi sociali. Diversamente, infatti, lo Stato finirebbe, attraverso l'attività dei suoi organi, per supportare – e, anzi, per rafforzare tramite il sigillo pubblico – sentimenti quali il disgusto, la vergogna, e l'odio, ossia stati d'animo che, foss'anche in modo sotterraneo ed inconscio, ebbero un ruolo sovrano proprio nell'affermazione dell'*apartheid* e della passata divisione sociale, ossia nella giustificazione (razionalizzata) di quei modelli ingiusti di organizzazione sociale che il costituzionalismo sudafricano ha inteso e intende smantellare. L'imperativo di protezione delle minoranze impopolari incombe in modo particolare sui giudici costituzionali, cui si richiede di custodire lo spirito e i valori della costituzione "suprema" specialmente tramite un'interpretazione svincolata dalle convinzioni soggettive e stereotipi cognitivo-culturali. Le visioni morali dei giudici, quand'anche sinceramente espresse e condivise dai più, non possono essere elevate a parametri giustificativi di una limitata o negata protezione legale delle minoranze, pena la messa in discussione della cultura dell'*ubuntu*, che, nel tentativo di realizzare la c.d.

---

[11] *Ibidem*, § 88.

raimbow nation, implica invece la forte affermazione identitaria di tutti i componenti il multicolore mosaico etnico, linguistico e culturale del paese.

La redazione di una Costituzione che esprime una gamma coerente di principi e di valori è l'inizio di un ambizioso progetto di trasformazione sociale, cui lo Stato partecipa in prima persona ricoprendo – a voler parafrasare le parole di Langa J – tanto il ruolo di "studente modello", quanto quello di "attore principale". Allo stesso modo, anche il riesame complessivo dell'ordinamento giuridico preesistente ed il suo riallineamento ai principi democratici sono fasi cruciali necessarie che richiedono *in primis* un impegno costante e diligente dello Stato e dei suoi organi. Ciò nonostante, non può negarsi come l'impegno unilaterale *ex parte publica*, seppur esemplare e cardinale, non basti da solo a diffondere trasversalmente e capillarmente i valori della libertà, eguaglianza e dignità umana, premessa essenziale alla realizzazione di una "società aperta e democratica".

Ciò perché, sovente, al determinismo dei paradigmi normativi o dei modelli di divisione sistemica in classi si associa il determinismo delle convinzioni e delle credenze, che, quando regnano su una società *lato sensu* intesa, impongono a tutti e ad ognuno la forza imperativa del sacro, la forza proibitiva del pregiudizio, la forza normalizzatrice del dogma. È il concetto secondo cui "[t]utte le determinazioni propriamente sociali-economiche-politiche (potere, gerarchia, divisioni in classi…) e tutte le determinazioni propriamente culturali convergono e si definiscono in sinergia tra loro per imprigionare la conoscenza in un multideterminismo di imperativi, norme, proibizioni, rigidità, blocchi"[12].

I valori costituzionali non sono solo "prodotti" della macchina pubblica, ma sono anche "esseri mentali" che hanno vita e potenza nella vita privata, e che possono possedere la mente di ognuno al punto di incidere in profondità nei modelli di relazione fra cittadini. Sotto un primo aspetto, anzi, i valori regnano prima nell'anima e nell'intelligenza umane, prendono forma, consistenza, realtà nei pensieri, nelle relazioni, nei simboli, e sono poi trasfusi riflessi-

---

[12] E. Morin, *I sette saperi necessari all'educazione del futuro*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2001, 27.

vamente nelle costituzioni sino a pervadere l'amministrazione della *res publica* ampiamente intesa. Sotto un secondo, le costituzioni addomesticano i privati cittadini attraverso i valori e le culture che promuovono, influendo notevolmente sui complessivi assetti e valori sociali. La transizione sudafricana dimostra l'impossibilità di attribuire le responsabilità del passato ai soli soggetti pubblici e non ad altri comunque operanti nella società civile. Inoltre, i fautori di un regime oppressivo finiscono sovente per diventare vittime del sistema perverso da loro stessi ideato, secondo uno schema che difficilmente consente di distinguere nettamente i responsabili dalle vittime[13]. Sotto un terzo aspetto, quindi, l'adozione di una "costituzione-ponte" verso una rinnovata cornice valoriale aperta e democratica dimostra come talvolta gli stessi individui – posti di fronte all'alternativa di una stressante realtà difficilmente vivibile siccome complessivamente disumana – possano addomesticare le loro stesse idee e valori, fin'anche a raggiungere il controllo del sistema che sino a quel momento li ha controllati. Sono così le idee e i valori "nuovi" che permettono di individuare l'arbitrarietà e l'inopportunità dei "vecchi", al punto da riconoscersi la necessità di un costituzionalismo trasformativo.

La realtà è che i valori esistono attraverso e per l'uomo, e pervadono le attività umane nel suo complesso, sicché risulta assai difficile distinguere il momento di separazione e di opposizione tra ciò che – pensieri, relazioni private, simboli, costituzioni, prassi pubbliche – nasce dalla stessa fonte. Consapevole del fatto che la conversione di un sistema ai valori della democrazia richiede lo sforzo congiunto di tutti – istituzioni pubbliche e società civile – a lottare con decisione contro le idee e valori "vecchi", la costituzione finale estende l'ambito applicativo del *Bill of Rights* anche ai rapporti orizzontali. La sez. 8 cost. finale precisa che "(1) [i]l *Bill of Rights* si applica a tutte le leggi, e vincola il legislatore, l'esecutivo, il giudiziario e tutti gli organi dello stato. (2) Una disposizione del *Bill of Rights* vincola una persona fisica o giuridica se, e nella misura in cui, questa sia applicabile, considerate la natura del diritto e la natura di ogni dovere sca-

---

[13] D.M. Tutu, *Non c'è futuro*, cit., 80, *passim.*

turente dal diritto. (3) Quando si applica una disposizione del *Bill of Rights* ad una persona fisica o giuridica ai sensi del comma (2), ciascuna corte – (a) al fine di dare effetto al diritto contenuto nel *Bill*, deve applicare, o se necessario sviluppare, la *common law* nella misura in cui la legislazione non dia effetto a tale diritto; e (b) può sviluppare regole di *common law* volte a limitare il diritto, sempre che la limitazione sia compatibile con la sezione 36(1). (4) Una persona giuridica è titolare dei diritti contenuti nel *Bill of Rights* nella misura richiesta dalla natura del diritto e di quella persona giuridica[14].

2. *La tutela costituzionale espressa dell'orientamento sessuale*

Il *Bill of Rights* sudafricano è uno dei più aggiornati nel panorama mondiale delle carte dei diritti. Fra gli elementi di novità figurano la decisa reazione alle svariate forme di disuguaglianza pregresse e la costituzionalizzazione di molti diritti di terza generazione riconosciuti in ambito internazionale o in alcune esperienze modello – Canada *in primis* –, cui il costituente locale si è visibilmente ispirato[15]. La costituzionalizzazione del divieto di discriminazione diretta ed indiretta, l'esplicita previsione delle azioni positive a favore delle frange sociali più vulnerabili, la centralità della dignità umana nella

---

[14] Il testo in lingua ufficiale della sez. 8 cost. finale è il seguente: "(1) [t]he Bill of Rights applies to all law, and binds the legislature, the executive, the judiciary and all organs of state. (2) A provision of the Bill of Rights binds a natural or juristic person if, and to the extent that, it is applicable, taking into account the nature of the right and the nature of any duty imposed by the right. (3) When applying a provision of the Bill of Rights to a natural or juristic person in terms of subsection (2), a court – (a) in order to give effect to a right in the Bill, must apply, or if necessary develop, the common law to the extent that legislation does not give effect to that right; and (b) may develop rules of the common law to limit the right, provided that the limitation is in accordance with section 36(1). (4) A juristic person is entitled to the rights in the Bill of Rights to the extent required by the nature of the rights and the nature of that juristic person"; per un'analisi dettagliata si rinvia a M. Montalti, *L'efficacia orizzontale del "Bill of Rights" sudafricano alla luce di alcune riflessioni comparative*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2004, 4, 1714-1733.

[15] Si vedano, ad esempio, le sezz. 24 (*Environment*), 26 (*Housing*), 27 (*Health care, food, water and social security*), 28 (*Children*), 29 (*Access to information*) cost. finale.

struttura della *discrimination litigation*, la lunga lista di *prohibited grounds* di discriminazione sono alcuni fra gli elementi che hanno conferito nuova forgia al postulato di eguaglianza di memoria liberale. Soprattutto, l'*equality principle* della costituzione transitoria è il primo disposto di rango costituzionale che annovera fra i suoi destinatari anche le minoranze sessuali, vietando espressamente la discriminazione diretta e indiretta a motivo dell'orientamento sessuale[16].

La ragione di tale inclusione è rintracciabile in diversi fattori fra loro collegati. La più importante risiede certamente nella già sottolineata nascita di un movimento filosofico radicale concentrato sull'anti-discriminazione e sulla *humanness*, che il processo costituente ha alimentato elevando i valori d'inclusione, apertura, li-

---

[16] Il testo in lingua ufficiale della sez. 8 cost. transitoria (*Equality*) era il seguente: "(1) [e]very person shall have the right to equality before the law and to equal protection of the law. (2) No person shall be unfairly discriminated against, directly or indirectly, and, without derogating from the generality of this provision, on one or more of the following grounds in particular: race, gender, sex, ethnic or social origin, colour, sexual orientation, age, disability, religion, conscience, belief, culture or language. (3) (a) This section shall not preclude measures designed to achieve the adequate protection and advancement of persons or groups or categories of persons disadvantaged by unfair discrimination, in order to enable their full and equal enjoyment of all rights and freedoms. (b) Every person or community dispossessed of rights in land before the commencement of this Constitution under any law which would have of such rights subject to and in accordance with sections 121, 122 and 123 been inconsistent with subsection (2) had that subsection been in operation at the time of the dispossession, shall be entitled to claim restitution. (4) Prima facie proof of discrimination on any of the grounds specified in subsection (2) shall be presumed to be sufficient proof of unfair discrimination as contemplated in that subsection, until the contrary is established". Per un commento si v.: D. Bosson, *South Africa Interim Constitution. Text and Notes*, Juta Ltd., Cape Town, 1994, 21-23 (cfr. pp. xxi-xxii per una critica valutazione del *Multy Party Negotiation Process*); R. Spitz, M. Chaskalson, *The Politics of Transition. A Hidden History of South Africa's Negotiated settlement*, Witwatersrand University Press, Johannesburg, 2001, 301-312; D. Meyerson, *Sexual Equality and The Law,* in 9(3) *SAJHR,* 237 (1993); A. Cachalia, H. Cheadle, D. Davis, N. Haysom, P. Maduna, G. Marcus (eds.), *Equality*, in *Fundamental Rights in the New Constitution*, Juta & Co Ltd, Cape Town, 1994, 24; T.W. Bennett, *The Equality Clause and Customary Law*, in 10(1) *SAJHR*, 122 (1994); G.E. Devenish, *The Legal and constitutional significance of the equality clause in the interim constitution*, in 1 *STELL LR,* 92 (1996); J. Kentridge, *Sexual Equality and Discrimination: a Reply to Meyerson*, in 10(2) *SAJHR,* 398 (1994); N. Smith, *Affirmative Action under the New Constitution*, in 11(1) *SAJHR,* 84 (1995); T. Makhonya Dibodu, *Ethical Foundation of Affirmative Action*, in 36(2) *Codicillus,* 18 (1995).

bertà e democrazia al ruolo di *founding provisions*[17]. A ciò devono aggiungersi lo sviluppo sincronico dei movimenti omosessuale e anti-*apartheid* e la natura concertata del processo costituente (*Multi-Party Negotiating Process*), cui le *lobby* hanno a vario titolo partecipato. Il periodo precedente alla transizione costituzionale è in tal senso la base di una grande e pluriforme rivoluzione culturale. La stessa si esprime nella consapevole necessità di liberare il pensiero dall'ossessione razziale, nella desiderabilità, razionalmente giustificata/legittimata, di depurare il sistema da tutte le forme di arbitraria gerarchizzazione sociale e da tutti i "miti sociali" che, nolente o volente, hanno l'effetto di assoggettare i gruppi più deboli – incluso quello definito dall'identità sessuale dei suoi membri – a trattamenti discriminatori, perché erroneamente ritenute persone di minor valore umano e morale. Tale panorama conferma quanto sostenuto da Popper circa le grandi rivoluzioni spirituali, ovvero che le stesse nascondano sempre i sintomi di un nuovo disagio, riassumibile nella formula dell'"effetto stressante della civiltà".

Quest'effetto stressante è "strettissimamente legato al problema della tensione fra classi, problema che viene per la prima volta in luce con il collasso della società chiusa. La società chiusa di per sé non conosce questo problema [perché] la schiavitù, le caste e il governo di classe sono 'naturali' nel senso che sono incontestabili. Ma, con la dissoluzione della società chiusa, questa certezza scompare e con essa ogni sentimento di sicurezza"[18]. Perciò comunità bianca e comunità di colore sudafricane convergono assieme, come risposta razionale e inevitabile ad un *effetto stressante* determinato dalla complessa e trasversale tensione fra classi – razziali, sessuali, sociali, d'identità sessuale, ecc. –, di traghettare verso una società aperta inclusiva di tutta la possibile gamma di umanità.

Eccezion fatta per l'*Homosexual Law Reform Fund* – un'organizzazione di attivisti creata nel 1968 allo scopo precipuo di con-

---

[17] E.C. Christiansen, *Ending the Apartheid of the Closet: Sexual Orientation in the South African Constitutional Process*, in 32 *New York University Journal of International Law and Politics,* 998-1001 (2000).

[18] K.R. Popper, *La società aperta e i suoi nemici*, a cura di M. Pera, Armando Editore, Roma, 1993, vol. I, 249.

trastare l'approvazione di provvedimenti legislativi pregiudizievoli per la comunità LGB[19] –, il movimento omosessuale cominciò ad assumere peso e dimensioni significative solo alla fine degli anni Ottanta, coinvolgendo prevalentemente membri della comunità bianca. L'unico movimento omosessuale rappresentativo della comunità di colore ad assumere risonanza durante gli anni della pre-transizione fu il *Gay and Lesbian Organization of the Witwatersrand* (GLOW), e ciò grazie alla vivace partecipazione di un noto attivista anti-*apartheid*, tale Simon Nkoli[20]. Ma fu certamente il *Lesbians and Gays Against Oppression* (LAGO) – movimento di estrazione sociale bianca avente sede legale a Cape Town, in seguito denominato *Organization for Lesbian and Gay Activists* (OLGA) –, a rivestire un ruolo guida nella lotta per l'eliminazione della discriminazione tanto razziale quanto omosessuale[21].

In tempi coevi all'emanazione della costituzione transitoria, L'OLGA propose la redazione della prima Carta per i diritti de-

---

[19] M. Gevisser, *A Different Fight for Freedom: A history of South African lesbian and gay organization from the 1950s to the 1990s*, in M. Gevisser, E. Cameron, *Defiant Desire*, Routledge, New York-London, 1995, 249-257.

[20] S. Nkoli, *Wardrobes: Coming out as a black gay activitist in South Africa*, in M. Gevisser, E. Cameron, *Defiant Desire*, cit., 30-31. Con l'emanazione del nuovo quadro costituzionale, l'associazionismo gay è divenuto fenomeno diffuso tanto alla comunità bianca quanto a quella di colore, e ben settanta organizzazioni ed associazioni si sono riunite in un unico organismo per formare il *National Coalition for Gay and Lesbian Equality* (oggi *Equality Project*). Lo scopo principale di tale associazione è quello di promuovere l'eguaglianza degli omosessuali e dei *transgendered people* (Art. 3.1 dello statuto originario: "[to] promote equality before the law for all persons, irrespective of their sexual orientation, [as envisaged] in the Constitution of the Republic of South Africa") e per fa ciò può intentare azioni legali ed essere citata in giudizio (Art. 3.4 dello statuto originario: "[to] challenge by means of litigation […] all forms of discrimination on the basis of sexual orientation"). Attualmente essa non rappresenta l'unica organizzazione a tutela del libero orientamento sessuale: la stessa Costituzione istituisce organi pubblici a tutela dei diritti umani, come la *South African Human Right Commission.* In base alla sez. 184 cost. finale essa ha lo scopo di "(a) promote respect for human rights and a culture of human rights; (b) promote the protection, development and attainment of human rights; and (c) monitor and assess the observance of human rights in the Republic": M. Jara, S. Lapinsky, *Forging a representative gay liberation movement in South Africa*, in 2 *Development Update,* 44 (1998).

[21] D. Fine, J. Nicol, *The lavender lobby: Working for lesbian and gay rights within the liberation movement*, in M. Gevisser, E. Cameron, *Defiant Desire*, cit., 270.

gli omosessuali, alla cui scrittura conclusiva parteciparono tutte le principali organizzazioni LGB nazionali[22]. La *Lesbian, Gay and Bisexual Rights Charter* fu il primo documento ad esprimere i valori di una società aperta, tollerante e democratica, a ribadire la necessità di rispettare i diritti fondamentali di tutti, incluse le minoranze sessuali, ad auspicare il raggiungimento dell'eguaglianza in settori vitali della vita di ogni individuo. La Carta, approvata all'unanimità nel corso di una conferenza nazionale da tutti i movimenti omosessuali (11 dicembre 1993), codifica sia i diritti fondamentali dei membri componenti le minoranze sessuali (eguaglianza, dignità, privacy, libertà di manifestazione del pensiero e di associazione), sia i divieti espressi di discriminazione in settori quali il lavoro, l'immigrazione, l'attività sessuale, la famiglia, l'istruzione, ecc. L'intento originario e principale della Carta fu prevalentemente quello di fornire degli orientamenti nell'interpretazione dell'approvando divieto costituzionale di discriminare in ragione dell'orientamento sessuale. La pressoché coeva stesura di una Carta per i diritti degli omosessuali e la codificazione di un'esplicita protezione costituzionale delle minoranze sessuali si spiega nella fruttuosa opera di collaborazione tra l'OLGA e l'ANC (*African National Congress*) alla predisposizione del progetto di *Bill of Rights*.

Anche la spinta emulativa nei confronti del modello canadese d'eguaglianza ha pesato sulla determinazione politica dei contenuti dell'*equality principle* sudafricano. Sebbene la sez. 15 della Carta dei Diritti canadese non prevedesse alcun esplicito riferimento all'orientamento sessuale, il *trend* giurisprudenziale – all'epoca inaugurato dai giudici provinciali – che indicò l'orientamento sessuale fra gli *analogous grounds* di discriminazione parimenti vietati travalicò i confini nazionali sino a raggiungere il costituente sudafricano[23]. L'*equality principle* della cost. finale (sez. 9) ripete in via di

---

[22] D. Fine, J. Nicol, *The lavender lobby*, cit., 274; R. Louw, *Gay and Lesbian Sexualities in South Africa. From Outlawed to Constitutionally Protected*, in L.J. Moran, D. Monk, S. Baresford (eds.), *Legal Queeries. Lesbian, Gay and Transgender Legal Studies*, Cassell, London-New York, 1998, 142; La *Lesbian, Gay and Bisexual Rights Charter* (1993) è interamente riportata in Appendice I.

[23] *Canada (Attorney General) v. Ward* (1993) 103 DLR (4th) 1; *Egan v. Canada* (1995) 124 DLR (4th) 609 (Suprema Corte canadese). Circa il rilievo del

massima tutti i nuclei contenutistici dell'omologa disposizione contenuta nella costituzione transitoria (sez. 8 cost. transitoria), ampliando tuttavia la lista dei *prohibited grounds* di discriminazione – "*pregnancy*", "*marital status*", "*birth*" estranei alla sez. 8 cost. transitoria – ed accentuando il profilo sostanziale dell'eguaglianza e delle misure volte a realizzarla (azioni affermative).

La sez. 9 cost. finale è così formulata: "(1) Tutti sono eguali di fronte alla legge e hanno il diritto all'eguale protezione e all'eguale beneficio della legge. (2) L'eguaglianza include il pieno ed eguale godimento di tutti i diritti e libertà. Al fine di promuovere il raggiungimento dell'eguaglianza, possono essere prese misure legislative o di altro tipo volte a proteggere o avanzare persone, o categorie di persone, svantaggiate da discriminazioni ingiuste. (3) Allo stato non è consentito discriminare ingiustamente persone sulla base, direttamente o indirettamente, di uno o più fattori, inclusi la razza, il genere, il sesso, la gravidanza, lo *status* coniugale, l'origine etnica e sociale, il colore, l'orientamento sessuale, l'età, la condizione di disabile, la religione, la coscienza, il credo, la cultura la lingua e la nascita. (4) Nessuna persona può discriminare ingiustamente altri individui sulla base, direttamente o indirettamente, di uno o più fattori elencati al comma 3. La legislazione nazionale deve intervenire al fine di prevenire o proibire la discriminazione ingiusta. (5) La discriminazione fondata su uno o più fattori elencati al comma 3 è ingiusta salvo che non sia diversamente provato"[24].

---

diritto internazione e straniero, ed in particolare del diritto costituzionale canadese, per l'interpretazione della costituzione sudafricana, cfr.: J. Dugard, *International law and the final constitution*, in 11(2) *SAJHR,* 241 (1995); Id., *The role of international law in interpreting the Bill of Rights*, in 10(1) *SAJHR,* 208 (1994); R. Cameron Blake, *The world's law in one country: the South African constitutional court's use of public international law*, in 115, *SALJ,* 668 (1998); W. de Villiers, *Are the Canadian Charter and Charter jurisprudence suitable suitable sources of refernce of human rights and particularly criminal procedure and evidence rights in South Africa? (part. 1)*, in 64 (3) *THRHR,* 349 (2001); Id., *Are the Canadian Charter and Charter jurisprudence suitable suitable sources of refernce of human rights and particularly criminal procedure and evidence rights in South Africa? (part. 2)*, in 64 (4) *THRHR,* 557 (2001); M. Tushnet, *The possibilities of Comparative Constitutional Law*, 108 *Yale Law Journal,* 1225-1239 (1999).

[24] Il testo in lingua ufficiale della sez. 9 cost. finale è il seguente: "(1) Everyone is equal before the law and has the right to equal protection and benefit of the

Di fronte alla costituzionalizzazione dell'orientamento sessuale, la reazione di molti dotti e degli ambienti LGB è stata entusiasta, ritenendosi questa la via più proficua per la liberazione dall'oppressione delle minoranze sessuali. "Sarebbe stato davvero da asini" – afferma fra tutti Pantazis – "negare l'esperienza sociale di molti omosessuali ad avere una identità e un senso di appartenenza ad un gruppo in ragione dell'orientamento sessuale"[25]. Tuttavia non sono mancate critiche e perplessità al riguardo.

---

law. (2) Equality includes the full and equal enjoyment of all rights and freedoms. To promote the achievement of equality, legislative and other measures designed to protect or advance persons, or categories of persons, disadvantaged by unfair discrimination may be taken. (3) The state may not unfairly discriminate directly or indirectly against anyone on one or more grounds, including race, gender, sex, pregnancy, marital status, ethnic or social origin, colour, sexual orientation, age, disability, religion, conscience, belief, culture, language and birth. (4) No person may unfairly discriminate directly or indirectly against anyone on one or more grounds in terms of subsection (3). National legislation must be enacted to prevent or prohibit unfair discrimination. (5) Discrimination on one or more of the grounds listed in subsection (3) is unfair unless it is established that the discrimination is fair".

[25] A. Pantazis, *The Problematic Nature of gay Identity*, in 12(2) *SAJHR,* 306 (1996); per una panoramica di commenti dal tono positivo si rinvia a: P. Gerber, *Case Comment: South Africa: Constitutional Protection for Homosexuals. A Brave Iniziative, But is it Working?*, in 9 *Australasian Gay & Lesbian Law Journal*, The Federation Press, Auckland, 37-57 (2000); R. Louw, *Gay and Lesbian Sexualities in South Africa*, cit., 139-150; S. Seedorf, *La garanzia costituzionale delle minoranze in Sud Africa*, in *Giurisprudenza costituzionale*, III, 2001, 1851-1894; W. Isaack, *Equal in Word of Law: The Rights of Lesbian and Gay People in South Africa*, in *Human Rights*, Summer 2003, 19 ss; C. Ngwena, *Sexuality rights as human rights in Southern Africa with particular reference to South Africa*, in 17(1) *SA Public Law*, 1 (2002); A.J.G.M. Sanders, *Homosexuality and the Law: a Gay Revolution in South Africa*, in 41(1) *Journal of African Law*, 100-108 (1997); C. Dunton, M. Palmberg, *Human Rights and Homosexuality in Southern Africa*, in 19 *Current African Issue*, 5 (1996); C. F. Stychin, *Constituting Sexuality: the struggle for sexual orientation in the South Africa Bill of Rights*, in 23 (IV) *Journal of Law and Society*, 455-483 (1996); C. Mischke, *Big Law. Little Wrong: discrimination on the Basis of sexual orientation and the New South African Constitution order*, in 36(1) *Codicillus*, 33 (1995); H. Botha, *Metaphoric reasoning and transformative constitutionalism (part 1)*, in 4 *Tydskrif Vir Die Suid-Afrikaanse Reg* 612 (2002); Id., *Metaphoric reasoning and transformative constitutionalism (part 2)*, in 1 *Tydskrif Vir Die Suid-Afrikaanse Reg*, 20 (2003); M. Thomas, *Teetering on the brink of equality: sexual orientation and international constitutional protection*, in 17 (II) *Boston College Third World Law Journal*, 365-394 (1997); V. Johnson, *Comment, Making Words on a Page Become Everyday Life: A Strategy to Help Gay Men and Lesbians Achieve Full Equality Under South Africa's Constitution*, 11 *Emory Int'l L. Rev.*, 583 (1997); V. Sacks,

Interessante – ma al contempo inesatto, contraddittorio ed obiettabile nel merito – è il disappunto di Lind e Haslam nei confronti della scelta costituente d'inclusione dell'orientamento sessuale, manifestato, a dieci anni dalla sua entrata in vigore, attraverso l'asserzione secondo la quale "[p]arte della letteratura antropologica ben illustra come una condotta sessuale orientatata sia silente in alcuni contesti africani – in guisa che la pratica non osta alla condotta sessuale fra persone dello stesso sesso, perché non si forma una conseguente identità capace di porre in discussione le regole della struttura familiare […]. La divisione binaria fra le sessualità è rinforzata e potenziata, ed in molti casi pure creata. Questa divisione può non attagliarsi con la realtà della vita sessuale delle persone e con le loro strutture organizzative sociali. Scoprire questi segreti d'identità è antropologicamente possibile, ma può anche minare la libertà sessuale che molti individui godono"[26].

Non è esatto affermare che la dottrina antropologica nega la presenza di comportamenti omosessuali o bisessuali nell'ambito degli eterogenei gruppi etnici sudafricani; al contrario, come si è già chiarito, emergente letteratura antropologica ha storicamente sdoganato fenomeni quali il "*mine marriage*" omosessuale, nei primi anni del '900, nel contesto lavorativo delle miniere d'oro dell'Africa del sud, il matrimonio tribale tra donne, il ruolo del sesso omosessuale all'interno dei gruppi indigeni *Mashona* e *Matabele*, e la presenza di condotte omosessuali tanto nelle celle carcerarie per *black people* quanto dei *white people*. Non deve poi sottacersi che la criminalizzazione delle condotte sessuali tra persone dello stesso sesso non fu qualcosa che influì negativamente solo sulla vita di uomini bianchi propensi alla 'decadenza morale', dalla quale, secondo quanto sostenuto da Lind e Haslam, i neri sarebbero stati immuni.

Muliculturism, Constitutionalism and South African Constitution, in IV *Public Law*, 672-692 (1997).

[26] C. Lind, E. Haslam, *Stories of Sexuality in Constitutional Reform in South Africa: Translating Individual Experiences into Law*, in *Draft Paper for the Wits Law and Society Workshop*, 25-26 September 2003, 10; conclusioni analoghe sono sostenute anche da G. Reid, *"Going back to God, just as we are": contesting identities in the Hopeand Unity Metropolitan Community Church*, in 2 *Development Update*, 57 (1998).

I *black men* furono indubbiamente capaci di commettere simili reati senza la partecipazione di bianchi, tanto da essere puniti e privati della loro libertà personale. Riferendosi ad uno studio compiuto da M. Epprecht circa le numerose *black prosecutions* per consumazione di *unnatural offences* durante i primi trent'anni del regime coloniale nello Zimbabwe, Olover Philipps riporta che "le relazioni tra maschi di colore erano variabili, potendo essere casuali o di lungo termine, di amore o di subordinazione, segrete o pubblicamente conosciute, e non furono certamente presenti solo laddove i maschi erano forzosamente raggruppati e segregati"[27].

Tale realtà determina delle contraddizioni in termini, nelle sopra dette dichiarazioni di biasimo, razzialmente orientate. Come può concilarsi, ad esempio, *il silenzio* della "condotta sessuale orientata" con "la pratica" *non osteggiata*, *ergo* non propriamente silente e, anzi, concreta e presente nel tessuto sociale africano, della "condotta sessuale fra persone dello stesso sesso"? Siffatta realtà, si diceva, richiede di valutare la validità, nel merito, della scelta costituente sudafricana in rapporto al delicato profilo della costruzione delle identità. Non è questa la sede più idonea per considerazioni analitiche di natura psicologico-sociale ed antropologica, ma non si può certo negare il ruolo indicativo che il diritto ha avuto, e ha, nella creazione di specificazioni umane. In *Prinsloo v. Van der Linde* i giudici Ackermann, O'Regan e Sachs confermano la connessione fra diritto e processo di costruzione delle identità individuali: "[s]tiamo uscendo da un periodo della nostra storia durante il quale l'umanità della maggioranza degli abitanti di questo paese fu negata. Costoro furono trattati come persone non aventi un loro valore intrinseco: come oggetti le cui identità, anziché essere considerate di valore infinito, furono arbitrariamente definite da coloro che stavano al potere"[28].

Punire penalmente le condotte sessuali tra persone dello stesso sesso, o, più in generale, escludere dai benefici legali coloro che, anche in virtù di una mera presunzione, desiderano esprimere la lo-

---

[27] O. Phillips, *Zimbawean law and the production of a white man's disease*, cit., 477.

[28] *Prinsloo v. Van der Linde and another* 1997 (6) BCLR 759 (CC); 1997 (3) SA 1012 (CC), §§ 32-33.

ro sessualità in modo diverso dalla maggioranza significa, di per sé, avere già creato il personaggio omosessuale e avere posto le basi per un'identificazione personale nell'ambito di una categoria di orientamento sessuale. Raramente il diritto opera da solo, ma contribuisce assieme alla medicina, alla psicologia e alle scienze sociali in genere a strutturare il personaggio omosessuale, in corrispondenza dei nessi culturali di devianza, malattia, normalità e moralità. Questo è anche il senso delle parole di Pierre de Vos, quando in modo efficace sottolinea che "l'identità omosessuale deriva da una storica esperienza comune di oppressione", e che questa "non volge attorno al pensiero che gli omosessuali sono *diversi*, ma attorno al fatto che sono sempre stati *trattati diversamente*"[29].

Il timore avvertito da Lind e Haslam secondo cui la protezione costituzionale dell'orientamento sessuale determinerebbe il rinforzamento, il potenziamento o addirittura la creazione di una stridente identità sessuale è così svuotata di significato. Il passato regime ha già creato il personaggio omosessuale e posto i presupposti per un'identificazione personale, per cui non è condivisibile la riproposizione dell'obiezione culturale, già avanzata oltre i confini nazionali, secondo cui "nel contesto di protezione delle divergenti sessualità, la costituzione sudafricana sembra avere adottato una specifica ambizione occidentale"[30] importando le categorie di orientamento sessuale[31]. Diversamente, il costituente sudafricano ha inteso rimediare ristabilendo l'eguaglianza violata e liberando le identità di tutti gli appartenenti alla comunità LGB, a prescindere dal colore, e richiedendo a tutti, soggetti pubblici e privati, di accantonare le irrazionali paure omofobe implicite nella predizione di un'inarrestabile deriva sociale o nella trita e ritrita obiezione culturale. È perciò necessario passare all'analisi sul disposto costituzionale di eguaglianza e sui suoi sviluppi legali.

---

[29] P. de Vos, *On the Legal Construction of Gay and Lesbian Identity and South Africa's Transitional Constitution*, in 12(2) *SAJHR*, 271 (1996).

[30] C. Lind, E. Haslam, *Stories of Sexuality in Constitutional Reform in South Africa*, cit., 3.

[31] *Idem.*

3. *L'eguaglianza (sez. 9 cost. finale)*

L'*equality clause* (sez. 8 cost. transitoria, sez. 9 cost. finale) presenta un'elaborata struttura letterale e contenutistica, e costituisce "senz'ombra di dubbio la garanzia che sta al cuore della Costituzione. Questa permea e definisce il substrato etico su cui la Costituzione fonda le sue premesse"[32]. La sottolineata capacità permeante dell'eguaglianza, tipica dei valori, si evince dalle diverse parti del testo costituzionale. Il Preambolo dispone che la costituzione finale è "il diritto supremo della Repubblica volto a – […] stabilire le fondamenta per una società aperta e democratica in cui il governo sia espressione della volontà popolare e in cui ogni cittadino sia egualmente protetto dalla legge"[33]. Le *Founding Provisions* indicano tra i valori fondanti la "(a) dignità umana, il raggiungimento dell'eguaglianza e l'avanzamento dei diritti umani e delle libertà; (b) non razzismo e non-sessismo" (sez. 1 cost. finale). Il valore di eguaglianza percorre trasversalmente l'intero *Bill of Rights*, estendendosi ben oltre la previsione di un diritto all'eguaglianza (sez. 9 cost. finale): nell'indicarne le finalità si precisa che il *Bill* "custodisce i diritti di tutte le persone del paese ed afferma i valori democratici di dignità umana, eguaglianza e libertà" (sez. 7(1) cost. finale); tali diritti "possono essere limitati solo nei termini di previsioni normative di applicazione generale la cui portata limitativa sia ragionevole e giustificabile in una società aperta e democratica fondata sulla dignità umana, eguaglianza e libertà" (sez. 36(1) cost. finale); da ultimo, nell'*interpretation clause*, si stabilisce che "[q]uando si interpreta il *Bill of Rights*, una corte, tribunale o foro – (a) devono promuovere i valori che sottostanno ad una società aperta e democratica fondata sulla dignità umana, eguaglianza e libertà […]" e che "[q]uando si interpreta ogni legislazione, o quando si sviluppano la *common law* o la *customary law*, tutte le corti, tribunali o fori devono pro-

---

[32] *Fraser v. The Children's Court, Pretoria North* 1997 (2) SA 261 (CC);1997 2 BCLR 153 (CC), § 20 (Mohamed DP).

[33] Il testo in lingua ufficiale corrispondente alle statuizioni del Preambolo riportate è il seguente: "as the supreme law of the Republic so as to – […] [l]ay the foundations for a democratic and open society in which government is based on the will of the people and every citizen is equally protected by law".

muovere lo spirito, il significato e i fini del *Bill of Rights*" (sez. 39 cost. finale)[34]. L'*equality value* penetra anche l'organizzazione statale, tanto che "[i]l bisogno per il potere giudiziario di riflettere ampiamente la composizione razziale e sessuale del Sudafrica deve essere considerata al momento della nomina dei giudici" (sez. 174(2) cost. finale)[35]. Infine l'eguaglianza pervade i *Transitional Arrangements*, laddove si specifica ulteriormente il suo ruolo di finalità istituzionale cui tutti gli organi sono tenuti a implementare: "la legislazione nazionale prevista nella sez. 9(4) […] della nuova costituzione deve essere emanata entro tre anni dall'entrata in vigore della presente costituzione"[36]. A tale disposto il legislatore nazionale ha dato attuazione tramite l'emanazione dell'*Employment Equity Act, No 55 of 1998* (EEA) – applicabile nel settore del lavoro privato – e del *Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act,*

---

[34] Il testo integrale in lingua ufficiale della sez. 39 cost. finale è il seguiente: "(1) [w]hen interpreting the Bill of Rights, a court, tribunal or forum – (a) must promote the values that underlie an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom; (b) must consider international law; and (c) may consider foreign law. (2) When interpreting any legislation, and when developing the common law or customary law, every court, tribunal or forum must promote the spirit, purport and objects of the Bill of Rights. (3) The Bill of Rights does not deny the existence of any other rights or freedoms that are recognised or conferred by common law, customary law or legislation, to the extant that they are consistent with the Bill"; per un commento si v. J. de Waal, I. Currie, G. Erasmus, *The Bill of Rights Handbook*, Juta, Lansdowne, 2002[4], 198 ss.

[35] Cfr. *Du Perez v. The Minister of Justice and Constitutional Development* (Eastern Cape High Court, ECJ No: 024/2006, Reg. 368/2004, 13 April 2006).

[36] Il testo in lingua ufficiale corrispondente alle statuizioni riportate della sez. 23(1), *Schedule 6*, della cost. finale è il segunete: "[n]ational legislation envisaged in section 9(4) […] of the new Constitution must be enacted within three years of the date on which the new constitution took effect". La costituzione transitoria richiamava il principio di eguaglianza in molteplici disposti: il primo paragrafo del *Preamble* asseriva il bisogno "to create a new order in which all South Africans will be entitled to a common South African citizenship in a sovereign and democratic constitutional state in which there is equality between men and women and people of all races so that all citizens shall be able to exercise their fundamental rights and freedoms"; la *Schedule 4* richiamava l'eguaglianza tra i principi costituzionali I, II, e V; la sez. 232(4) disponeva che gli *Schedules*, assieme al *Preamble*, "shall for all pur pose be deemed to form part of the substance of the constitution": si v. C. Albertyn, J. Kentridge, *Introducing the Right to Equality in The Interim Constitution*, in 10(1) *SAJHR*, 149 (1994).

No 4 of 2000 (PEPUDA) – disciplinante ogni sfera di attività umana non compresa nel primo.

3.1. *Principio di non discriminazione e "human dignity"*

La Corte costituzionale ha riconosciuto il principio di non discriminazione (sez. 9(3) cost. finale) come "il cuore della garanzia implementabile di eguaglianza"[37], e di concerto ha chiarito che la *rational connection enquiry*, desumibile dalla sez. 9(1) cost. finale, "sarebbe chiaramente non necessaria qualora una corte sostenesse che la discriminazione è ingiusta e non giustificabile"[38]. Stando all'ormai copiosa *equality jurisprudence*[39] emerge chiaramente un approccio

---

[37] *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Another v. Minister of Justice and other*, cit., § 122; si v. G. Carpenter, *Equality and non-discrimination in the new South African constitutional order (1): the early cases*, in 64(3) *THRHR*, 409 (2001); Id., *Equality and non-discrimination in the new South African constitutional order (2): An important trilogy of decisions*, in 64(4) *THRHR*, 619 (2001); Id., *Equality and non-discrimination in the new South African constitutional order (3): The saga continues*, in 65(1) *THRHR*, 37 (2002); Id., *Equality and non-discrimination in the new South African constitutional order (4): Update*, in 65(2) *THRHR*, 177 (2002).

[38] *National Coalition 1*, cit., § 18.

[39] Fra tutte: *National Coalition 1*, cit; *Brink v. Kitshoff NO* 1996 (4) SA 197 (CC); 1996 (6) BCLR 752 (CC); *Prinsloo v. Van der Linde and another*, cit.; *President of the Republic of South Africa and Another v. Hugo*, cit.; *Harksen v. Lane NO and Others,* 1998 (1) SA 300 (CC);1997 (11) BCLR 1489 (CC); *Larbi-Odam v. MEC for Education (North West Province) and another,* 1998 (1) SA 745 (CC); 1997 (12) BCLR 1655 (CC); *Pretoria City Council v. Walker* 1998 (3) BCLR 257 (CC); 1998 (2) SA 363 (CC); *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and others v. Minister of Home Affairs and others* 2000 (2) SA 1 (CC); 2000 (1) BCLR 39 (CC) (d'ora innanzi citata anche come *National Coalition 2*); *East Zulu Motors (Pty) Ltd v. Empangeni/Ngwelezane Transitional Local Council and Others,* 1998 (2) SA 61 (CC); 1998 (1) BCLR 1 (CC); *Hoffmann v. South African Airways,* 2001 (1) SA 1 (CC); 2000 (11) BCLR 1235 (CC); *Moseneke and Others v. Master of the High Court,* 2001 (2) BCLR 103 (CC); *Van der Walt v. Metcash Trading Limited,* 2002 (4) SA 317 (CC); 2002 (5) BCLR 454 (CC); *Du Toit and Another v. Minister of Welfare and Population Development and Others,* 2003 (2) SA 198 (CC); 2002 (10) BCLR 1006 (CC); *Satchwell v. The President of the Republic of South Africa and Another,* 2002 (6) SA 1 (CC); 2002 (9) BCLR 986 (CC); *J and B v. Director-General, Department of Home Affairs and Others* 2003 (5) SA 621 (CC); 2003 (5) BCLR 463 (CC); *S v. Jordan (Sex Workers education and Advocacy Task Force and Others as Amici Curiae*) 2002 (6) SA 642 (CC); 2002 (11) BCLR 1117 (CC);

stratificato circa l'individuazione delle fattispecie di *unfair discrimination*, implicante un *multi-stage enquiry* a sua volta scomponibile in sub-test interni – la Corte costituzionale ha espressamente definito il giudizio di eguaglianza come "internamente strutturato sulla non-discriminazione"[40]. Ciò è in parte dipeso dalla presenza di diversi nuclei normativi all'interno dell'*equality principle*[41], e in parte

---

Satchwell v. The President of the Republic of South Africa and Another 2003 (4) SA 266 (CC); 2004 (1) BCLR 1 (CC); *Khosa and others v. Minister of Social Development and others; Mahlaule and others v. Minister of Social Development and others* 2004 (6) BCLR 569 (CC); *Minister of Finance and others v. Van Heerden,* cit.; *Mabaso v. Law Society of the Northern Provinces* Case CCT 76/03, 5 october 2004; cfr. anche la pronuncia della *Witwatersrand High Court*: *Botha and Another v. Mthiyane and Another,* 2002 (4) BCLR 389 (W).

[40] *National Coalition 1*, cit., § 122.

[41] *National Coalition 1*, cit., §§ 15-19. Per un'analisi complessiva dell'*equality principle* e dei suoi nuclei normativi, ci limitiamo a segnalare, per ovvi motivi, i contributi più significativi della corposa dottrina sviluppatasi sin dall'emanazione della costituzione transitoria: B. Goldblatt, *Litigating equality. The example of child care*, in *Acta Juridica*, Juta, Cape Town, 2001, 8; C. Albertyn, J. Kentridge, *Introducing the Right to Equality in The Interim Constitution*, in 10(1) *SAJHR,* 149 (1994); C. Albertyn, B. Goldblatt, *Facing the Challenge of Transformation: Difficulties in the Development of an Indigenous Jurisprudence of Equality*, in 14(2) *SAJHR*, 248 (1998); C. L'Heureux Dubé, *Making a difference: The pursuit of Equality and a compassionate justice*, in 13(3) *SAJHR*, 335 (1997); D. Meyerson, *Multiculturalism, religion and equality*, in *Acta Juridica*, Juta, Cape Town, 2001, 104; E. Bonthuys, *Equal choices for women and other disadvantaged groups*, in *Acta Juridica*, Juta, Cape Town, 2001, 39; A. Cachalia, H. Cheadle, D. Davis, N. Haysom, P. Maduna, G. Marcus (eds.), *Equality*, in *Fundamental Rights in the New Constitution*, cit., 24; G.E. Devenish, *The Legal and constitutional significance of the equality clause in the interim constitution*, in 1 *STELL LR,* 92 (1996); G.J. Swart, *An outcomes-based approach to the interpretation of the right to equality*, in 13(2) *SAPR/PL,* 217 (1998); J. Kentridge, *Sexual Equality and Discrimination: a Reply to Meyerson*, in 10(2) *SAJHR*, 398 (1994); J. Klaaren, *Non-Citizens and Constitutional Equality:* Larbi-Odam v. MEC for Education (North-West Province), in 14(2) *SAJHR*, 286 (1998); K. van Marle, *Equality: An ethical interpretation*, in 63(4) *THRHR,* 595 (2000); M. Pieterse, *Discrimination Through the eye of the Beholder*, in 16(1) *SAJHR*, 121 (2000); N. Bohler-Muller, *Drucilla Cornell's "imaginary domain": Equality, freedom and the ethic of alterity in South Africa*, in 65(2) *THRHR*, 166 (2002); N. Goolam, *Equality before the law and freedom from discrimination – differential treatment of classes of persons in legislation – Mwellie v. Ministry of Works, Transport and Communication*, in 60 (2) *THRHR*, 335 (1997); P. de Vos, *Equality for All? A critical analysis of the equality jurisprudence of the Constitutional Court*, in 63(1) *THRHR*, 62 (2000); R. Spitz, M. Chaskalson, *The Politics of Transition. A Hidden History of South Africa's Negotiated settlement*, Witwatersrand University Press, Johannesburg, 2001, 301-312; T. Loenen, *The*

da fattori eterogenei quali "l'opportunità istituzionale, l'effettività funzionale, la disciplina tecnica, la compatibilità con la prassi internazionale e la sensibilità concettuale"[42].

Un tratto costante del multi-strato giudizio di eguaglianza, ed in particolare del test di discriminazione ingiusta, consiste nel ruolo centrale della dignità umana, giacché privilegiandosi la *purposive interpretation* del *Bill of Rights* si è unanimemente sostenuto che scopo principale dell'*equality principle* è la protezione della *human dignity* dell'individuo. La Corte costituzionale ha abbracciato un'ampia visione di dignità umana, affermando che questa subisce lesioni quando una differenziazione normativa tratta gli individui come "cittadini di seconda classe", oppure "li umilia" o "li tratta come se fossero meno capaci senza alcuna buona ragione giustificativa", o comunque lede il valore intrinseco di ciascun uomo, l'autostima individuale o l'integrità personale[43]. La *fundamental human dignity* è, nel contesto del giudizio d'eguaglianza, un fine/valore volto ad esprimere l'idea che gli uomini sono, e devono essere considerati, egualmente capaci e meritevoli di interesse, rispetto e protezione[44].

Equality Clause in the South African Constitution: Some Remarks from a Comparative Perspective, in 13(3) *SAJHR*, 401 (1997); T.W. Bennett, *The Equality Clause and Customary Law*, cit., 122; G.E. Devenish, *The Equality Clause*, in G.E. Devenish, *A commentary on the South African Bill of Rights*, Butterworths, Durban, 1999, 35; V. Boelaerts, *An analysis of the approach adopted by the South African Constitutional Court to the right of equality and non-discrimination in the five decisions concerning section 8 of the interim Constitution compared to the approach adopted by Belgian Court of Arbitration*, School for Advanced legal Studies, Department of Public Law, Cape Town, 1998; W. Freedman, *Understanding the right to equality*, in 115(2) *SALJ*, 243 (1998); Id., *Formal versus substantive equality and the jurisprudence of the Constitutional Court*, National Coalition for Gay and Lesbian Equality v. Minister of Justice, in 63(2) *THRHR*, 314 (2000); Z. Yacoob, *Some perspectives on the movement towards and the struggle for equality in our context*, in *Acta Juridica*, Juta, Cape Town, 2001, 1.

[42] *National Coalition 1*, cit., § 122.

[43] C. Albertyn, B. Goldblatt, *Facing the Challenge of Transformation*, cit., 260.

[44] In tal senso, anche il caso della Suprema Corte canadese *Andrews v. Law Society of British Columbia* (1989) 1 SCR, 143, 171: "[t]he promotion of equality entails the promotion of society in which all are secure in the knowledge that they are recognized as human beings deserving of concern, respect, and consideration". Si v. anche S. Cowen, *Can "Dignity" guide South Africa Equality Jurisprudence?*,

Nell'inaugurare tale *trend* interpretativo, Goldstone J. in *President of The Republic of South Africa and Another v. Hugo* elabora creativamente l'intuizione espressa in *Egan v. Canada* da M.me L'Hereux-Dubé – noto giudice della Corte Suprema canadese –, ed afferma che, affinché una discriminazione possa considerarsi *fair*, non è sufficiente che i soggetti colpiti dal trattamento differenziato non rientrino fra le classi storicamente vittime di fenomeni discriminatori. Infatti, "il divieto delle *unfair discriminations*" – afferma il giudice – "non intende unicamente evitare trattamenti differenziati a membri appartenenti alle categorie svantaggiate. Questo mira a molto di più. Alla base del divieto di *unfair discrimination* vi è il riconoscimento che il fine del nostro nuovo ordinamento costituzionale e democratico è la creazione di una società in cui a tutti gli esseri umani siano riconosciuti eguale dignità e rispetto, a prescindere dall'appartenenza a gruppi particolari"[45]. Ciò implica che, anche quando la discriminazione non impatta soggetti storicamente discriminati e specificati nella sez. 9(3) cost. finale, ovvero quando l'oggetto del giudizio sia una mera differenziazione, sia comunque necessario accertare che "l'impatto della discriminazione sulle persone colpite non sia ingiusto"[46].

La stretta connessione fra eguaglianza e valore di dignità umana è costantemente ribadita nella giurisprudenza[47]. In *Prinsloo v. Van der Linde* si utilizza la cartina al tornasole della "fondamentale dignità umana" per rielaborare in chiave storico-contestuale il concetto di discriminazione ingiusta: "[d]ata la storia del nostro paese, siamo con-

---

in 17(1) *SAJHR,* 34 (2001); A. Fagan, *Dignity and Unfair Discrimination: A Valute Misplaced and a Right Misunderstood*, in 14(2) *SAJHR,* 220 (1998).

[45] *President of The Republic of South Africa and Another v. Hugo*, cit., § 41: nel caso *de quo* si trattava di maschi che non avevano potuto godere di un provvedimento presidenziale di grazia, concesso solo ad alcune categorie di persone, tra cui quella delle giovani madri; cfr. *Satchwell v. The President of the Republic of South Africa and Another,* 2002, cit., § 17. In *Egan v Canada*, cit. (1995) (Corte Suprema canadese), M.me L'Hereux-Dubé afferma che la garanzia dell'eguaglianza "means nothing if it does not represent a commitment to recognize each person's equal worth as human beings, regardless of individual difference" (631a-b).

[46] *Idem.*

[47] Cfr. in particolare: *Harksen v. Lane NO and Others*, cit., § 50; *Pretoria City Council v. Walker*, cit., § 38.

vinti che la 'discriminazione' abbia acquisito un particolare significato peggiorativo poiché collegata al trattamento differenziato di persone a cagione delle loro caratteristiche e attributi. […] In breve, a costoro fu negato il riconoscimento della loro inerente dignità umana […]. Nel nostro ordinamento *unfair discrimination* significa principalmente trattare le persone in modo tale da ledere la loro dignità fondamentale come esseri umani"[48]. Costituiscono quindi ipotesi di discriminazione ingiusta anche "le altre forme di differenziazione [non espressamente vietate] che in qualunque modo incidono sfavorevolmente sulle persone in maniera grave assimilabile alla lesione della dignità umana"[49]. Il concetto di dignità umana è collegato all'idea che tutti gli esseri umani abbiano un eguale valore morale, a prescindere dalle differenze culturali e biologiche, e necessita di porre in primo piano l'idea di vita buona così come concepita dai soggetti coinvolti. Non costituendo pertanto la dignità umana un criterio rigido e astratto, l'individuazione delle fattispecie discriminatorie assume contorni plastici e sostanziali, mostra sensibilità ai mutevoli contesti storico-sociali, alle diverse concezioni culturali di umanità, alle esperienze di vita reale e alle differenti identità degli individui.

In *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Another v. Minister of Justice and other* (*National Coalition 1*), Sachs J. ha evidenziato che la violazione della dignità e dell'inerente valore umano sotto il profilo dell'eguaglianza giuridica può essere distinto dalla stretta violazione della dignità di cui alla sezione 10 del *Bill of Rights*: "[l]a prima guarda all'impatto che la misura normativa ha sulla persona a causa dell'appartenenza ad un gruppo storicamente vulnerabile, che è identificato ed assoggettato ad un trattamento svantaggioso a cagione di certe caratteristiche strettamente personali comuni ai suoi membri; in tal caso è l'ineguaglianza di trattamento che determina l'indegnità, e l'indegnità è essa medesima la prova dell'ineguaglianza. La violazione della dignità di cui alla sezione 10, invece, contempla una gamma di situazioni più vasta. Essa protegge le persone nelle loro molteplici identità e capacità. Potrebbe essere il caso d'individui trattati in maniera irrispettosa, come quello di un sospettato fermato

---

48 *Prinsloo v. Van der Linde and another*, cit., § 31; v. anche §§ 32-33.
49 *Idem*; *Harksen v. Lane NO and Others*, cit., § 53.

ad un posto di blocco stradale. Potrebbe essere anche il caso di appartenenti a gruppi soggetti a sistemici trattamenti svantaggiosi, come quello dei lavoratori agricoli in alcune zone, dei carcerati in certe prigioni, non essendo siffatti gruppi identificati in ragione di caratteristiche strettamente personali, ma *a cagione di specifiche situazioni circostanziali*. Questi sarebbero casi di indegnità di trattamento che conducono all'ineguaglianza, anziché casi di ineguaglianza collegati a caratteristiche strettamente personali che determinano indegnità"[50].

Il fatto che vi sia distinzione teorica fra l'impatto sulla dignità umana in ragione di una discriminazione – indagine, questa, relativa all'*equality principle*, dalla cui verifica si trae l'eventuale sussistenza dell'*unfairness* – e la violazione della *human dignity* in sé e per sé non implica che il giudice, in sede di giudizio, sia necessariamente tenuto a compiere due *enquiries* separate. Il *dictum* di Sachs J. è interpretabile nel senso che, una volta affermata l'*unfairness* della discriminazione, simultaneamente si produce anche la violazione della sez. 10 cost. finale, in quanto quest'ultima è, a sua volta, il *gauge* della prima[51]. Potrebbe seguirsi anche il percorso inverso, indubbiamente meno usuale, ma di per sé ipotizzabile: infatti, una volta stabilita la violazione della dignità umana da parte di una qualunque differenziazione (normativa) – soprattutto per ipotesi classificatorie diverse da quelle contemplate nella sez. 9(3) cost. finale – simultaneamente si produrrebbe anche la violazione dell'*equality principle*, ed in tal modo si dimostrerebbe l'*unfairness* di una differenziazione.

---

[50] *National Coalition 1*, cit., § 124 (Sachs J., *concurring*) (corsivo aggiunto).

[51] Che i giudici costituzionali compiano simultaneamente i due tipi di indagine è confermato in *National Coalition 2*, cit., § 57. Infatti, Ackermann J., dopo avere stabilito l'*unfairness* della disposizione discriminatoria – che impediva a colui che permanentemente risiedeva nella Repubblica Sudafricana di ottenere il ricongiungimento col *foreigner same-sex partner*, a differenza di quanto previsto, invece, per il coniuge eterosessuale straniero – afferma contemporaneamente la violazione delle sezz. 9 e 10 cost. finale: "I accordingly hold that section 25(5) constitutes unfair discrimination and a serious limitation of section 9(3) equality right of gays and lesbians who are permanent resident in the Republic and who are in permament same-sex life partnership with foreign nationals. I also hold, for the reasons appearing throughout this judgment and culminating in the conclusion reached at the beginning of this paragraph, that section 25(5) simultaneously constitutes a severe limitation of the section 10 right to dignity enjoyed by such gays and lesbians". Sotto tale profilo, appaiono rilevanti altresì le affermazioni contenute al § 31 della medesima decisione.

Ciò evidenzia come eguaglianza e dignità umana non siano fra loro competitive, bensì reciprocamente complementari. La discriminazione non è il mero trattamento differenziato in ragione di specificazioni umane sospette, ma è la condizione umiliante che si raggiunge mediante la prolungata differenziazione sfavorevole, suscettibile di segnare indelebilmente il senso di dignità e identità di coloro che appartengono ad un dato gruppo, ed il verificarsi di ciò è tanto più facile quanto maggiore è l'ineguaglianza di potere e di *status* tra il perpetratore e la vittima. Concentrare l'indagine sulla dignità richiede di compiere un'analisi che "conferisce simultaneamente importanza al contesto, all'impatto, e al punto di vista delle persone colpite"[52], ossia, in altre parole, di concepire l'eguaglianza soprattutto nella sua dimensione sostanziale, giacché solo considerazioni di natura concreta consentono di smentire l'ideale astratto, di matrice tradizionalmente liberale, secondo cui tutti gli individui nascono egualmente liberi ed eguali.

3.2. *La concezione sostanziale di eguaglianza: le azioni affermative (sez. 9(2) cost. finale)*

È risaputo che l'eguaglianza formale ignora l'esistenza d'ineguaglianze di fatto, e presuppone che tutti siano egualmente titolari di diritti e doveri nell'ambito di circostanze sociali supposte di per sé eque. Nei sistemi informati ad una concezione formale di eguaglianza lo Stato ha il compito di porre in essere una cornice normativa formalmente neutra rispetto ad alcune classificazioni ritenute socialmente pregnanti, e di estendere formalmente a tutti i medesimi diritti. Ciascun individuo deve essere posto nel medesimo punto di partenza, ed in tal modo ognuno può conseguire, secondo il merito, i propri obiettivi futuri. La concezione liberale dell'eguaglianza richiede trattamenti eguali per situazioni (formalmente) identiche e trattamenti diseguali per circostanze (formalmente) diverse, ed ammette deroghe a tale principio solo in presenza di circostanze eccezionali[53].

---

[52] *National Coalition 1*, cit., § 126 (Sachs J., *concurring*).

[53] In base alla giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti, si è già notato, l'adozione di una cd. *suspect classification* è ammissibile solo a fronte del-

"In questo aspetto fondazionale, la Costituzione sudafricana diverge rispetto ad altre costituzioni che presuppongono la naturale eguaglianza di tutti e che, così facendo, semplicemente rinforzano le disuguaglianze esistenti"[54]. La pura e semplice eguaglianza formale non è sufficiente, da sola, a porre rimedio alle reali disparità di una società segnata da decenni di negazione sistemica dei più basilari diritti umani a motivo principale della razza; l'adozione di norme formalmente neutre privilegerebbe, infatti, solo coloro che, grazie alla passata appartenenza a gruppi socialmente avvantaggiati, già possiedono un bagaglio di esperienze e requisiti tali da consentire loro di emergere nuovamente sui meno fortunati e di esacerbare così le differenze preesistenti[55]. "In base alla Costituzione e al *Bill of Rights*", – si ripete in *National Coalition 1* – "è insufficiente assicurare la mera eliminazione delle passate previsioni legislative determinanti l'ingiusta discriminazione. La passata discriminazione ingiusta produce conseguenze anche nel presente, e tali effetti non cessano immediatamente con l'eliminazione delle cause iniziali e, anzi, se non si adotta un rimedio possono continuare per un tempo considerevole o anche all'infinito. Al pari della giustizia, eguaglianza ritardata equivale a eguaglianza negata"[56].

La Corte costituzionale ha rigettato la concezione puramente formale del principio d'eguaglianza anche sottolineando che "occorre sviluppare un concetto di discriminazione ingiusta in grado di riconoscere che, sebbene sia nostro fine la creazione di una società improntata alla garanzia di un trattamento eguale a tutti gli esseri umani, giacché tutti sono egualmente liberi e di pari valore, non è possibile raggiungere quel fine se prima della sua realizzazione si insiste in ogni circostanza su trattamenti indifferenziati"[57]. Di qui l'*imprinting* eminentemente sostanziale e contestuale del giudi-

---

la dimostrazione di un "compelling state interest": si v., fra tutte, *Richmond v. J. A. Croson Co.* 109 S.Ct. 706 (1989).

[54] *Bato Star Fishing (Pty) Ltd v. The Minister of Environmental Affairs and Tourism and others* 2004 (4) SA 409 (CC); 2004 (7) BCLR 687 (CC), § 37.

[55] C Albertyn, J. Kentridge, *Introducing the Right to Equality*, cit., 152-153.

[56] *National Coalition 1*, cit., § 60; cfr. *Minister of Finance and others v. Van Heerden*, cit., § 72-73.

[57] *President of The Republic of South Africa and Another v. Hugo*, cit., § 41.

zio d'eguaglianza, teso ad indagare l'impatto reale-sociale della supposta discriminazione. Siffatta valutazione deve tener conto della situazione degli individui nel contesto dei rispettivi gruppi sociali d'appartenenza – o, viceversa, della non appartenenza a gruppi socialmente vulnerabili –, nonché delle peculiari circostanze sociali, economiche e politiche del paese: "la sezione 8 della costituzione transitoria fu adottata perché si riconobbe che la discriminazione di persone appartenenti a gruppi svantaggiati può portare danni e svantaggi sistemici di gruppo. Questa discriminazione è ingiusta: costruisce e rinforza le ineguaglianze fra gruppi diversi della nostra società. I costituenti riconobbero la necessità sia di vietare tali forme discriminatorie sia di permettere misure positive volte a rimediarne gli effetti. Il bisogno di vietare le discriminazioni sistemiche e di porre rimedio ai loro effetti costituiscono lo scopo principale della sez. 8 cost. transitoria"[58].

L'eguaglianza sostanziale richiede ai giudici di compiere un esame circa le reali condizioni economiche, sociali e politiche dei gruppi e degli individui, ed impone di giustificare ragionevolmente quelle differenziazioni formalmente ineguali ma sostanzialmente preposte all'eliminazione di ineguaglianze sistemiche e pervasive[59], e ciò perché la costituzione garantisce al contempo l'eguaglianza formale e l'eguaglianza sostanziale e/o di rimedio (o restititutiva).

Circa l'aspetto formale, la sez. 9(1) cost. finale sancisce espressamente sia l'*equal protection clause* – analogamente alla sez. 8(1) cost. transitoria ("[e]very person shall have the right to equality before the law and to equal protection of the law") –, sia l'*equal ben-*

---

[58] *Brink v. Kitshoff NO*, cit., § 42. La Corte fa riferimento alla sez. 8 della costituzione transitoria, ma dottrina e giurisprudenza sudafricane hanno costantemente ribadito che, in tema di eguaglianza, le considerazioni svolte vigente la costituzione transitoria ben possono valere anche con riferimento alla odierna sez. 9 cost. finale, dato che questa ha solo aggiunto nuclei normativi rispetto alla previgente *equality provision*: si v. Sachs J. (*concurring*), in *National Coalition 1*, cit., § 112; *S v. Jordan (Sex Workers education and Advocacy Task Force and Others as Amici Curiae*), cit., § 4: "[t]here is no material difference between the provision of section 8 of the interim constitution and section 9 of the constitution, both of which deal with discrimination"; C. L'Heureux Dubé, *Making a difference*, cit., 338-341; C. Albertyn, B. Goldblatt, *Facing the Challenge of Transformation*, cit, 255.

[59] S. Jagwanth, *What is the difference?*, cit., 200.

efit clause ("[e]veryone is equal before the law and has the right to equal protection and benefit of the law"). In altri termini "la sezione 9(1) rende chiaro ciò che era già manifestamente implicito nella sezione 8(1) della costituzione transitoria, e cioè che, sia nel conferimento di benefici individuali sia nell'imporre limiti di protezione pubblica, lo stato doveva agire in modo da porre in essere un eguale trattamento di tutte le persone"[60]. *Ergo*, stando alla giurisprudenza della Corte, l'eguaglianza formale include l'*equal protection clause* e l'*equal benefit clause*.

L'eguaglianza sostanziale (*substantive equality*) e le misure positive (*remedial-restitutory equality*) sono invece menzionate nella sez. 9(2) cost. finale: "la sezione 9 della costituzione finale, come quella transitoria, sancisce espressamente sia l'eguaglianza sostanziale sia quella di rimedio. L'eguaglianza sostanziale è prevista laddove la sez. 9(2) inequivocabilmente afferma che questa include 'il pieno ed eguale godimento di tutti i diritti e di tutte le libertà'. Lo stato è inoltre obbligato 'a promuovere il raggiungimento di tale eguaglianza' tramite 'misure legislative e di ogni altro tipo finalizzate a proteggere o avanzare persone, o categorie di persone, svantaggiate da discriminazione ingiusta', e ciò sostanzia l'eguaglianza di rimedio"[61].

Le azioni affermative rivelano una sorta di "doppia dimensione", determinata dal fatto che queste possono essere intese, entro certi limiti, sia come fattispecie di discriminazione *fair*, sia come obbligo positivo attivabile nei confronti dei soggetti pubblici e privati[62]. Le misure positive, volte a proteggere o ad avanzare gruppi

---

[60] *National Coalition 1*, cit., § 59; in *National Coalition 2*, cit., § 32, si conferma l'inclusione dell'*equal benefit clause* nel contesto dell'eguaglianza formale; per una critica si v. S. Liebenberg, M. O' Sullivan, *South Africa's new equality legislation. A tool for advancing women's socio-economic equality?*, in *Acta Juridica*, Juta, Cape Town, 2001, 82.

[61] *National Coalition 1*, cit., § 62.

[62] M. Montalti, *Affirmative action in South Africa: an enforceable right or a defence? Some reflections from a comparative perspectice*, J.O. Frosini, L. Pegoraro (eds.), Bonomo: CCSDD Lectures Series, Bologna, 2006; cfr.: S. Liebenberg, M. O' Sullivan, *South Africa's new equality legislation*, cit., 81; N. Smith, *Affirmative Action under the New Constitution*, in 11(1) *SAJHR*, 84 (1995); T. Makhonya Dibodu, *Ethical Foundation of Affirmative Action*, cit., 18.

previamente svantaggiati, sono espressamente consentite dalla sez. 9(2) cost. finale, e di conseguenza protette da eventuali rivendicazioni (irragionevoli) – nei termini di *unfair discrimination* (sez. 9(3) cost. finale) – da parte dei gruppi precedentemente avvantaggiati. Le *affirmative actions* sono parte integrante del progetto di trasformazione sociale verso il raggiungimento dell'eguaglianza e il "full and equal enjoyment of all rights and freedoms" (sez. 9(2) cost. finale)[63]; lo Stato ha il dovere di predisporre tali misure[64] e, salvo il rispetto dei limiti discendenti dalla sez. 9(2) cost. finale, non possono essere presunte *unfair discriminations*[65].

Eguaglianza formale e sostanziale sono tra loro complementari e solo nominalmente distinguibili, poiché l'una e l'altra sono finalisticamente omogenee e legate da un rapporto di continuità – "l'eguale protezione dinanzi alla legge della sez. 9(1) cost. finale e le misure finalizzate a promuovere l'eguaglianza della sezione 9(2) sono entrambe necessarie e si rinforzano reciprocamente"[66]. L'eguaglianza sostanziale non costitusce una deroga all'eguaglianza formale, ma ne è la continuazione nel fine, e contribuisce assieme a quest'ultima al raggiungimento del pieno ed eguale godimento dei diritti fonda-

---

[63] *Minister of Finance and others v. Van Heerden*, cit., § 23-24: "the Constitution commits our society to 'improve the quality of life af all citizens and free the potential of all person' […] our Constitution heralds not only equal protection of the law and non-discrimination but also the start of a credible and abiding process of reparation for past exclusion, disposession, and indignity within the discipline of our constitutional framework".

[64] *National Coalition 1*, cit., § 37 : "[t]he State is further *obliged* 'to promote the achievment of such equality' by 'legislative and other measures designed to protect or advance persons, or categories of persons, disadvantaged by unfair discrimination,' which envisages remedial equality" (corsivo aggiunto).

[65] In *Harksen v. Lane NO and Others*, cit., § 51; *Minister of Finance and others v. Van Heerden*, cit., § 27 "[i]t is therefore incumbent on courts to scrutinise in each equality claim the situation of the complainants in society; their history and vulnerability, the history, nature and purpose of the discriminatory practice and whether it ameliorates or adds to group disadvantage in real life context, in order to determine its fairness or otherwise in the light of the values of our Constitution. In the assessment of fairness or otherwise a flexible but 'situation sensitive' approach is indispensable because of the shifting patterns of hartful discrimination and stereotypical response in our evolving democratic society" (§ 27); "[l]egislative and other measures that properly fall within the requirement of section 9(2) are not presumptively unfair" (§ 32).

[66] *Minister of Finance and others v. Van Heerden*, cit., § 31.

mentali[67]. Inoltre, la mancata predisposizione di un piano di azioni positive – non diversamente dal mancato rispetto dei limiti posti dalla sez. 9(2) cost. finale – può in certi casi essere ritenuta una forma di *unfair discrimination* vietata dalle sezz. 9(3) e 9(4) cost finale[68]. Sachs J. precisa in *Van Heerden* che "rimediare non è semplicemente un'opzione, è un imperativo"[69], e che "l'effetto globale della sezione 9(2) […] è di ancorare il disposto di eguaglianza complessivamente inteso attorno al *bisogno* di smantellare gli svantaggi strutturali lasciati indietro da secoli di dominio razziale legalizzato, e da millenni di subordinazione legale e sociale di tipo patriarcale. In tal senso la sezione 9(2) dà una chiara abilitazione costituzionale affinché siano intraprese misure positive volte a proteggere o promuovere socialmente persone svantaggiate a motivo dell'etnia, delle origini sociali, *dell'orientamento sessuale*, dell'età, della condizione di disabile, della religione, della cultura e di altri fattori che hanno operato e continuano ad operare a detrimento di persone o categorie di persone"[70].

Tutti gli aspetti contrassegnanti l'eguaglianza sancita dalla sez. 9 cost. finale – centralità del principio di non-discriminazione e del valore di dignità umana, complementarietà e compresenza degli aspet-

---

[67] *Ibidem*, § 32: "[r]emedial measures are not a derogation from, but a substantive and a composite part of, the equality protection envisaged by the provision of section 9 and of the constitution as a whole".

[68] S. Liebenberg, M. O' Sullivan, *South Africa's new equality legislation*, cit., 82: "unfair discrimination can result not only from conduct, but also a failure to take steps to ensure that disadvantaged groups benefit equally from social rights such as jobs, education, housing, medical care and social security".

[69] *Minister of Finance and others v. Van Heerden*, cit., § 137 (Sachs J., *concurring*).

[70] *Ibidem*, § 141 (Sachs J, *concurring*) (corsivo aggiunto). Circa la configurabilità delle azioni affermative a favore delle minoranze sessuali pare esservi consenso anche in dottrina: si v. E. Heinze, *Sexual Orientation: A Human Right. An Essay on International Human Rights Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht-Boston-London, 1995, 135, laddove si afferma che "the question of 'positive discrimination' or 'affirmative action' raises another important example. […] For purposes of human rights law, the concept of rights of sexual orientation entails no specific stand on this issue, aside from the requirement that, to the extant that human rights law does recognize such policies, sexual orientation must maintain a status equal to that recognized for other categories".

ti formali e sostanziali[71] – hanno certamente contribuito al plasmarsi di un peculiare e multistrutturato giudizio costituzionale d'eguaglianza, che ora si procede ad analizzare.

3.3. *Il giudizio costituzionale di eguaglianza*

Sin dalle prime sentenze, la Corte costituzionale evidenzia l'opportunità di sindacare la lamentata lesione della sez. 9 cost. finale valutando "ciascun caso separatamente e prestando peculiare attenzione al reale contesto in cui è sorta la controversia", senza fornire un'interpretazione generale ed astratta dell'*equality principle* – "[we] should allow equality doctrine to develop slowly and, hopefully, surely"[72]. Tuttavia, in *Harksen v. Lane NO and Others* – il *leading case* in tema di giudizio di eguaglianza discendente dalle sezz. 9(1) e 9(3) cost. finale[73] –, Goldstone J. decide di "fare il punto della situazione" sull'*equality jurisprudence*, "senza abbandonare in alcun modo il cauto approccio" adottato in precedenza e consolidando la linea giurisprudenziale dei due noti casi *Prinsloo v. Van der Linde and another* e *President of The Republic of South Africa and Another v. Hugo*[74]. Solo dopo, in *Minister of Finance and others v. Van Heerden*, la Corte fornisce ulteriori parametri-guida circa il giudizio di costituzionalità scaturente dalla sez. 9(2) cost. finale.

La questione da cui partire consiste nella necessità di individuare "i criteri che separano le differenziazioni legittime da quelle che, superando i limiti di compatibilità costituzionale, risultano ineguali o discriminatorie 'in senso costituzionale'[75]". Il merito di *Harksen* consi-

---

[71] *Minister of Finance and others v. Van Heerden*, cit., § 139 (Sachs J., *concurring*): "section 9(2) should be seen as an integral and overarching constitutional principle established by section 9, rather than as a discreet element within it that serves as an autonomous and sealed off launchingpad for state action".

[72] *Prinsloo v. Van der Linde and another*, cit., § 20.

[73] Per un bel commento si v. W. Freedman, *Understanding the right to equality*, cit., 243; A.J. van der Walt, H. Botha, *Coming to grips with the new constitutional order: critical comments on Harksen v. Lane NO*, in 13(1) *SAPR/PL,* 17 (1998).

[74] *Harksen v. Lane NO and Others*, cit., § 41.

[75] *Prinsloo v. Van der Linde and another*, cit., § 17.

ste nell'esplicare i differenti stadi del giudizio di eguaglianza richiesti dalle sezz. 9(1) e 9(3) cost. finale – ovvero, al tempo del giudizio, dalle sezz. 8(1) e 8(2) cost. transitoria[76] – e, di conseguenza, nell'enucleare due differenti *test* di eguaglianza: il *rational connection* e l'*unfair discrimination* test. Sebbene si enfatizzi l'inopportunità e l'impraticabilità di distinguere in *watertight compartments* le sez. 9(1) e 9(3) cost. finale, la Corte ritiene che le due disposizioni siano destinate a disciplinare, rispettivamente, le "mere differenziazioni" (*mere differentiations*) e le "discriminazioni ingiuste" (*unfair discriminations*)[77].

Pure fra le sezz. 9(2) e 9(3) cost. finale esiste una forte interazione: esse sono complementariamente finalizzate al raggiungimento dell'eguaglianza, ma mentre la prima è congegnata secondo la prospettiva del gruppo promosso e del meccanismo utilizzato per promuoverlo, la seconda considera la posizione del gruppo o della persona discriminata e l'impatto che la discriminazione positiva produce sulla vittima. Per questo, se da un lato l'obiettivo della misura positiva e la promozione di un legittimo fine pubblico costituiscono certamente elementi di valutazione ai fini della determinazione dell'*unfairness* di un trattamento normativo, dall'altro "il fulcro principale della valutazione è l'impatto della misura"[78] sui soggetti storicamente svantaggiati: "si frustrerebbe il fine della sezione 9(2) se le misure coperte da tale disposto dovessero prestare eccessiva attenzione ai soggetti svantaggiati dalla misura, specialmente se si considera che quello svantaggio è semplicemente un effetto inevitabile e non lo scopo della misura"[79]. L'obiettivo della trasformazione sociale in senso realmente egualitario potrebbe risultare irrealizzabile se coloro che subiscono le conseguenze negative della misura positiva potessero avvalersi della

---

[76] Le conclusioni raggiunte in tema di *equality jurisprudence* con riferimento alla sez. 8 cost. transitoria sono applicabili anche alla sez. 9 cost. finale, ed in tal senso la giurisprudenza *Harksen* conserva piena validità.

[77] *Prinsloo v. Van der Linde and another*, cit., § 23: "[t]aking as comprehensive a view as possible of the way equality is treated in s. 8, we would suggest that it deals with differentiation in basically two ways: differentiation which does not involve unfair discrimination and differentiation which does involve unfair discrimination"; v. anche *Harksen v. Lane NO and Others*, cit., § 43.

[78] *Minister of Finance and others v. Van Heerden*, cit., § 77 (Mokgoro J., *partly concurring, partly dissenting*); cfr. § 136 (Sachs J., *concurring*).

[79] *Ibidem*, § 80.

presunzione di *unfairness* di cui alla sez. 9(5) cost. finale. Da ciò discende che: (a) la misura rientrante propriamente nei limiti della sez. 9(2) cost. finale non costituisce un'*unfair discrimination*, e per questa non opera la presunzione di *unfairness* espressa nella sez. 9(5) cost. finale[80]; (b) il *constitutional discrimination test* delineato dalla giurisprudenza sull'orma della sez. 9(3) cost. finale è in gran parte inadatto a valutare la legittimità costituzionale delle azioni positive, poiché si concentra prevalentemente sulla posizione dei soggetti che subiscono le conseguenze negative della misura adottata[81]. Entrambi gli elementi hanno spinto la Corte a delineare, in *Van Herdeen*, l'*affermative action test* secondo contorni parzialmente diversi rispetto ai test di eguaglianza desumibili dalle sez. 9(1) e 9(2) cost. finale.

3.3.1. *"Affirmative action" test*

Di regola, la parte che ritiene essere stata assoggettata ad un trattamento normativo ineguale ha l'onere di ricorrere alla giurisdizione costituzionale per far valere il diritto a non subire arbitrarie differenziazioni e/o discriminazioni (sez. 9(1) e 9(3) cost. finale). La parte che invece intende difendere la validità della disposizione impugnata ha l'onere di provare, a seconda del caso, che (a) il trattamento normativo volutamente diseguale rientra fra le misure affermative espressamente consentite dalla sez. 9(2) cost. finale, oppure che (b) la differenziazione e/o discriminazione non si pone in contrasto con le sezz. 9(1) e 9(3) cost. finale.

Affinché la misura normativa possa essere qualificata come *affirmative action* – e come tale coperta dalla sez. 9(2) cost. finale – è necessaria la dimostrazione di tre requisiti, ognuno dei quali costituisce oggetto di scrutinio giudiziale: tale misura deve (1) "essere diretta nei confronti di persone o categorie di persone che sono state colpite da *unfair discrimination*" (limite soggettivo) – sovente queste categorie soggettive coincidono con quelle espressamente pro-

---

[80] *Ibidem*, § 84: "[s]ection 9(2) therefore relieves the state of having to show that the discrimination in question is fair".

[81] *Ibidem*, §§ 80-81.

tette dalla sez. 9(3) cost. finale -[82], (2) "essere finalizzata alla protezione o avanzamento di tali persone o categorie di persone"[83] (limite contenutistico-teleologico), (3) "promuovere il raggiungimento dell'eguaglianza"[84] (limite finalistico-valoriale).

Riguardo al primo requisito, Moseneke J. ha riconosciuto che "è sovente difficile, impraticabile o indesiderabile escogitare uno schema normativo con 'pure' differenziazioni capaci di demarcare con precisione le classi toccate dalla misura. All'interno di ogni classe, favorita o meno, possono esserci anche casi eccezionali, 'difficili' o beneficiari secondari. Tutto ciò, in ogni caso, non è sufficiente a diminuire l'efficacia legale dello schema. La distinzione deve essere misurata avendo riguardo alla maggioranza delle persone e non ai casi minoritari eccezionali o difficili a cui questa si applica"[85]. L'essenziale è che l'azione positiva abbia come destinatario un gruppo previamente discriminato (*targeted group*) – non necessariamente una minoranza intesa in senso tecnico – o persone appartenenti a questo, a prescindere dalla dimostrazione del fatto che il singolo abbia realmente e soggettivamente subito un trattamento discriminatorio[86].

---

[82] *Ibidem*, §§ 37, 77.

[83] *Ibidem*, § 37; al § 39 si aggiunge che "in essence, the remedial measure are directed at an envisaged future outcome. The future is hard to predict. However, they must be reasonably capable of attaining the desired outcome".

[84] *Ibidem*, § 37.

[85] *Ibidem*, § 39.

[86] *Ibidem*, § 85 (Mokgoro J.): "[s]ection 9(2) allows for measures to be enacted which target whole categories of persons. Therefore a person or groups of persons are advanced on the basis of membership of a group. The importance of this is that it is unnecessary for the state to show that each individual member of a group that was targeted by unfair discrimination was in fact individually unfairly discriminated against when enacting a measure under section 9(2). It is sufficient for a person to be a member of a group previously targeted by the apartheid state for unfair discrimination in order to benefit from a provision enacted in terms of section 9(2)". Tuttavia Mokgoro J., diversamente dalla *majority opinion* redatta da Monseke J., esprime la necessità che l'azione positiva sia finalizzata unicamente ad avvantaggiare un gruppo previamente svantaggiato: "it is in my view that care should be taken to ensure that measures enacted under it actually do fall within the ambit intended by the section. If the aim of the section is to advance persons or groups previously disadvantaged by unfair discrimination, the section should be used for that purpose alone. To do otherwise would be to allow the section to be used to enact measures which should not be tested under section 9(2) because they benefit persons who do not belong to groups previously disadvantaged by un-

Circa invece il secondo requisito dell'azione positiva – quello di essere finalizzata a proteggere o avanzare persone o categorie di persone in passato discriminate –, la misura posta in essere non necessariamente deve assicurare il raggiungimento di un risultato materiale, ma è sufficiente che essa miri a garantire pari opportunità alla categoria svantaggiata[87]. Il sostenitore dell'azione positiva deve provare solo la finalità di protezione o avanzamento di categorie svantaggiate, e non anche la "necessità di sfavorire una classe allo scopo di avvantaggiarne un'altra" – ad esempio nel caso di carenza di risorse – poiché l'inevitabile pregiudizio che la misura crea nei confronti di una classe (precedentemente avvantaggiata) è solo incidentale, e non l'obiettivo della medesima[88].

Da ultimo, al fine di valutare la legittimità delle misure egualitarie volutamente diseguali, in *Van Heerden* si pone l'accento sulla necessaria finalizzazione di queste alla promozione e al raggiungimento dell'eguaglianza. Tale limite – che, come avremo modo di constatare a breve, costituisce anche un parametro di valutazione dell'*unfairness test*, rilevante ai sensi della sez. 9(3) cost. finale – impone di considerare *in primis* l'impatto della differenziazione sugli esclusi dalla misura positiva, avendo cura di valutare *l'ampio contesto sociale* in cui costoro si trovano. Deve comunque accettarsi che il raggiungimento di obiettivi egualitari possa sovente richiedere, per lo meno temporaneamente, l'inevitabile sacrificio della classe previamente avvantaggiata[89].

---

fair discrimination […] If used in circumstances where a measure does not in fact advance those previously targeted for disadvantage, the effect will be to render constitutionally compliant a measure which has the potential to discriminate unfairly"(§§ 86-87).

[87] *Ibidem*, § 42: "[s]ection 9(2) of the Constitution does not postulate a standard of necessity between the legislative choice and the governmental objective. The text requires only that the means should be designed to protect or advance. It is sufficient if the measure carries a reasonable likelihood of meeting the end".

[88] *Ibidem*, § 43; cfr. anche § 76.

[89] *Ibidem*, § 44: "[d]etermining whether a measure will in the long run promote the achievment of equality requires an appreciation of the effect of the measure in the context of our brader society. It must be accepted that the achievement of this goal may often come at a price for those who were previously advantaged […] In particular, a measure should not constitute an abuse of power or impose such

In *Brink v Kitshoff No* si precisa che l'esame del contesto sociale deve includere anche valutazioni concernenti: (a) l'intero testo costituzionale, (b) la storia recente del Paese, ed in particolare delle sistemiche discriminazioni subite dai neri durante l'*apartheid*, ed infine (c) tutte le altre numerose forme discriminatorie perpetrate in ragione di fattori diversi dalla razza – incluso l'orientamento sessuale – che hanno causato e possono continuare a produrre svantaggi considerevoli[90]. Al fine di valutare la legittimità di qualunque differenziazione normativa, rispetto ai vari nuclei normativi contenuti nella sez. 9 della costituzione finale, occorre ripercorrere la storia della disposizione impugnata, nonché il passato del gruppo o dei gruppi cui appartiene la persona che lamenta la lesione, e "più è vulnerabile il gruppo colpi-

---

substantial and undue harm on those excluded from its benefits that our long-term constitutional goal would be threatened"; cfr. anche i §§ 46 ("a finite lifespan of five years"), 77, 145 (Sachs J., *concurring*: "[c]orrecting the resultant injustices, though potentially disconcerting for those who might be dislodged from the established expectations and relative confort of built-in advantage, is integral to restoring dignity to our country as a whole") e 151.

[90] *Brink v. Kitshoff NO*, cit., §§ 40-41 (O'Regan, *concurring*): "[t]he different approach adopted in the different national jurisdictions arise not only from different textual provision and from different historical circumstances, but also from different jurisprudential and philosophical understandings of equality. As in other national constitutions, section 8 is the product of our own particular history. Perhaps more than any of the other provisions in chapter 3, its interpretation must be based on the specific language of section 8, as well as our own constitutional context. Our history is of particular relevance to the concept of equality. The policy of apartheid, in law and in fact, systematically discriminated against black people in all aspects of social life […] It is in the light of that history and the enduring legacy that it bequeathed that the equality clause needs. to be interpreted. Although our history is one in which the most visible and most vicious pattern of discrimination has been racial, other systematic motifs of discrimination were and are inscribed in our social fabric. In drafting section 8, the drafters recognized that systematic patterns of discrimination on grounds other than race have caused, and may continue to cause, considerable harm" (per un commento si v. G. Carpenter, *Motifs Inscribed on Our Social Fabric: Equality in* Brink v. Kitshoff, in 13(2) *SAJHR*, 304 (1997)). Si v. anche *Pretoria City Council v. Walker*, cit., § 26, in cui Langa J. precisa che per valutare se sia occorsa o meno violazione dell'*equality provision* "the assessment cannot be undertaken in a vacuum but should be based both on the wording of the section and in the constitutional and historical context of the developments in South Africa". Circa l'importanza del contesto storico-sociale nell'interpretazione dell'eguaglianza e degli altri disposti contenuti nel *Bill of Rights*, si v. anche *Minister of Finance and others v. Van Heerden*, cit., § 45; P. de Vos, *A bridge too far? History as context in the interpretation of the South African constitution*, in 17 *SAJHR,* 1 (2001).

to negativamente dalla discriminazione, più è alta la probabilità che la discriminazione sia considerata ingiusta. La vulnerabilità a sua volta dipende in gran parte dal tipo di svantaggio sistemico passato, dagli stereotipi sociali a ciò collegati, e da altri fattori simili. Ecco perché un'indagine sugli svantaggi passati è così importante"[91].

In *Van Heerden* si chiarisce che se la misura normativa non rientra propriamente fra quelle coperte dalla sez. 9(2) cost. finale, ma al contempo pone in essere una differenziazione – basata o meno su uno o più *prohibited grounds* –, la Corte è tenuta a proseguire l'indagine al fine di valutarne la legittimità alla luce degli altri nuclei normativi contenuti nell'*equality clause*[92]. Infatti, "nulla nella sez. 9(2) limita le circostanze in cui lo stato può porre in essere misure volte a promuovere uno scopo diverso da quello di rimediare lo svantaggio causato dalla discriminazione ingiusta passata"[93]. Potrebbe inoltre accadere che una misura sia destinata a proteggere o avanzare categorie svantaggiate, ma ciononostante non superi il vaglio costituzionale imposto dalla sez. 9(2) cost. finale, qualora questa includa fra i beneficiari anche soggetti appartenenti a gruppi non propriamente svantaggiati. In quest'ultimo caso, l'obiettivo dell'avanzamento di un gruppo potrebbe essere rilevante anche ai fini della giustificazione di una *discrimination* nei termini di *fair discrimination*[94], e la me-

---

[91] *National Coalition 2*, cit., § 44.

[92] *Minister of Finance and others v. Van Heerden*, cit., § 36: "if the measure does not fall within section 9(2), and it constitutes discrimination on a prohibited ground, it will be necessary to resort to the Harksen test in order to ascertain whether the measures offend the antidiscrimination prohibition in section 9(3)". Parimenti, è presumibile che anche la misura positiva che non rientri nella sez. 9(2) cost. finale, e che costituisca una discriminazione perpetrata sulla base di un fattore non espressamente contemplato, dovrà essere valutata secondo i parametri della *constitutional discrimination jurisprudence*. *Contra*, C. Albertyn, *Equality*, in M.H. Cheadle, D.M. Davis, N.R.L. Haysom (eds.), *South African Constitutional Law*, cit., 80: "[p]erhaps, the best approach is to trat section 9(2) as a preliminary step. Failure to comply with the internal criteria of section 9(2) will end the enquiry. However, if there is compliance with the criteria in section 9(2), the positive measure is still subjected to the overall enquiry into fairness".

[93] *Ibidem*, § 97 (Mokgoro J.).

[94] *Ibidem*, § 120 (Ngcobo J.): "it is also important to note that the principles of remedial equality do not only operate in the context of section 9(2) of the Constitution. This Court has also recognized that they are relevant in deciding whether the discriminatory provision have impacted unfairly on complainants".

desima misura – che per motivi diversi potrebbe non essere in grado di superare il *constitutional muster* imposto dalla sez. 9(2) cost. finale – ben potrebbe, *ex adverso*, superare quello imposto dalla sez. 9(3) cost. finale[95]. Pertanto l'*affirmative action test* può anche costituire una fase difensiva eventuale e preliminare ai test costituzionali discendenti dalle sezioni 9(1) e 9(3) cost. finale, che ora si procede ad illustrare.

3.3.2. *"Mere differentiation" test*

Ogni norma giuridica pone delle classificazioni necessarie all'individuazione del proprio ambito oggettivo e soggettivo d'applicazione, ed è pertanto irrealistico pensare al principio di eguaglianza in termini assoluti, nel senso che questo possa permettere solo norme giuridiche formulate in termini universali. La Corte costituzionale sudafricana ha ripetuto che "è necessario accettare che, per governare efficientemente un paese moderno e per armonizzare gli interessi di tutti al bene comune, occorre fornire un'adeguata disciplina alle questioni che interessano i suoi abitanti. È impossibile svolgere tale compito senza differenziazioni e classificazioni"[96], e senza che queste determinino effetti diversificati in capo ai soggetti disciplinati.

---

[95] *Ibidem*, § 97 (Mokgoro J.): "[S]uch a measure may, generally on the basis of justification in terms of section 9(3) and particularly in view of the objective of the measure, pass muster. The evidence for the advancement of the group or for justification may be the same or it may be different, depending on the circumstances of each case. It would be untenable to strike the measure down only because it does not fall under section 9(2) when it could be decided under section 9(3). Doing so would frustrate any programme designated for the achievement of equity"; *contra*, si v. il § 149 (Sachs J., *concurring*).

[96] *Prinsloo v. Van der Linde and another*, cit., § 24 e anche §§ 18-23; *Harksen v. Lane NO and Others*, cit., § 43. In *President of The Republic of South Africa and Another v. Hugo*, cit., Goldstone J. analizza la compatibilità di un atto presidenziale di grazia rispetto alla sez. 8 cost. transitoria, e chiarisce preliminarmente che ogni volta che si accorda un beneficio è necessario porre in essere una classificazione soggettiva, la quale è di per se stessa intrinsecamente discriminatoria: "in qualche modo è necessario tracciare una linea, e vi saranno sempre persone da un lato della linea che non godranno dei benefici e la cui posizione non sarà significativamente differente da quella di coloro che, dall'altra parte della linea, ne beneficeranno" (§31). Come emergerà a breve, le mere differenziazioni divengono *unfair*

Siffatte differenziazioni – dette *mere differentiations* – sono necessarie per regolare gli interessi dei cittadini, ed è raro che queste da sole sostanzino una *unfair discrimination* ai sensi della sez. 9(3) cost. finale[97]. Le "mere differenziazioni" sono soggette al regime giuridico imposto dalla sez. 9(1) cost. finale – "everyone is equal before the law and has the right to equal protection and benefit of the law" –, dal quale si sono fatti discendere due corollari: (a) i giudici sono soggetti soltanto alla legge, e ognuno ha diritto ad un trattamento eguale innanzi alle corti; (b) nessuno è al di sopra o al di sotto della legge, "sicché tutti sono soggetti ad una applicazione della legge e ad una amministrazione imparziali"[98].

La sez. 9(1) cost. finale esprime il principio di eguaglianza formale, che impone allo Stato di proteggere i cittadini e di conferire *benefits* in maniera eguale[99], e richiede che ciascuna *mere differentiation* palesi una "ragionevole connessione" (*rational connection*) rispetto ad un "legittimo fine pubblico che la stessa mira a promuovere o perseguire"[100]. Il *rational connection* test è funzionale a verificare che le "mere differenziazioni" siano ragionevoli, poiché "ci si attende che lo stato costituzionale operi in maniera razionale. Non dovrebbe normare in maniera arbitraria o mostrare 'palesi preferenze' del tutto scollegate da un legittimo fine pubblico, giacché ciò si porrebbe in contrasto con il principio di legalità e con i valori fondamentali su cui lo stato costituzionale si fonda. Lo scopo di siffatto

---

discriminations solo nel caso (raro) in cui esse abbiano in impatto negativo sulla dignità umana o svantaggino un soggetto in maniera grave equiparabile.

[97] *Prinsloo v. Van der Linde and another*, cit., § 24: "[d]ifferentiation which falls into this category very rarely constitutes unfair discrimination in respect of person subject to such regulation, without the addition of a further element"; *Harksen v. Lane NO and Others*, cit., § 43.

[98] *Pretoria City Council v. Walker*, cit., § 27: "[t]he two limbs of section 8(1), the 'right to equality before the law', were referred to in Prinsloo where it was stated […] that 'the right to equality before the law is concerned more particularly with entitling everybody, at the very least, to equal treatment by our courts of law'. It was said further that '… no-one is above or beneath the law and that all persons are subject to law impartially applied and administered'".

[99] *National Coalition 1*, cit., § 59; *National Coalition 2*, cit., § 32.

[100] *Prinsloo v. Van der Linde and another*, cit., § 26; *Harksen v. Lane NO and Others*, cit., § 42.

imperativo egualitario consiste nell'assicurare che lo stato sia vincolato ad operare in modo razionale"[101].

La "mera differenziazione" risulta quindi rispettosa della sez. 9(1) cost. finale se questa presenta una ragionevole connessione con il legittimo fine pubblico che intende perseguire, in guisa che possa così escludersi la sua intrinseca arbitrarietà. In *Harksen* Goldstone J. ha riassunto in una formula il *rational connection test* e precisato la necessità di procedere per fasi successive. Occorre in particolare stabilire: (1) se la previsione impugnata differenzi persone o categorie di persone; (2) in caso di risposta affermativa, se la differenziazione normativa sia ragionevolmente connessa al perseguimento di un legittimo obiettivo pubblico; ciò stabilito (3)(a) se non sussiste connessione ragionevole, la previsione impugnata risulta lesiva della sez. 9(1), mentre (b) "se esiste tale ragionevole connessione, allora diviene necessario procedere al test di cui alla sez. [9(3) cost. finale] al fine di determinare se, nonostante la ragionevolezza, la differenziazione ponga in essere una *unfair discrimination*"[102].

3.3.3. *"Unfair discrimination" test*

Anche quando sussista una ragionevole connessione tra la differenziazione in questione ed un *legitimate governmental purpose*, la disposizione normativa, pur superando il *constitutional muster* di cui alla sez 9(1) cost. finale, potrebbe sostanziare una *unfair discrimination* vietata dalla sez. 9(3) cost. finale. *Harksen* ha stabilito che, per determinare se la differenziazione dia luogo ad un'*unfair discrimination* è necessario procedere secondo due *stage of analysis*. Anzitutto, occorre determinare se la differenziazione costituisca

---

[101] *Prinsloo v. Van der Linde and another*, cit., § 25; *Jooste v. Score Supermarket Trading (Pty) Ltd (Minister of Labour intervening)* 1999 (2) SA 1 (CC); 1999 (2) BCLR 139 (CC), §§ 11, 16.

[102] *Harksen v. Lane NO and Others*, cit., §§ 42, 44. In *National Coalition 1*, cit., § 18, si specifica tuttavia che non in tutti i casi la *rational connection enquiry* deve precedere l'*unfairness test*: "[t]he stage (a) rational connection enquiry would be clearly unnecessary in a case in which a court holds that the disrimination is unfair and unjustifiable".

una *discrimination*, e, solo in caso affermativo, occorre valutare se questa possa essere qualificata come *unfair*. I due momenti d'analisi devono rimanere separati, poiché possono esservi casi di discriminazione che non palesano una natura *unfair*. A riprova di ciò, la stessa costituzione ammette la possibilità di smontare la presunzione di *unfairness* (sez. 9(5) cost. finale) anche nei casi in cui la discriminazione sia fondata su uno dei fattori espressamente vietati dalla sez. 9(3) cost. finale[103]. Solo le discriminazioni *unfair* ledono quindi la sez. 9(3) cost. finale[104].

3.3.3.1. *Quando la differenziazione equivale a "discrimination"?*

Circa il primo *stage of enquiry* – quello volto a determinare se la classificazione possa essere qualificata come *discrimination* –, la sez. 9(3) cost. finale impone di distinguere fra la discriminazione fondata su uno o più fattori espressamente proibiti dall'*equality clause* (*specified grounds*) – "race, gender, sex, pregnancy, marital status, ethnic or social origin, colour, sexual orientation, age, disability, religion, conscience, belief, culture, language and birth" – e quella perpetrata in ragione di uno o più *unspecified grounds*, sostanzialmente analoghi ai "fattori specificati"(*analogous grounds*)[105]. La va-

---

[103] *Harksen v. Lane NO and Others*, cit., § 45. La giurisprudenza costituzionale precedente ad *Harksen* non identificava due separati stadi di analisi, ma tendeva a concentrare l'indagine in un unico *test of enquiry*: si v. *Prinsloo v. Van der Linde and another*, cit. Tuttavia, la Corte mostra fedeltà alle conclusioni delineate in *Harksen* anche nei successivi giudizi di eguaglianza: *National Coalition 2*, cit., § 41; *Du Toit and Another v. Minister of Welfare and Population Development and Others*, cit., § 24; in dottrina cfr. J. de Waal, I. Currie, G. Erasmus, *The Bill of Rights Handbook*, cit., 210-215.

[104] L'*unfairness discrimination test* è applicabile nelle ipotesi di discriminazione sia diretta che indiretta; in *National Coalition 1*, cit., § 63 la Corte lo ha applicato anche in merito alla *common law sodomy offence*, che sebbene non discriminasse direttamente in ragione dell'orientamento sessuale, colpiva l'espressione sessuale comunemente praticata dai gruppi LGB.

[105] *Prinsloo v. Van der Linde and another*, cit., § 28: "[t]he second form is constituted by unfair discrimination on grounds which are not specified in the subsection. In regard to this second form there is no presumption in favour of unfairness"; *Harksen v. Lane NO and Others*, cit., § 46.

lutazione del tipo di discriminazione – su un fattore specificato o non specificato – deve essere condotta dall'interprete in modo obiettivo (*objectively*), ovvero tenendo in considerazione sia la natura e la forma della disposizione normativa, sia il suo impatto su una particolare categoria soggettiva[106]. *National Coalition 2* ha confermato siffatto approccio, asserendo che l'esame deve avere natura fattuale e contestuale: "discrimination must be understood in the context of the experience on those on whom it impacts"[107].

Sotto un profilo di tecnica processuale, occorre prima valutare se la norma contenga una *discrimination* fondata su un elemento espressamente vietato, e, una volta rigettata tale ipotesi, bisogna verificare se il disposto normativo ponga in essere una discriminazione fondata su un fattore non espressamente bandito, ma nella sostanza analogo ai precedenti. *Harksen* ha precisato che si ha una *unspecified ground based discrimination* se la differenziazione normativa "si fonda su attributi o caratteristiche che hanno la *potenzialità* di ledere la fondamentale dignità delle persone come esseri umani, o di perpetrare loro un danno grave assimilabile"[108]. Scandito in formula, la differenziazione fondata su un fattore non espressamente elencato, ma analogo a quelli previsti dalla sez. 9(3) cost. finale, può qualificarsi come *discrimination*: (a) se si fonda su altri *attributi o caratteristiche* umane, e (b) se queste *hanno la potenzialità di lede-*

---

[106] *Harksen v. Lane NO and Others*, cit., § 47; C. Albertyn, *Equality*, in M.H. Cheadle, D.M. Davis, N.R.L. Haysom (eds.), *South African Constitutional Law*, cit., 102: l'A. ritiene che l'indagine sia obiettiva quando assume carattere sostanziale: "[t]he court's enquiry into this was a substantive one that went beyond the form of the disputed law to etermine its meaning in the light of its impact on the complainant". L'obiettività consiste inoltre nel conferire a ciascun *ground* un significato non controverso e generalmente accettato, in guisa che un soggetto deve possedere le caratteristiche che di norma contrassegnano il gruppo associato allo *specified ground*. Tale visione pare confermata in *Harksen v. Lane NO and Others*, cit., § 49.

[107] *National Coalition 2*, cit., § 35.

[108] *Harksen v. Lane NO and Others*, cit., § 46 (corsivo aggiunto); si v. anche § 48. Tale *dictum* è molto simile a quello espresso in *Prinsloo v. Van der Linde and another,* cit., § 33: "[w]here discrimination results in treating persons differently in a way which impairs their fundamental dignity as human beings, it will clearly be a breach of section 8(2). Other forms of differentiation, which in some other way affect persons adversely in a comparably serious manner, may well constitute a breach of section 8(2) as well".

re la fondamentale dignità di persone che possiedono eguale "inherent dignity" (sez. 10 cost. finale), o di cagionare loro *un danno grave assimilabile*.

Riguardo l'aspetto *sub* (a), in *Harksen* Goldstone J. ritiene che sia inopportuno attribuire significati restrittivi agli attributi e alle caratteristiche umane: "[c]iò che i fattori espressamente vietati hanno in comune risiede nel fatto che, in passato, essi sono stati utilizzati (o male utilizzati) (sia in Sudafrica che altrove) al fine di categorizzare, emarginare, e sovente opprimere persone che hanno posseduto, o che sono state associate con, quegli attributi o caratteristiche. Siffatti elementi hanno la potenzialità […] di umiliare le persone nella loro inerente umanità e dignità. Esiste spesso una complessa relazione fra questi fattori. In alcuni casi fanno riferimento ad attributi o caratteristiche biologiche immutabili, in altri casi ad aspetti della vita associata delle persone, o ancora a dimensioni umane di natura intellettuale, espressiva o religiosa, o anche alla combinazione di uno o più elementi. È opportuno cercare di non racchiudere tali caratteristiche in nette *categorie separate.* La sez. [9(3) cost. finale] cerca di impedire il trattamento ineguale di persone fondato su siffatti criteri, che ben possono […] riproporre schemi di discriminazione come quelli, sin troppo noti, della nostra storia"[109]. Cir-

---

[109] *Harksen v. Lane NO and Others,* cit., § 49 (corsivo aggiunto). In dottrina, ad esempio, si considera la nazionalità un *analogous ground* di discriminazione; si v. T.W. Bennett, A. Pillay, *The Natal and Kwazulu Codes: the Case for Repeal,* in 19(2) *SAJHR,* 217 (2003). Gli autori affrontano il problema della compatibilità dei codici *Natal* e *Kwazulu* – risalenti all'epoca coloniale e dell'apartheid e più volte emendati sino ad arrivare alle recenti versioni del 1985 (*Kwazulu Code*) e del 1987 (*Natal Code*) – con la sopravvenuta costituzione finale sudafricana (1996), improntata al riconoscimento dei valori democratici e al rispetto dell'eguaglianza, della dignità umana e dei diritti fondamentali. L'indagine è svolta ponendo a confronto alcune disposizioni codicistiche che differenziano in ragione della razza, etnia e nazionalità con la sez. 9 della cost. finale sudafricana, e conferma la sussistenza in tali corpi normativi di disposizioni che si configurano come dirette o indirette *unfair discriminations.* Gli AA. ritengono che i due codici discriminino anche in base ad un fattore non elencato nella sez. 9(3) cost. finale, quale la nazionalità, nella misura in cui in funzione di essa si facciano conseguire determinate conseguenze e la stessa sia configurata sulla base di norme particolarmente rigide (p. 227), ingiustificabili anche alla luce del test finale della *limitation clause* di cui alla sez. 36 cost. finale. Di qui gli autori fanno derivare la necessità dell'abolizione legislativa dei due codici, ultimi due retaggi della legislazione discriminatoria passata. Circa

ca l'aspetto *sub* (b), invece, si è gia evidenziato che il riferimento al concetto di dignità umana non può essere considerato un criterio rigido per definire la discriminazione, e che tale riferimento è volto prevalentemente ad esprimere l'ampia visione che gli uomini sono egualmente capaci e meritevoli di interesse, rispetto e protezione. Pertanto, non costituisce certo una *probatio diabolica* provare che la differenziazione normativa, fondata su attributi o caratteristiche individuali, sia in grado, *potenzialmente*, di impattare negativamente la dignità umana della persona[110].

A conclusione di tale indagine strutturata, se non risulta (obiettivamente) una discriminazione fondata su fattori espressamente vietati od analoghi, correlativamente non è occorsa alcuna violazio-

---

le molteplici discriminazioni perpetrate dal *customary law* nei confronti del sesso femminile, si v. S. Liebenberg, M.O' Sullivan, *South Africa's new equality legislation*, cit., 71-74.

[110] In *Harksen v. Lane NO and Others*, cit., ad esempio, la Corte doveva stabilire se la differenziazione enunciata dalla sez. 21 dell'*Insolvency Act 24 of 1936* tra *solvent spouses* e altre persone che avevano avuto contatti d'affari con il fallito costituiva una *discrimination.* La Corte, al riguardo, concluse affermativamente, ma nel compiere tale indagine fornì pregnanti motivazioni: "[w]hether it constitutes discrimination on one of the unspecified grounds is an objective enquiry […] In my opinion, this enquiry yields an affirmative result […] The differentiation does arise from their attributes or characteristic as solvent spouses, namely their usual close relationship with the insolvent spouse and the fact that they usually live together in a common household. The attributes have the potential to demean persons in their inherent humanity and dignity" (§ 61). Si noti che O'Regan J. (*dissenting*) fece riferimento al concetto di differenziazione fondata sul *marital status*, la quale – non essendo contemplata dalla sez. 8(2) cost. transitoria – fu ritenuta un *analogous ground* di discriminazione: "[i]n this case, disadvantages are imposed upon solvent spouses because they are married […] Although marital status is not a round specified in section 8(2), it does seem to me that it is a round which may give rise to the concerns contemplated by section 8(2) […] I agree that marital status is a matter of significant importance to all individuals, closely related to human dignity and liberty. […] Of course, having decided that the provision in this case does amount to discrimination for the purposes of section 8(2), it is still necessary to decide whether the applicant has shown that the provision amounts to unfair discrimination" (§ 92). In dottrina si v. W. Freedman, *Understanding the right to equality*, cit., 249-250: "[a]lthough the test for determining whether there has been discrimination on an unspecified ground appears to set a stricter standard, it seems clear that even this test will be relatively easy to satisfy foe the following reasons: (i) in Harksen Goldstone J. indicated that the term 'characteristic and attributes' must be interpreted widely; (ii) the differentiation in question must simply have the 'potential' to infringe the applicant's dignity; and (iii) the concept of dignity is itself broad and elusive".

ne della sez. 9(3) cost. finale. Viceversa, l'esistenza di una *objective discrimination*, a cagione di *specified* o *unspecified grounds*, fa scattare il secondo *stage of analysis* dell'*unfairness test*, a sua volta scomponibile in *sub-test* interni, che ora si illustrano[111].

3.3.3.2. *Quando la "discrimination" equivale ad "unfair discrimination"?*

In presenza di una *discrimination* basata su uno o più fattori non specificati, l'*unfairness* deve essere espressamente dimostrata dalla vittima affinché il trattamento normativo impugnato possa ritenersi lesivo della sez. 9(3) cost. finale. Qualora, invece, la discriminazione sia fondata su uno o più fattori specificati, questa si presume *unfair* salvo che non sia diversamente provato da chi intende sostenerne la validità. L'onere della prova è soddisfatto, tuttavia, se si adducono elementi rilevanti e convincenti sulla falsariga dei fattori oggetto di valutazione giudiziale in sede di verifica dell'*unfairness* di una discriminazione fondata su *unspecified grounds*. Siffatto regime è direttamente desumibile dalla *subsection* (5) dell'*equality provision*, secondo cui "[d]iscrimination on one or more of the grounds listed in subsection (3) is unfair unless it is established that the discrimination is fair".

Circa la dimostrazione di *unfairness* di una discriminazione fondata su fattori specificati o non specificati, in *Hugo* Goldstone J. esprime l'idea generale che "al cuore del divieto di discriminazione ingiusta vi è il riconoscimento che lo scopo del nuovo ordine costituzionale e democratico è la creazione di una società in cui siano accordati eguale dignità e rispetto a tutti gli esseri umani a prescindere dalla loro appartenenza a un gruppo particolare"[112], e che – aggiunge sempre Goldstone J. in *Harksen* – "[i]l divieto costituzionale di discriminare fornisce un muro di protezione contro le invasioni che ledono la dignità o incidono negativamente sulle persone in una maniera grave equiparabile"[113].

---

[111] *Harksen v. Lane NO and Others*, cit., § 47.
[112] *President of The Republic of South Africa and Another v. Hugo*, cit., § 41.
[113] *Harksen v. Lane NO and Others*, cit., § 50.

Rebus sic stantibus la giurisprudenza costituzionale pone al centro dell'*unfairness* test la verifica della concreta – e non più *potenziale* – lesione della dignità umana[114], ma – richiamando le parole di M.me L'Hereux Dubé in *Egan v Canada* – Goldstone J. riconosce che "la dignità è notoriamente un concetto elusivo […] ed è chiaro che questa non possa, da sola, determinare se la discriminazione sia giusta o meno"[115]. La Corte ha per questo ritenuto importante sottolineare che "nell'analisi conclusiva e finale"[116] occorra concentrarsi sull'impatto della discriminazione sulla vittima: "è l'impatto della discriminazione sulla vittima il fattore determinante circa la *fairness* o *unfairness* della discriminazione"[117].

A differenza di *Hugo*, tuttavia, in *Harksen* la Corte meglio concretizza l'idea generale che sta al cuore del divieto di discriminazione ingiusta indicando alcuni elementi sintomatici di *unfairness* – elementi che, come già precisato, possono servire sia per impostare l'argomentazione probatoria di *unfairness* di una discriminazione basata su *unspecified grounds*, sia per smontare la presunzione *iuris tantum* di *unfairness* di una discriminazione fondata su un fattore specificato dalla sez. 9(3) cost. finale. Fra questi la Corte indica: "(a) la posizione delle vittime nel contesto sociale, il fatto che costoro abbiano subito in passato trattamenti discriminatori, e il fattore, *specified* o *unspecified*, su cui si basa la discriminazione in esame; (b) la natura del disposto normativo o del potere e lo scopo che si è cercato di raggiungere con questi. Se, ad una prima analisi, lo scopo non è palesemente volto a

---

[114] È evidente che la dignità umana costituisce il parametro di valutazione sia del *discrimination test* – nel caso in cui la classificazione sia fondata su un fattore non espressamente bandito dalla sez. 9(3) cost. finale – che dell'*unfairness test.* Tuttavia, sembrerebbe possibile delineare alcune differenze fra i due piani d'indagine: nel primo caso, infatti, la Corte dovrebbe svolgere un'indagine potenziale – la discriminazione fondata su un *analogous ground*, ad esempio, è tale se si fonda su attributi o caratteristiche che hanno la *potenzialità* di ledere la fondamentale dignità di persone come essere umani, o di perpetrare loro un danno serio assimilabile –, mentre nel secondo, i giudici dovrebbero accertare l'avvenuta lesione della dignità umana. *Ex adverso*, se non fossero sostanziali le differenze fra i due piani d'indagine, ne deriverebbe la superfluità di uno dei due.

[115] *Harksen v. Lane NO and Others*, cit., § 50; cfr. anche *Egan v. Canada*, (1995), cit., 106; *National Coalition 1*, cit., §§ 26-27.

[116] *Harksen v. Lane NO and Others*, cit., § 50.

[117] *Idem.*

ledere le vittime nel modo sopra indicato, ma è preposto al raggiungimento di un importante ed ambizioso fine sociale, come, ad esempio, la promozione dell'eguaglianza di tutti, siffatto obiettivo può, in base ad un'analisi compiuta di volta in volta, influire pesantemente sulla valutazione dell'effettiva lesione subita dai ricorrenti […]; (c) con riferimento ai fattori (a) e (b) di cui sopra, e ad ogni altro elemento rilevante, l'estensione della lesione apportata ai diritti o agli interessi dei ricorrenti, e se sia stata minata o meno la dignità fondamentale degli individui o se i soggetti abbiano subito un danno grave assimilabile. Questi fattori, valutati obiettivamente, conferiscono 'precisione e costrutto' al test costituzionale dell'*unfairness*. Essi non costituiscono una lista tassativa. Altri elementi potranno emergere nello sviluppo giurisprudenziale dell'eguaglianza. In ogni caso è l'effetto cumulativo di tali fattori che deve essere esaminato, e rispetto ai quali deve essere determinata l'*unfairness* della discriminazione"[118]. Il tenore letterale della sez. 9(3) cost. finale non contiene alcun elemento che postuli la necessità di interpretarla nel senso di richiedere la prova dell'intenzione a discriminare "come requisito minimo per affermare la presenza

---

[118] *Harksen v. Lane NO and Others*, cit., § 51. Si noti che circa il test di *unfairness* la giurisprudenza *Harksen* riprende e sviluppa quanto già "abbozzato" in *President of The Republic of South Africa and Another v. Hugo*, cit., laddove l'opinione di maggioranza esprime il principio cardine secondo cui per determinare se l'*impatto* è *unfair* è necessario considerare (a) non solo la categoria soggettiva di coloro che hanno subito la discriminazione, ma anche (b) la natura del potere tramite cui è stata realizzata la discriminazione (es. atto legislativo, atto presidenziale, regolamento, atto amministrativo) e (c) la natura degli interessi coinvolti nel trattamento differenziato (§ 43). Kriegler J. (*dissenting*) precisa inoltre che (a) la *fairness* non può dipendere dalla buona fede del soggetto che la compie, (b) le giustificazioni avanzate per ribaltare la presunzione di *unfairness* non possono essere a loro volta discriminatorie, promuovendo la continuazione di un modello sociale ingiusto, (c) gli elementi determinanti la *fairness* della discriminazione, rilevanti sotto il profilo della sez. 8(3), sono distinti da quelli inerenti all'esistenza di una limitazione del diritto di cui alla sez. 33(1), in quanto questi ultimi presuppongono una discriminazione di per sè *unfair* ed attengono alla giustificatezza della *limitation* (§§ 77-78). Inoltre, rispetto al punto *sub* (b), Kriegler afferma che solo in pochissime circostanze una generalizzazione che perpetua la realtà sociale discriminatoria può essere giustificata: "[f]irst, there would have to be a strong indication that the advantages flowing from the perpetuation of a stereotype compensate for obvious and profoundly troubling disadvantages. Second, the context would have to be one in which discriminatori benefits were opposite" (§ 82). Sul test costituzionale dell'*unfairness* si v. anche *National Coalition 2*, cit., § 41 ed, in dottrina, T.W. Bennett, A. Pillay, *The Natal and Kwazulu Codes*, cit., 227.

di una discriminazione diretta o indiretta"[119]. La sussistenza della *discrimination* e dell'*unfairness* devono tuttavia "essere valutati obiettivamente alla luce dei fatti del caso specifico"[120], e ciò non esclude che la prova dell'intento discriminatorio possa essere rilevante proprio in sede di esame dell'*unfairness*[121].

La valutazione concernenete la lesione della dignità deve essere compiuta mantenendo un approccio contestuale, considerando l'impatto della discriminazione sulla vittima. A tal stregua è opportuno valutare diversi elementi, fra cui: (a) il fatto che la vittima della discriminazione abbia subito in passato discriminazioni sistemiche; (b) la sua appartenenza o meno a gruppi particolarmente vulnerabili; (c) la natura, fondamentale o meno, degli interessi lesi dalla differenziazione[122]. Così facendo la determinazione circa la presenza di una *unfair discrimination* non viene condotta in astratto, ma, al contrario, tiene in debita considerazione le disuguaglianze strutturali presenti nella società, che ancora continuano a perpetuare la subordinazione di certe frange sociali ad altre[123].

Al termine dell'*unfair discrimination enquiry* si può pervenire a due conclusioni: 1) il trattamento normativo non pone in essere alcuna *unfair discrimination* e, di conseguenza, non si è verificata lesione della sez. 9(3) cost. finale; 2) il trattamento normativo pone in essere una *unfair discrimination*; in tal caso, occorrerà verificare se essa possa essere giustificata in base alla *limitation clause* (sez. 36 cost. finale)[124].

---

[119] *Pretoria City Council v. Walker*, cit., § 43; per un commento della decisione si rinvia a S. Jagwanth, *What is the difference?*, cit., 200.

[120] *Idem.*

[121] *Pretoria City Council v. Walker*, cit., § 44: "[t]he requirement of unfairness limits the application of the section and permits consideration to be given to the purpose of the conduct or action at the level of the enquiry into fairness".

[122] *Harksen v. Lane NO and Others*, cit., § 49; *National Coalition 1*, cit., § 19; *Pretoria City Council v. Walker*, cit., §§ 45-48, 109 (Sachs J., *dissenting*) "equality is envisaged as something to be achieved through the dismantling of structures and practices which unfairly obstruct or unduly attenuate its enjoyment".

[123] In *National Coalition 1*, cit., § 22, Ackermann J. sottolinea che "the experience of subordination – of personal subordination, above all – lies behind the vision of equality".

[124] *Harksen v. Lane NO and Others*, cit., § 52; cfr. anche *East Zulu Motors (Pty) Ltd v. Empageni/Ngwelezane Transitional Local Council*, cit., 72A-73E.

4. *La "limitation clause" (sez. 36 cost. finale)*

Una volta accertato che una disposizione normativa contrasta con un disposto del *Bill of Rights*, la Corte costituzionale deve proseguire la sua indagine per valutare la giustificazione della lesione *ex* sez. 36 cost. finale (*limitation of rights*). Tale *modus operandi* è riassumibile nella formula del "two stage approach", laddove nel primo stadio la Corte valuta la violazione di uno o più disposti del *Bill of Rights*, esclusa logicamente la sez. 36 cost. finale, mentre nel secondo esamina la ragionevolezza o la giustificatezza della lesione occorsa alla luce della *limitation clause*[125].

Di norma spetta al ricorrente persuadere la Corte della supposta lesione di una libertà fondamentale, mentre incombe allo Stato, o su chi fa affidamento sulla validità della norma impugnata, dimostrare che la violazione costituisce una limitazione del diritto giustificabile *ex* sez. 36 cost. finale[126]. In *Du Toit and Another v. Minister of Welfare and Population Development and Others* si è tuttavia chiarito che nei casi in cui la validità di alcune disposizioni "sia una questione di importanza pubblica", che prescinde dalle mere ragioni di parte, la Corte può intraprendere l'indagine richiesta dalla sez. 36

---

[125] J. de Waal, I. Currie, G. Erasmus, *The Bill of Rights Handbook*, cit., 145; si v. anche M.H. Cheadle, *Limitation of Rights*, in M.H. Cheadle, D.M. Davis, N.R.L. Haysom (eds.), *South African Constitutional Law*, cit., 693; S. Woolman, *Out of Order? Out of Balance? The Limitation Clause of the Final Constitution*, in 13(1) *SAJHR*, 102 (1997); Id., *Riding the Push-me Pull-you: Constructing a Test that Reconciles the Conflicting Interests which Animate the Limitation Clause*, in 10(4) *SAJHR*, 60 (1994); Id., *The Limitations of Justice Sachs' Concurrence:* Coetzee v. Government of Republic of South Africa, in 12(1) *SAJHR*, 99 (1996); D. Meyerson, *Rights Limited. Freedom of Expression, religion and the South African Constitution*, Juta, Cape Town, 1997; I.M. Rautenbach, *The limitation of rights of provisions of the bill of rights other than the general limitation clause: a few examples*, in 4 *Tydskrif Vir Die Suid-Afrikaanse Reg*, 617 (2001); L.B. Wolf, J. Wolf, *A Comparison between German and South African Limitation Provisions*, in 113(2) *SALJ*, 267 (1996); cfr. anche *Coetzee v. Government of the Republic of South Africa* 1995 4 SA 631 (CC), § 9.

[126] *S v. Zuma and Others* 1995 2 SA 642 (CC), §§ 650H-651I; *S v. Makwanyane and another*, cit., § 102.

cost. finale considerando anche profili giuridicamente rilevanti non espressamente sollevati dalla parte interessata[127].

La sez. 36 determina i parametri della *limitation enquiry*, ed ha sostanzialmente codificato le osservazioni espresse da Chaskalson P. in *S v. Makwanyane and another* durante il vigore della costituzione transitoria[128]. Stando alla sez. 36 cost. finale "(1) [i] diritti garantiti nel *Bill of Rights* possono essere limitati solo nei termini di previsioni normative di applicazione generale la cui portata limitativa sia ragionevole e giustificabile in una società aperta e democratica fondata sulla dignità umana, eguaglianza e libertà, tenendo in considerazione tutti i fattori rilevanti, inclusi – (a) la natura del diritto; (b) l'importanza dello scopo della limitazione; (c) la natura e l'estensione della limitazione; (d) le relazione tra la limitazione e il suo scopo; e (e) l'esistenza di mezzi meno restrittivi per il raggiungimento dello scopo".

La *limitation clause* richiede complessivamente un bilanciamento dei valori costituzionali, e la sua essenza consiste in una valutazione fondata sulla proporzionalità. Non esistono *standard* fissi ed assoluti per determinare la ragionevolezza della limitazione, ma di certo il requisito della proporzionalità postula la necessità di bilanciare interessi diversi[129]. Da un lato, occorre valutare i diritti violati, la loro natura e la loro importanza in una società aperta e democratica fondata sulla dignità, l'eguaglianza e la libertà, dall'altro, occorre considerare l'importanza dello scopo della limitazione. Nel valutare la proporzionalità fra lo scopo e la limitazione del diritto la Corte è tenuta altresì a considerare l'esistenza di mezzi meno "invasivi" per raggiungere l'obiettivo pubblico[130].

---

[127] *Du Toit and Another v. Minister of Welfare and Population Development and Others*, cit., § 31; *J and B v. Director-General, Department of Home Affairs and Others*, cit., § 15.

[128] *S v. Makwanyane and another*, cit.

[129] *S v. Makwanyane and another*, cit., §§ 104 – "[…] weighing up of competing values, and ultimately an assessment based on proportionality […] which calls for the balancing of different interest" – e 431.

[130] *National Coalition 1*, cit., § 35. In *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Others v Minister of Justice and Others*, cit., si è precisato che l'espressione "law of general application", contenuta nella sez. 36 cost. finale, non significa vaghezza ('vagueness') della disposizione. La vaghezza, infatti, va considerata nel contesto della *rule of law*, la quale impone che ciascun individuo sia in

4.1. *Il giudizio costituzionale sulla limitazione dell'eguaglianza*

In *Harksen v. Lane NO and Others*, si è asserito che successivamente all'accertamento positivo dell'esistenza di una *unfair discrimination* – *i.e.* della violazione della sez. 9(3) cost. finale – occorre procedere all'ultimo stadio d'indagine per determinare la *justifiability* della violazione occorsa in base alla sez. 36 cost. finale[131]. Il modo in cui la Corte costituzionale ha sviluppato il giudizio di eguaglianza, ed in particolare l'*unfairness discrimination test*, rende tuttavia problematica l'applicazione della *limitation clause* nei casi in cui i giudici costituzionali abbiano ravvisato la violazione della sez. 9 cost. finale.

Al riguardo Cathi Albertyn ha notato che "l'idea di giustificare l'eguaglianza è problematica, giacché la questione della giustificazione è già contenuta dentro il significato del diritto. Il giudizio d'eguaglianza implica inevitabilmente un certo grado di giustificazione dei differenti trattamenti nei termini, per esempio, di trattamento *rational* o *fair*"[132]. In linea di principio, è difficile ipotizzare il caso di una *unfair discrimination* – la cui proibizione *ex* sez. 9(3) cost. finale mira eminentemente a creare "una società in cui tutti gli esseri umani godano di eguale dignità e rispetto a prescindere dall'appartenenza ad un gruppo particolare[133]" – che, in ottemperanza alla sez. 36 cost. finale, appaia "ragionevole e giustificabile in una società aperta e democratica fondata su dignità umana, eguaglianza e rispetto della libertà". Parimenti, è arduo immaginare la giustificabilità e la ragionevolezza di una *mere differentiation* che non mostri alcuna *rational connection* rispetto a un legittimo scopo pubblico (sez. 9(1) cost. finale), laddove proprio la sez. 36 cost. finale impone di valutare, fra i

---

grado di conoscere con certezza le condotte consentite dall'ordinamento; se così non fosse, il cittadino vivrebbe nell'incertezza di una condanna penale, ed anziché essere assoggettato al diritto sarebbe sottoposto alle determinazioni fatte, nel caso specifico, dai giudici.

[131] *Harksen v. Lane NO and Others*, cit., § 52.

[132] C. Albertyn, *Equality*, in M.H. Cheadle, D.M. Davis, N.R.L. Haysom (eds.), *South African Constitutional Law*, cit., 72. Conformemente, J. de Waal, I. Currie, G. Erasmus, *The Bill of Rights Handbook*, cit., 204; C. Albertyn, J. Kentridge, *Introducing the Right to Equality*, cit., 175.

[133] *President of The Republic of South Africa and Another v. Hugo*, cit., § 41.

vari elementi, "la relazione tra la limitazione e il suo scopo" e "l'esistenza di mezzi meno restrittivi per raggiungere lo scopo"[134].

La notevole somiglianza fra i due *test* del giudizio d'eguaglianza – la *rational connection enquiry* e l'*unfairness discrimination test* –, da un lato, e la *limitation analysis*, dall'altro, rende difficile distinguere i due stadi d'indagine e, di conseguenza, la loro applicazione giudiziale non sembra ammettere la possibilità di approdare ad esiti sensibilmente diversi. In *Harksen v Lane NO and Others* la Corte sottolinea che per stabilire l'*unfairness* della discriminazione occorre valutare, fra gli altri, "la natura del disposto o del potere e lo scopo che si cerca di raggiungere tramite questi"[135], e contestualmente riconosce che la *limitation analysis* "implica il bilanciamento dello scopo ed effetto del disposto in questione e la determinazione della relativa proporzionalità in rapporto all'estensione della lesione all'eguaglianza"[136]". Stando pertanto ad *Harksen*, la somiglianza – se non la fusione – fra i due momenti di indagine sembrerebbe *self-evident*[137].

A sostegno della plausibilità di una distinzione fra i due momenti d'indagine, in dottrina si è tuttavia notato come nel delineare il concetto di *unfair discrimination* la Corte abbia adottato un approccio *sostanziale*, considerando meritevoli di sostegno le misure normative adottate al fine di rimediare le passate discriminazioni (*substantial/remedial equality*), e ha attribuito alla lista dei fattori sinto-

---

[134] C. Albertyn, *Equality*, in M.H. Cheadle, D.M. Davis, N.R.L. Haysom (eds.), *South African Constitutional Law*, cit., 72.

[135] *Harksen v. Lane NO and Others*, cit., § 51(b).

[136] *Harksen v. Lane NO and Others*, cit., § 52.

[137] In *Harksen v. Lane NO and Others*, cit., O'Regan J. (*dissenting opinion*) mantiene la distinzione fra i due momenti d'indagine, ma scorpora dall'*unfair test* il "purpose factor", ritenendolo quindi rilevante solo ai fini della *limitation analysis*. In un primo momento il giudice afferma che "to determine whether the discrimination has been unfair, it is necessary to consider the impact of the discrimination on the applicant" (§ 93), mentre successivamente precisa che "Now that I have concluded that [the impugned provision] constitutes unfair discrimination […] it is necessary to consider whether the infringement […] is justifiable […] We have held that [section 36] requires us to consider the proportionality between the invasion caused by the infringing provision and the importance, purpose and effects of that provision" (§ 101).Tuttavia, in altre decisioni la Corte costituzionale afferma la necessità di mantenere separati i due stadi di giudizio: *S v. Ntuli* 1996 (1) BCLR 1 (CC); *Brink v. Kitshoff NO*, cit.

matici di *unfairness* delineata in *Harksen* carattere aperto, consentendo a se stessa di valutare anche ogni altro fattore giuridicamente rilevante nel caso specifico. Ciò considerato, si argomenta che in sede di *unfairness test* la Corte sarebbe tenuta ad accertare "la natura del disposto o del potere e lo scopo che si cerca di raggiungere tramite questi" valutando unicamente profili e scopi legati al raggiungimento dell'eguaglianza; a tal stregua, sarebbe compito dei giudici verificare se le differenziazioni normative siano volte a rettificare le passate discriminazioni e ad incidere sulle relazioni di potere in senso egualitario, o se, viceversa, le disposizioni impugnate perseguano unicamente il fine di aggravare e perpetuare i precedenti squilibri sociali. Diversamente, in sede di *limitation enquiry* la Corte sarebbe abilitata ad estendere il campo di indagine sino a considerare il *general purpose* delle disposizioni impugnate, valutando in particolare la loro effettività nel raggiungimento dell'obiettivo e l'inesistenza di mezzi alternativi meno invasivi di quelli utilizzati[138].

---

[138] T.W. Bennett, A. Pillay, *The Natal and Kwazulu Codes*, cit., 229, 235: gli Autori sottolineano che l'indagine per stabilire se la previsione impugnata è volta a realizzare un interesse sociale meritevole di tutela viene compiuta con riferimento non solo alla sezione 9(3) cost. finale, ma anche alla sezione 36, per espressa previsione legislativa. La dottrina in questione critica tale incongruenza ed avanza la tesi secondo cui l'analisi condotta ex sez. 9 è parzialmente diversa rispetto a quella compiuta ex sez. 36: nel primo caso, trattandosi di "internal justification", l'indagine va eseguita avendo riguardo all'obiettivo della "promotion of equality itself", nel secondo caso, invece, può comprendere altre giustificazioni come l'"administrative convenience and legal certainity"; J. de Waal, I. Currie, G. Erasmus, *The Bill of Rights Handbook*, cit., 205. La *dissenting opinion* di Kriegler J. in *President of The Republic of South Africa and Another v. Hugo*, cit., § 77 precisa che, ai fini dell'*unfairness test*: (a) la *fairness* non può dipendere dalla buona fede del soggetto che la compie, (b) le giustificazioni avanzate per ribaltare la presunzione di *unfairness* non possono essere a loro volta discriminatorie, promuovendo la continuazione di un modello sociale ingiusto, (c) gli elementi che determinano la *fairness* della discriminazione, rilevanti sotto il profilo della sez. 9(3) cost. finale, sono distinti da quelli inerenti all'esistenza di una limitazione del diritto di cui alla sez. 36, in quanto questi ultimi presuppongono una discriminazione di per sè *unfair* ed attengono alla giustificatezza della *limitation.* Ciò premesso, Kriegler J. conclude criticando l'approccio adottato dalla maggioranza: "[i]n my respectful view, the majority errs on all three counts. First, my colleagues base their founding of fairness in part on the good faith of the President. Second, the Act is upheld despite the fact that it relies on a generalisation regarding parental roles which is the result of disadvantage and discrimination. Third, in invoking factors such as public reactions to the re-

5. *"Arguments" a tutela del libero orientamento sessuale*

Agli albori della transizione democratica – periodo coevo alla maturazione della cultura dell'*ubuntu* –, l'adozione di una clausola costituzionale vietante espressamente le discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale fu un'opzione ampiamente condivisa sia da molteplici gruppi di pressione sia dai tecnici del diritto, tanto che nel 1993 Edwin Cameron – a dimostrazione dell'importanza simbolica e pratica di tutelare anche le emarginate minoranze sessuali – per la prima volta supportò energicamente la scrittura di un'inequivoca *equality provision.* In un bel saggio dal titolo "Sexual Orientation and the Constitution: a Test Case for Human Rights", pubblicato sul *South African Law Journal*, l'autorevole giudice/giurista espresse la tesi – riportata in lingua originale, e a mo' di massima estesa, anche in epigrafe a questo capitolo – in base alla quale "[i]l solo argomento plausibile che riconosce adeguatamente l'orientamento sessuale come fattore vietato di discriminazione si fonda sulla rivendicazione del diritto all'eguale protezione della legge"[139].

L'obiettivo principale di Cameron fu sicuramente quello di sollecitare il costituente ad innovare il sistema anche tramite l'inaugurazione di una clausola costituzionale che, per la prima volta nel panorama mondiale dei *Bill of Rights*, espressamente sancisse il divieto di discriminare a motivo dell'orientamento sessuale. E per questo definì l'*equality argument* come "*il solo* argomento plausibile" al fine di garantire un'effettiva e sostanziale protezione alle minoranze sessuali emarginate, nel senso di esprimere la *necessità* di una specifica ed espressa copertura costituzionale all'interno della clausola di eguaglianza; specificazione che – considerati sia il contesto storico-sociale, sia l'invisibilità anche politica del gruppo LGB[140], sia gli orientamenti espressi dalla giurisprudenza costituzionale canadese, di non poco rilievo per il sistema sudafricano – il legislatore costi-

---

lease of many prisoners and administrative efficiency, the majority applies a setion [36] analysis at the point of looking for a rebuttal of unfairness" (§ 78).

[139] E. Cameron, *Sexual Orientation and the Constitution: a Test Case for Human Rights*, 110 *SALJ* 464 (1993).

[140] *Ibidem*, 451.

tuente non avrebbe potuto semplicemente ignorare pena l'emersione di sospette incoerenze e stridenti contraddizioni nelle concezioni ideologiche di fondo.

Contrariamente a quanto affermato nelle primissime pronunce giudiziali in materia di orientamento sessuale[141], Cameron non volle sostenere la tesi della centralità esclusiva, ai fini della salvaguardia delle minoranze in questione, dell'espressa costituzionalizzazione dell'orientamento sessuale nella clausola d'eguaglianza, e quindi predire lo sviluppo di un *trend* giurisprudenziale fondato *unicamente* sull'*equality argument* ad esclusione di ogni altra previsione del *Bill of Rights*. Ciò è desumibile tanto dalla sua produzione scientifica successiva – come dimostra anche il secondo stralcio riportato in epigrafe[142] – quanto, più significativamente, dalle argomentazioni addotte nel medesimo articolo a sostegno della sua tesi. Seppur sminuendo il ruolo del *privacy argument*[143], specialmente in rapporto alla necessità di decriminalizzare l'attività sessuale omosessuale fra adulti consenzienti, Cameron elaborò l'*equality argument* assieme al *dignity argument*, facendo così affidamento, di fatto, su almeno due "argomenti plausibili" ed individuando una sorta di "*dignity*

---

[141] *S v. K* 1997 (4) ALL SA 129 (C), § 25: "I do not think that it is necessary to invoke the constitutional entrenchment of the right to privacy to come to this conclusion. In this regard I agree with the following comment made by Mr Justice Cameron"; *National Coalition for gay and lesbian Equality and others v. Minister of Justice and others*, cit., 13: "[i]n his pre-constitutional article referred to above Prof Cameron wrote […] In my view section 9 of the Constitution achieves this result, subject only to the limited exceptions which may arise from the application of section 36 to a given case. Prof Cameron's article continues […]. I respectfully agree".

[142] E. Cameron, *Constitutional Protection of sexual orientation and African conceptions of humanity*, in 118(4) *SALJ*, 647 (2001).

[143] E. Cameron, *Sexual Orientation and the Constitution*, cit., 464: "the privacy argument has detrimental effect on the search for a society which is truly non-stigmatizing as far as sexual orientation is concerned. On the one hand, the privacy argument suggests that discrimination against gays and lesbians is confined to prohibiting conduct between adults in the privacy of the bedroom. This is manifestly not so. On the other hand, the privacy argument may subtly reinforce the idea that homosexual intimacy is shameful or improper: that it is tolerable so long as it is confined to the bedroom – but that its implications cannot be countenanced outside. Privacy as a rational for constitutional protection therefore goes insufficiently far, and has appreciable drawbacks even on its own terms"; considerazioni simili a quelle di Cameron sono sostenute da R. Louw, *Sexual Orientation, criminal law*, cit., 375.

and equal protection"[144] *argument*. Così interpretata l'eguaglianza non postula *sic et sempliciter* l'impossibilità di giustificare un trattamento normativo differenziato per le minoranze sessuali, ma – riprendendo le parole dell'Autore – "[c]iò implica [anche] l'accettazione di tre premesse critiche: *(a)* che l'orientamento sessuale, e le condotte consensuali che ne sono espressione, non evocano da sole una giustificata censura sociale (a prescindere dalle divergenti concezioni morali che ciascuno può preservare); *(b)* che l'orientamento omosessuale non è di per sé prova di malattia o di depravazione; e *(c)* che gli orientamenti (omosessuale od eterosessuale) sono – o dovrebbero essere – fattori indifferenti nella distribuzione dei beni, dei servizi e nell'assegnazione delle opportunità sociali"[145].

Combinando fra loro eguaglianza e dignità umana – di là da una lettura acritica e decontestualizzata del menzionato contributo scientifico –, Cameron postula quindi la plausibilità dell'*equal liberty argument*. La plausibilità di tale argomento trova ampie conferme giurisprudenziali, sicché in Sudafrica l'*enforceable right* a non subire discriminazioni ingiuste fondate sull'orientamento sessuale assume certamente un ruolo cardine per la tutela del più ampio diritto al libero orientamento sessuale, ma l'espressa positivizzazione del *sexual orientation* nell'*equality provision* non comporta l'inutilità di altre disposizioni del *Bill of Rights*, le quali sono invece richiamate unitamente all'eguaglianza per il perseguimento di interessi umani fondamentali.

La ragione principale dell'approdo all'*equal liberty argument* è da ravvisarsi nella duplice veste di alcune previsioni del *Bill of Rights*, quella di *enforceable right* e di *constitutional value*, in guisa che "le convinzioni legali della comunità devono necessariamente essere informate tanto alle norme quanto ai valori della […] società sudafricana così come sono incorporate nella Costituzione del 1996. La Costituzione è la legge suprema, e non possono avere validità legale norme e valori incompatibili con questa, e tutto ciò produce l'effetto di trasformare la Costituzione in un sistema obiettivo

---

144 E. Cameron, *Sexual Orientation and the Constitution*, cit., 464.
145 *Ibidem*, 465.

di valori normativi utile ai fini legali"[146]. Eguaglianza, dignità e libertà sono certamente, per espresso riconoscimento costituzionale, diritti attivabili dinanzi ai giudici e valori cui l'attività normativa e interpretativa deve conformarsi, ed in siffatta duplicità – o, meglio, nell'impatto che questa determina sui test di verifica postulati da ciascuna strategia difensiva del libero orientamento sessuale – è rinvenibile la ragione per cui, in Sudafrica, l'unico argomento plausibile a tutela delle minoranze sessuali è, è stato, e con forte probabilità sarà l'*equal liberty argument.* Per questo occorre ora entrare maggiormente nel dettaglio di tali profili.

5.1. *"Equal liberty argument" e teoria dei diritti fondamentali*

I diritti fondamentali, elencati in modo non esaustivo nel *Bill of Rights* (sez. 39(3) cost. finale), costituiscono sia un parametro di legittimità costituzionale cui qualunque norma o condotta ("any law or conduct") devono conformarsi (sez. 172(1) cost. finale), sia la fonte di legittimazione soggettiva ad azioni legali concrete. La sez. 38 cost. finale stabilisce, infatti, che "[c]hiunque ha il diritto di adire la corte competente, adducendo la lesione o la minaccia di un diritto del *Bill of Rights*, e la Corte può accordare un rimedio appropriato, incluso un provvedimento dichiarativo dei diritti"[147].

A tal stregua i *gay rights advocates* potrebbero optare di avvalersi del *liberty argument*, e pretendere così il riconoscimento del diritto al libero orientamento sessuale – nelle svariate forme in cui questo può manifestarsi – argomentando che gli interessi a questo sottesi siano sussumibili nell'ambito di uno o più libertà fondamentali (come tali) garantite a chiunque dal *Bill of Rights* (*privacy argument, human dignity argument*, *freedom of speech argument*, ecc.). Ricorrendo al *liberty argument* la parte asserisce che un dato bene-

---

[146] *Du Plessis v. Road Accident Fund* 2003 (11) BCLR 1220 (SCA), 1226D-E.

[147] Il testo in lingua ufficiale della sez. 38 cost. finale è il seguente: "Anyone […] has the right to approach a competent court, alleging that a right in the Bill of Rights has been infringed or threatened, and the court may grant appropriate relief, including a declaration of rights".

ficio normativo, un'opportunità o più in generale una facoltà costituiscono l'esercizio di una o più libertà fondamentali, e che pertanto devono essere riconosciute a chiunque inclusi i membri di minoranze sessuali sgradite, impopolari o apparentemente invisibili. Tale strategia difensiva presuppone la dimostrazione che: (a) il *benefit* o il trattamento normativo negato sostanziano l'esercizio di uno o più diritti fondamentali riconosciuti; (b) il diritto fondamentale in questione, come tale universale, ha subito arbitrarie limitazioni soggettive in ragione dell'orientamento sessuale[148].

A ben notare, il test *sub* (b) è soddisfatto in presenza di una *qualunque arbitraria limitazione soggettiva*, sicché l'esclusione delle minoranze sessuali dal godimento di un diritto fondamentale è solo uno fra i possibili indici rivelatori del mancato riconoscimento a "chiunque" del bene giuridico in questione – il test *sub* (b) risulterebbe soddisfatto, ad esempio, anche se si asserisse l'esclusione di coloro che posseggono occhi cerulei, o che hanno aderito ad un determinato partito politico, o del sesso femminile, e così via. Ciò che conta, quindi, è dimostrare che l'esclusione dall'esercizio di un diritto fondamentale è occorsa in ragione di un fattore soggettivo arbitrario, tanto che siffatta dimostrazione ha talvolta costituito il presupposto per consentire l'equiparazione fra discriminazioni fondate su fattori (arbitrari) non espressamente menzionati e discriminazioni espressamente bandite dalla costituzione (perché fondate su fattori arbitrari). Il pensiero corre necessariamente alla ormai diffusa giurisprudenza internazionale che ha costituzionalizzato l'orientamento sessuale interpretando estensivamente – per così dire – il divieto di discriminare in ragione del sesso, del genere o di altri fattori chiaramente menzionati, oppure mediante l'enucleazione di un *analogous ground* di non-discriminazione ulteriore rispetto a quelli già menzionati nell'*equality clause*.

---

[148] E. Heinze, *Sexual Orientation: a Human Right*, cit., 131, preferisce scomporre il "fundamental right test" in una triplice indagine, ma nella sostanza coincidente a quella qui proposta: "[i]n order to ascertain rights of sexual orientation within human rights law, three criteria must be met. First, the rights sought must refer specifically to sexual orientation. Second, they must derive from extant rights. Third, the rights from which they derive must also be fundamental rights".

Di qui si evince – almeno in parte – il perché del mancato ricorso al *liberty argument* in Sudafrica, riconducibile nel fatto che qui l'esclusione delle minoranze sessuali dai beneficiari legali di una libertà fondamentale assume un rilievo costituzionale aggiuntivo ed inequivoco. L'orientamento sessuale assurge infatti al rango di categoria positivizzata nella sez. 9 cost. finale, sicché in tal caso l'esclusione legale delle minoranze sessuali rileva sotto un duplice profilo costituzionale: come ineludibile presupposto di attivazione del divieto di *unfair discrimination* e come fatto incidentalmente rilevante per il *fundamental right* test. *Ergo*, nell'asserire che le minoranze sessuali sono escluse dal godimento di una o più libertà fondamentali si giunge inevitabilmente per lamentare la contestuale lesione degli imperativi costituzionali di eguaglianza e libertà, e si ricorre così nella sostanza all'*equal liberty argument*.

Ad identiche conclusioni può comunque giungersi percorrendo iter argomentativi diversi, ossia immaginando l'attivazione delle altre due strategie difensive – l'*equality argument* e l'*equal liberty argument* –, esercizio, questo, che consente di meglio sviscerare il complesso dei motivi che ha determinato "il successo" dell'*equal liberty argument* nella giurisprudenza costituzionale sull'orientamento sessuale.

Intesa come *right*, la sez. 9 cost. finale esprime degli imperativi egualitari applicabili tanto ai rapporti verticali quanto a quelli orizzontali, ovvero un diritto il cui contenuto può essere rivendicato, almeno in teoria, in sé e per sé – come "diritto a non subire arbitrarie discriminazioni" o, più in generale, come "diritto all'eguaglianza" o "all'eguale protezione della legge" (*equality argument*) – oppure, nel caso in cui l'interesse fatto valere in giudizio sia coincidente col contenuto di altre libertà fondamentali, unitamente a queste ultime – come "diritto a non subire discriminazioni di sorta nel godimento dei diritti fondamentali", o anche come "diritto all'eguale libertà" (*equal liberty argument*). Sicché in teoria le due strategie difensive potrebbero essere utilizzate anche a salvaguardia del libero orientamento sessuale: mediante il ricorso all'*equality argument* si rivendicherebbe il diritto a non subire trattamenti normativi di sorta discriminatori in ragione dell'orientamento sessuale (*sexual orientation discrimination argument*) – e/o di un altro fattore vietato (*sex/gender/age/marital staus*

discrimination argument, ecc.) –, mentre tramite l'*equal liberty* si pretenderebbe più specificamente il riconoscimento di un diritto fondamentale – *ergo* universale – a prescindere da considerazioni fondate sull'orientamento sessuale/sesso/genere/*status* coniugale/età, o altre arbitrarie condizioni personali soggettive.

Nel contesto normativo sudafricano, tuttavia, il ricorso all'*equality argument* non ha avuto sostanzialmente luogo a causa della spiccata tendenza giurisprudenziale a sviluppare l'*equality jurisprudence* in maniera incrementale, sicché si è anzitutto privilegiato l'intervento del giudice costituzionale nei casi macroscopici di discriminazione nel godimento dei diritti fondamentali. La Corte costituzionale ha preferito pronunciarsi nelle ipotesi di violazione del nucleo forte di eguaglianza, collegando funzionalmente il diritto a non subire discriminazioni ingiuste (sez. 9(3) cost. finale) all'imperativo per cui "[l']eguaglianza include il pieno ed eguale godimento di tutti i diritti e libertà" (sez. 9(2) cost. finale). Sachs J. ha esplicitamente sottolineato che, "[n]ello sviluppare l'*equality jurisprudence* attorno al concetto di *unfair discrimination*, la Corte procede secondo un'analisi strutturata che si concentra sul rispetto dei diritti umani e sulla non-discriminazione. Così facendo si riduce il pericolo di un intervento giudiziale troppo intrusivo in questioni eminentemente di politica sociale, ed al contempo si enfatizza la speciale responsabilità della Corte nel proteggere positivamente i diritti fondamentali. Diminuiscono inoltre le possibilità che la Corte sia adita per casi di marginale importanza, potendosi meglio concentrare sulla sua speciale vocazione, utilizzare le strategie che richiedono una specifica attitudine, e difendere gli interessi nei confronti dei quali ha una particolare responsabilità. La giurisprudenza della Corte si colloca in tal modo nel contesto dello sviluppo degli *Human Rights* in tutto il mondo, e nella storia speciale del nostro Paese"[149]. Riprendendo Ronald Dworkin si potrebbe affermare che la Corte costituzionale ritiene opportuno intervenire con il potente strumento del controllo di costituzionalità principalmente laddove la disputa richiede l'applicazione di argomenti di principio, come nel caso di discriminazio-

---

[149] *National Coalition 1*, cit., § 123.

ne nei diritti fondamentali, mentre rimette al legislatore il dibattito su questioni di merito squisitamente politico.

National Coalition 1 è il primo caso in cui si fa chiaramente ricorso all'*equal liberty argument*, e ciò al fine di sancire l'incostituzionalità delle norme penali che punivano la *same-sex sexual activity*. È con *National Coalition 1*, infatti, che si inverte la tendenza – sviluppatasi nella primissima giurisprudenza applicativa dell'*equality provision* come risultato del *misunderstanting* della "dottrina Cameron" – di richiamare le libertà protette dal *Bill of Rights*, ad esempio la privacy, solo in via alternativa all'eguaglianza. "Vorrei sottolineare" – afferma Sachs J. – "che in questo giudizio ritengo che il reato di sodomia sia incostituzionale perché viola i diritti di eguaglianza, dignità e privacy. Il presente caso dimostra come, in circostanze particolari, i diritti di eguaglianza e dignità siano strettamente connessi, così come lo sono i diritti di dignità umana e privacy"[150].

Il ricorso al solo argomento dell'eguaglianza, nella versione del *sexual orientation discrimination argument*, non è plausibile perché mostra solo una parte della realtà e, anzi, suggerisce che non vi sia stata alcuna lesione dei diritti fondamentali. "La nostra società" – prosegue la stessa Corte – "ha un primato miserevole nel cercare di regolare l'espressione sessuale dei sudafricani. In certi casi, come in questo, lo scopo del trattamento normativo era discriminatorio: parimenti il nostro ordinamento proibiva le relazioni sessuali fra persone di razze diverse. Tuttavia, il fatto che una norma vietante certe forme di condotta sessuale sia discriminatoria non esclude, al contempo, che vi sia un'indebita invasione della sfera intima della vita umana, protetta dalla sez. 14 della nostra Costituzione. Non dovremmo negare l'importanza del diritto alla privacy nel nostro ordinamento costituzionale, sebbene si riconosca pienamente l'importanza dell'eguaglianza. Perciò sottolineare la violazione di entrambi i diritti significa, nel presente caso, evidenziare la reale portata della lesione di diritti costituzionalmente protetti nei confronti degli omosessuali. In tal caso il fatto lesivo che sta alla base della discriminazione realizza al contempo ed indipendentemente la violazione dei

---

[150] *National Coalition 1*, cit., § 30.

diritti alla privacy e alla dignità. In tal modo si rafforza la conclusione che la discriminazione sia *unfair*"[151] e, di conseguenza, è difficilmente giustificabile la limitazione di siffatte libertà ai sensi dell'art. 36 cost. finale"[152].

La Corte, si noti, sostiene l'*equal liberty argument* non solo in ragione dell'impossibilità, da parte dell'interprete, di ignorare una parte dei "fatti lesivi" giuridicamente rilevanti, ma anche enfatizzando la speciale connessione esistente fra gli ambiti materiali coperti dalle libertà richiamate: eguaglianza, dignità umana e privacy. La Corte adotta una concezione olistica delle summenzionate libertà ritenendole fra loro complementari – e non competitive –; viceversa, il ricorso all'*equality argument* avrebbe implicato l'adozione di un'idea di libertà come ambiti separati di vita materiale, ciò traducendosi in un inevitabile stravolgimento del loro significato.

Aderendo alla concezione olistica dei diritti riconosciuti nel *Bill of Rights*, la Corte ha più volte rilevato che il *trait d'union* fra l'eguaglianza e la privacy, e che ben prova il tipo di protezione accordata dal *Bill of Rights*, è la dignità umana: "accordare un diritto alla dignità significa riconoscere il valore inerente degli esseri umani: gli esseri umani hanno il diritto ad essere trattati come persone meritevoli di rispetto e considerazione. Questo diritto costituisce dunque il fondamento di altri diritti specificamente supportati nel *Chapter 3*[153]". Da

---

[151] *National Coalition 1*, cit., § 32; cfr. anche § 111.

[152] *National Coalition 1*, cit., § 57. Si noti che la Corte costituzionale, all'epoca della sentenza, non parve intuire pienamente le implicazioni giuridiche che vedremo a breve – in termini di *constitutional remedy* – conseguenti all'applicazione dei differenti parametri costituzionali; essa sembrò avvertire unicamente che la funzione dei *fundamental rights*, in aggiunta al *sexual orientation discrimination ban*, dovesse essere prevalentemente quella di rafforzare l'ingiustificabilità di eventuali lesioni: "I would have reached this conclusion if the right to equality alone had been breached. The fact that the constitutional rights of gay men to dignity and privacy have also been infringed places justification even further beyond the bounds of possibility" § 57; "[t]he Bill of Rights tells us how we should analyze this interaction: in technical terms, the gross interference with privacy will bear strongly on the unfairness of the discrimination, while the discriminatory manner in which groups are targeted for invasions of privacy will destroy any possibility of justification for such invasion" § 114 (Sachs J., concurring).

[153] *S v. Makwanyane and Another*, cit., § 328; *National Coalition 1*, cit., § 120 (Sachs J., *concurring*).

qui scaturisce non solo il noto collegamento fra eguaglianza e dignità umana[154], ma anche il legame fra dignità umana e privacy, meglio specificato in *Khumalo and others v. Holomiza*: la dignità umana "concerne il senso del valore intrinseco che ciascun umano possiede, ma questo racchiude altresì una varietà di diritti della persona, tra cui la privacy. Nel nostro nuovo ordinamento costituzionale non è possibile delineare una linea netta di demarcazione tra le lesioni dei diritti della personalità. Il valore della dignità umana nella nostra costituzione non riguarda solo il valore inerente che ciascun individuo possiede, ma costituisce l'affermazione del valore dell'essere umano nella società. […] [E]siste un collegamento molto forte tra la dignità umana e la privacy. […] Il diritto alla privacy, consacrato all'art. 14 della costituzione, riconosce che ogni essere umano ha il diritto a che la propria sfera d'intimità ed autonomia sia protetta dall'invasione altrui. Tale diritto serve a promuovere e rafforzare la dignità umana. Pertanto, non è possibile tracciare linee nette tra reputazione, dignità e privacy nel rendere effettivo il valore della dignità umana[155]".

Da ultimo non va sottaciuto che un aspetto ulteriore che consente di affermare la plausibilità dell'*equal liberty argument* riguarda l'individuazione del *remedy* costituzionalmente necessario e corretto. Quando si rileva l'esistenza di una discriminazione nell'esercizio di un diritto fondamentale, infatti, il giudice investito della que-

---

[154] *Prinsloo v. Van der Linde and another*, cit., § 31; *President of The Republic of South Africa and Another v. Hugo*, cit., § 41; *Harksen v. Lane No and Others*, cit., §§ 50-53. Si noti che, anche nei casi in cui si dichiari l'incostituzionalità di una norma rispetto al solo parametro di cui alla sez. 9(3) cost. finale, non è possibile sostenere il ricorso al mero *equality argument*, poiché il giudizio di eguaglianza – così come è stato dipanato dalla giurisprudenza costituzionale – coinvolge necessariamente valutazioni concernenti la lesione del diritto fondamentale alla dignità umana (sez. 10 cost. finale). Si v., ad esempio, *Satchwell v. The President of the Republic of South Africa and Another* 2002, cit.; *Satchwell v. The President of the Republic of South Africa and Another* 2004, cit. Sull'uso cumulativo (espresso) dell'eguaglianza e di altre libertà fondamentali a tutela dell'orientamento sessuale si v., invece, oltre a *National Coalition 1*, cit., anche: *National Coalition 2*, cit., *Du Toit and Another v. Minister of Welfare and Population Development and Others* 2001, cit.; *Du Toit and Another v. Minister of Welfare and Population Development and Others* 2002, cit.; *J and B v. Director-General, Department of Home Affairs and Others*, cit.

[155] *Khumalo and others v. Holomiza*, 2002 (5) SA 401 (CC); 2002 (8) BCLR 771 (CC), § 27.

stione ha l'obbligo di "rimediare" estendendo anche agli esclusi il trattamento normativo negato, giacché i diritti fondamentali, per loro natura, necessitano di essere riconosciuti e garantiti a chiunque. Diversamente, quando si rileva unicamente la presenza di una discriminazione o la violazione dell'eguaglianza di fronte alla legge, il giudice può scegliere di ristabilire l'ordine violato scegliendo fra due distinte forme di rimedio: (a) l'*equalizing up*, che richiede l'estensione del beneficio in questione anche agli esclusi (agli omosessuali, ad esempio), oppure (b) l'*equalizing down*, che implica la negazione dell'opzione normativa a tutti indistintamente.

Tutto ciò si evince anche dalle opinioni rese da O'Regan e Sachs JJ. in *S v. Jordan (Sex Workers Education and Advocacy Task Force and Others as Amici Curiae)*[156]– caso in cui la Corte costituzionale nega la conferma d'incostituzionalità, precedentemente dichiarata dalla *High Court*, delle previsioni che criminalizzano la prostituzione (sez. 20(1)(aA) del *Sexual Offences Act* del 1957). I due giudici, distaccandosi dall'opinione di maggioranza, ritengono anzitutto che la penalizzazione della prostituzione costituisca una ipotesi ingiustificabile di *unfair discrimination* in base al genere[157], e scartano dunque la possibilità che essa costituisca altresì la lesione di diritti fondamentali quali il diritto alla dignità umana, alla libertà e alla sicurezza della persona, alla privacy e all'esercizio dell'attività economica privata: "la sezione 20(1)(aA) costituisce una discriminazione ingiusta nella misura in cui criminalizza la condotta delle prostitute ma non anche quella dei clienti […]. Criminalizzando principalmente la prostituta la legge rafforza e perpetua stereotipi sessuali che degradano la prostituta senza tuttavia stigmatizzare in alcun modo la condotta del cliente. La legge partecipa dunque parzialmente alla costruzione sociale di valori che sono in conflitto con la costituzione[158]". Ciò che tuttavia rileva in questa sede è che i giudici dissenzienti, in linea con tale *dictum*, individuano due possibi-

---

[156] *S v. Jordan (Sex Workers education and Advocacy Task Force and Others as Amici Curiae)*, cit.

[157] Conformemente anche K. VAN MARLE, *To Revolt Against Present Sex and Gender Images: Feminist Theory, Feminist Ethics and a Literary Reference*, in 2 *STELL LR,* 247 ss. (2004).

[158] *Ibidem*, §§ 71-72 (O'REGAN E SACHS J.J., *dissenting*).

li opzioni per sanare la lesione all'eguaglianza, sul presupposto che "l'invalidità della sezione non deriva dall'ingiustificabile limitazione del diritto alla privacy, ma dall'impatto discriminatorio di un divieto che il legislatore *può validamente imporre*"[159]. Pertanto – proseguono i due giudici dissenzienti – "sebbene la depenalizzazione sia una valida opzione per il Parlamento, questa non è l'unica costituzionalmente necessaria. Ciò che si richiede al Parlamento è che, anche qualora scelga di penalizzare la prostituzione, lo faccia in modo non ingiustamente discriminatorio"[160], ad esempio punendo sia il/la *customer* che la/il *sex worker*. *Ex adverso*, i giudici dissenzienti non avrebbero prospettato due possibili rimedi nel caso in cui si fosse riconosciuta la sussistenza di una discriminazione nell'esercizio di libertà fondamentali (privacy, dignità umana, ecc.), perché l'unica alternativa costituzionalmente necessaria e corretta per sanare tale lesione sarebbe stata quella di riconoscere anche agli esclusi il trattamento negato[161].

---

[159] *Ibidem*, § 125.

[160] *Idem*.

[161] Simili conclusioni trovano conferma in *Lawrence v. Texas*, cit., con cui la Corte Suprema americana ha sancito l'illegittimità costituzionale del *sodomy law statute* del Texas che criminalizzava i rapporti sodomitici fra persone dello stesso sesso, ma non anche quelli fra individui di sesso opposto. La Corte ha sottolineato che un possibile approccio per affrontare la questione potesse essere quello di analizzare la questione sotto il profilo – discendente dell'*Equal Protection Clause* – della mera ragionevolezza delle disposizioni impugnate, ma ha preferito mutare il suo *iter* argomentativo rilevando che in tal modo il legislatore statale avrebbe potuto cambiare formulazione estendendo il reato di sodomia anche ai rapporti eterosessuali (cd. *equalizing up*). Pertanto, la *vexata quaestio* da chiarire consisteva nello stabilire se sussistesse o meno un diritto fondamentale ad avere rapporti sodomitici, a prescindere dal sesso (o dall'orientamento sessuale) delle persone coinvolte: "qualora condotte protette sostanzino previsioni penali ed esse stesse non siano analizzate sotto il profilo della loro sostanziale validità, permarrebbe il senso di stigma verso quelle medesime condotte anche qualora esse siano formalmente rispettose dell'*equal protection* […]. Eguaglianza di trattamento e diritto a pretendere il rispetto di condotte protette dalla garanzia sostanziale di libertà implicita nella garanzia del *Due Process* sono collegate sotto importanti aspetti, ed una decisione sull'ultimo punto favorisce entrambi gli interessi".

5.1.1. *Casi di applicazione simulata dell'"equal liberty argument"*

Da un esame complessivo della giurisprudenza costituzionale in materia di orientamento sessuale – non solo delle pronunce della Corte costituzionale, ma anche delle decisioni di altre corti cui spetta in una certa misura il controllo di costituzionalità degli *statutes* e della *common law*[162] – può notarsi che nella fase iniziale di applicazione del *Bill of Rights* alcuni giudici dichiararono l'illegittimità di trattamenti normativi discriminatori – *in primis* di quelli che criminalizzavano la *same-sex sexual activity* – appellandosi all'*equality argument*, omettendo così di specificare espressamente le altre lesioni di libertà fondamentali.

State v. Kampher (*S v K*)[163] fu la prima decisione a sancire il contrasto fra la *common law sodomy offence* e il divieto costituzionale di discriminazione in ragione dell'orientamento sessuale. A seguire la *Witwatersrand High Court*[164] e la Corte costituzionale[165] – quest'ultima in sede di giudizio di conferma (sez. 172(2) cost. finale)[166] – rilevarono l'incostituzionalità di una congerie di norme

---

[162] La sez. 172(2)(a) cost. finale prevede che "[t]he Supreme Court of Appeal, a High Court or a court of similar status may make an order concerning the constitutional validity of an Act of Parliament, a provincial Act or any conduct of the President, but an order of constitutional invalidity has no force unless it is confirmed by the Constitutional Court". Il controllo di costituzionalità della *common law* rientra invece, di norma, nella competenza della Corte Suprema d'Appello e delle Alte Corti.

[163] *S v. K*, cit.; in dottrina si v. P. Gerber, *Case Comment: South Africa: Constitutional Protection for Homosexuals. A Brave Iniziative, But Is It Working?*, in 9 *Australasian Gay & Lesbian Law Journal*, The Federation Press, Auckland, 41-44 (2000); R. Louw, *Sexual Orientation, the right to equality and the common-law offence of sodomy*: S. v. Kampher 1997 (2) SACR 418 (C), in 11(1) *South African Journal of Criminal Justice* 112 (1998).

[164] *National Coalition for gay and lesbian Equality and Others v. Minister of Justice and Others*, cit.

[165] *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Another v. Minister of Justice and other*, cit. (già citato anche come *National Coalition 1*).

[166] Si noti che, conformemente alla sez. 172(2)(a) cost. finale, la *High Court* in *National Coalition for gay and lesbian Equality and Others v. Minister of Justice and Others*, cit., non chiese alla Corte costituzionale di confermare l'invalidità dei *common law crimes* (*sodomy* e *unnatural acts*), ma quest'ultima decise di considerare la compatibilità costituzionale della sola sodomia in quanto questione connessa all'invalidità delle previsioni statutarie oggetto di giudizio (*National Coalition*

incriminatrici l'attività sessuale fra persone dello stesso sesso[167]; ma mentre il primo giudice fece ricorso unicamente all'*equality provision*, il secondo rilevò anche la contestuale lesione della privacy (sez. 14 cost. finale) e della dignità umana (sez. 10 cost finale), appellandosi dunque all'*equal liberty argument*.

A ben notare, il diverso approccio adottato dalle decisioni menzionate è unicamente una questione di forma, giacché tutte rivelano la debolezza dell'*equality argument*, e perciò ristabiliscono l'ordine costituzionale violato ricorrendo nella sostanza all'argomento dell'eguale libertà. L'attivazione in sé e per sé del mero diritto all'eguaglianza di fronte alla legge non consente, infatti, di garantire adeguatamente interessi fondamentali per l'esistenza umana – come quello di intrattenere rapporti sessuali con un partner liberamente scelto anche in rapporto al sesso –, sicché quando la questione di legittimità tocca uno o più diritti fondamentali l'unica alternativa costituzionalmente possibile postula il necessario collegamento fra la sez. 9 cost. finale ed una o più previsioni del *Bill of rights.*

Tale tesi si evince anche da alcune affermazioni contraddittorie presenti in *S v. K*, ove Farlam J., richiamandosi a *R v M* – una decisio-

---

1, cit., §§ 9, 79, 91). Coerentemente, l'Alta Corte che giudicò *S v. K* non riferì alla Corte costituzionale per il giudizio di conferma, perché esso concerneva esclusivamente il *common law sodomy offence.*

[167] Circa la congerie di previsioni che punivano la *same-sex activity* omosessuale – dichiarate tutte incostituzionali in *National Coalition 1* – si rinvia al capitolo successivo. Tutte e tre le decisioni citate escludono che l'incostituzionalità della sodomia implichi la scomparsa di altre fattispecie penali quali l'*indecent assault* – che può comprendere anche l'ipotesi di "male rape" – e l'*immoral and indecent act* intrattenuto con persone minori di età incapaci di esprimere il consenso: in *National Coalition for gay and lesbian Equality and Others v. Minister of Justice and Others*, cit., si specifica che "the law adequately protects the vulnerable as it does in the case of possible homosexual (and heterosexual) exploitation, by, for example, prosecutions for indecent assault or public indecency or contraventions of section 14 or 15 of the Sexual Offence Act". Cfr. anche *National Coalition* 1, cit., §§ 65, 73, 99-105; nel § 98, la Corte costituzionale dichiara coerentemente l'incostituzionalità del *sodomy offence* con effetto retroattivo – dall'entrata in vigore della costituzione transitoria – solo per i *consensual sodomy*, mentre per tutte le altre fattispecie di sodomia si fa decorrere l'illegittimità dalla data del giudizio. Tale rimedio è dettato dalla volontà della Corte di non travolgere il giudicato di condanne relative ad ipotesi di *male rape* o di rapporto sodomitico con minori, e di canalizzare, *pro futuro*, tali fattispecie nell'ambito di altre fattispecie criminali.

ne dell'Ontario *Court of Appeal* in temi connessi alla criminalizzazione della sodomia –, asserisce che "la decisione di Abella J. è significativa […] in quanto affronta la questione sulla base del diritto all'eguaglianza (che è l'antitesi della discriminazione) e non in base alla privacy[168]". In buona sostanza il giudice afferma di riconoscere la plausibilità dell'*equality argiment*, ma siffatta dichiarazione non concorda con alcune inferenze addotte a sostegno della sua tesi. Farlam J., infatti, sostiene di avere maturato le proprie convinzioni soprattutto grazie alla lettura del memorandum preparato da A. Stephen – nella parte in cui "[l'Autore] sostiene che la criminalizzazione della sodomia è in contrasto con la sezione 8(1) [*i.e.* eguaglianza di fronte alla legge] e 13 [privacy] della Costituzione transitoria"[169] –, ovvero dall'attenta considerazione, fra le altre, di tre decisioni della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (*Dudgeon v. United Kingdom, Norris v. Ireland, Modinos v Cyprus*)[170] che, come noto, hanno tutte espresso la contrarietà delle normative penali nazionali in tema di sodomia rispetto all'art. 8 CEDU (diritto alla segretezza nelle scelte di vita familiare).

A quest'ultimo riguardo Farlam J. aggiunge che "[è] vero che le decisioni della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo si sono basate sul diritto alla privacy – sebbene io preferisca […] nel nostro sistema costituzionale fondare la decisione sull'eguaglianza di fronte alla legge –, ma ciò non può influire sul fatto che ci sia un consenso d'opinione chiaro in Europa circa l'ingiustificabilità della criminalizzazione della sodomia tra maschi adulti consenzienti". Così facendo Farlam J. evita di considerare il profilo della privacy nella prima parte del giudizio, quella volta ad accertare la lesione di una o più disposti del *Bill of Rights*, mentre tale profilo è necessariamente considerato al fine di considerare la giustificatezza della limitazione della libertà, giacché la *limitation clause* (sez. 36 cost. finale) impone di considerare "tutti i fattori rilevanti, incluso (a) la natura del diritto". Ma tutto ciò non equivale ad ammettere che vi siano anche altri profili, oltre all'eguaglianza, direttamente coinvolti nella soluzione del

---

168 *S v. K*, cit., § 49.
169 *Ibidem*, § 9.
170 *Ibidem*, § 39.

caso in esame, profili che una decisione sulla costituzionalità di una norma non può almeno nella sostanza ignorare?

Pure in *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Others v. Minister of Justice and Others* (*High Court*), Heher J. – l'estensore della sentenza –, afferma a parole di ricorrere all'*equality argument* per decidere sulla legittimità costituzionale della penalizzazione della *same-sex sexual conduct*, ma proprio nell'eseguire tale vaglio effettua considerazioni che confermano l'impossibilità sostanziale di scindere l'eguaglianza, come diritto, dalla libertà fondamentale che essa intende garantire rispetto a chiunque: "il reato [di sodomia] necessariamente comporta una differenziazione in base all'orientamento sessuale", e tale "reato impedisce la soddisfazione di un *bisogno fondamentale* […], in pericolo di libertà e reputazione, e priva la persona di quegli sfoghi fisici, emotivi e psicologici collegati all'orientamento sessuale di cui, viceversa, i compari eterosessuali possono godere senza alcun ostacolo"[171].

Circa il profilo dell'argomento utilizzato è interessante ripercorrere il ragionamento, indubbiamente macchinoso, seguito da Heher J. in sede di vaglio della costituzionalità di un'altra fattispecie di reato, la *common law unnatural sexual act*. Heher J. afferma che "se si accetta, come io ritengo di essere costituzionalmente vincolato a fare, che l'espressione dell'omosessualità è tanto normale quanto la sua equivalente eterosessuale, e che quindi ha *diritto all'eguale tolleranza e rispetto*", allora è impossibile giustificare siffatta penalizzazione, e "per queste ragioni ritengo che sia ragionevole mantenere in vita la previsione penale, purché adeguatamente ritagliata in modo da soddisfare le pretese costituzionali. Pertanto dichiaro invalida la commissione della *common law unnatural sexual offence* nella misura in cui questa criminalizza atti commessi da un uomo o tra uomini, qualora i medesimi atti non costitui[scano] reato se commessi da una donna, o tra donne o tra uomini e donne"[172]. E giacché Heher

---

[171] *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Others v. Minister of Justice and Others* 1998, cit., § 31 (corsivo aggiunto).

[172] *Ibidem*, §§ 39-40 (corsivo aggiunto); cfr. anche §§ 41-44 in merito alla legittimità della sezione 20(A)(1) del *Sexual Offence Act*, ove l'implicita lesione di un diritto fondamentale emerge anche nella seconda parte del giudizio concernente la *limitation clause*: "[m]oreover, such infringement of dignity as may result from the

J. chiarisce che l'impossibilità di dichiarare l'incostituzionalità generalizzata della fattispecie penale discende dal fatto che questa poteva in ogni caso servire per punire "alcuni atti ripugnanti in conflitto *con la dignità umana*, come alcune perversioni dell'ordine naturale", da ciò stesso si arguisce che le restanti condotte omosessuali, dichiarate incostituzionali dal giudice, sostanziano invece il contenuto di un diritto fondamentale aggiuntivo rispetto all'eguaglianza, quale appunto il diritto alla dignità umana.

Convinto della possibilità di scindere il giudizio di eguaglianza da quello sulla supposta violazione di un diritto fondamentale, Heher J. conclude asserendo che "[i]o non ho, in relazione ad alcuna delle questioni sollevate, preso in considerazione l'ipotetica violazione della privacy custodita nella sezione 14 della Costituzione e la sua possibile giustificazione", ed è quindi "fortunatamente non necessario" decidere in merito a spinose questioni quali l'identificazione "del punto in cui inevitabilmente la privacy è cedevole all'intrusione pubblica" o "se la condotta percepita dal Legislatore (o dai costumi prevalenti) come profondamente immorale, offensiva o perniciosa possa fuggire in ragione della privacy dalla mano intrusiva della legge"[173]. Tali affermazioni confermano l'impossibilità costituzionale di mantenere un rigido approccio separatista fra eguaglianza e libertà fondamentali, perché tale strategia costituisce sovente l'escamotage per vanificare le potenzialità applicative del *Bill of Rights*. L'applicazione di una libertà fondamentale richiede certamente di riflettere intorno ai suoi limiti, ma le questioni ipotetiche su cui Heher J. si interroga lasciano spazio a molteplici ed indefinite conclusioni solo se si interpreta la previsione di libertà in sé e per sé. Collegando infatti la privacy all'inequivoca sez. 9 cost. finale, il diritto

---

violation of the constitutional right may fairly be regarded as off-set by the demeaning manner of the conduct which the applicant say should be legitimised. It seems hardly consistent to invoke human rights legislation developed by and for civilised society in order to justify uncivilised, almost subhuman behaviour. […] In so doing, if I take into account the nature of the infringed rights (which are substantial), the importance of the purpose of the criminalisation of the conduct in question […] I'm not persuaded that the violation of the rights which are inherent in the enforcement of section 20A are justified".

[173] *Ibidem*, §§ 45-46.

di intraprendere rapporti sessuali con persone adulte consenzienti – garantito agli individui eterosessuali in quanto sussunto sotto la privacy – necessita chiaramente di essere riconosciuto a prescindere dall'orientamento sessuale, a nulla valendo le obiezioni d'immoralità sostenute anche dai più.

Pure *Langemaat v. Minister of Safety & Security and others*[174] è annoverabile fra i casi di applicazione simulata dell'*equal liberty argument*. In quel caso la ricorrente – un membro della *South African Police Service* (SAPS) – aveva aderito al *medical aid scheme* del corpo di sicurezza (*Polmed*) disciplinato sia da un apposito regolamento (*Regulation*) autorizzato dal *Police Act 7 of 1958*, sia da uno specifico regolamento interno (*Rule*). A seguito della richiesta della ricorrente di registrare la convivente omosessuale in qualità di "dependant of a member", il direttore del *Polmed* aveva rigettato tale richiesta asserendo che la sez. 30(2)(b) del *Regulation* e la sez. 4.2 del *Rule* consideravano "dependant" solo "il coniuge legale o il vedovo o la vedova o il figlio a carico del membro". Di conseguenza, essendo la convivente omosessuale impossibilitata ad accedere all'istituto matrimoniale, veniva a mancare il vincolo coniugale necessario per rientrare nella categoria del "coniuge legale".

Con *Langemaat* Roux J. dichiara incostituzionali entrambe le disposizioni regolamentari richiamando espressamente solo la sez. 9(3) cost. finale, ma anche in tal caso le argomentazioni giudiziali mostrano, nella sostanza, di conferire rilevo anche a profili sintomatici della lesione del diritto fondamentale alla dignità umana. Dopo aver ribadito che la regolamentazione del *Polmed* esclude arbitrariamente un elevato numero di persone che possono qualificarsi come "dependant" di un membro iscritto, il giudice asserisce che "la sta-

---

[174] *Langemaat v. Minister of Safety & Security and others* 1998 (3) SA 312 (T). In dottrina si v. G. van der Walt, *Gay Rights and Medical Aid Scheme membership* – Langemaat v. Minister of Safety and Security [1998] 2 All SA 259 (T), in 19(1) *Obiter* 193 (1998); M. Beukes, *The recognition of sexual orientation as a ground for (unfair) discrimination: a South African reading:* Langemaat v. Minister of Safety and Security, in 23 *SAYIL* 266 (1998); P. Havenga, *Same-sex unions, the Bill of Rights and medical aid schemes: Langemaat v. Minister of Safety and Security*, in 61(4) *THRHR* 272 (1998); R. Louw, Langemaat v. Minister of Safety and Security 1998 (3) SA 312 (T): *A Gay and Lesbian Victory but a Constitutional Travesty*, in 15(3) *SAJHR* 393 (1999).

bilità e la permanenza delle relazioni omosessuali non è diversa da quella di altre coppie sposate […]. Entrambi i tipi di unione meritano rispetto e protezione […]. Ciò è conforme a quanto stabilito dalla sez. 39(2) della Costituzione e dal suo intento"[175]. Inoltre, aggiunge il giudice, "non è insignificante notare la sez. 35(2)(f) della Costituzione. Questa sezione attribuisce diritti al coniuge e al partner"[176]. Complessivamente considerate siffatte motivazioni alludono alla supposta lesione dell'eguaglianza e della dignità umana, e inaugurano sostanzialmente un filone argomentativo che risulterà meglio sviluppato ed elaborato – nonché espressamente fondato sull'eguale libertà – con *National Coalition 2*[177].

Di *S v. K*, *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Others v. Minister of Justice and Others* (*High Court*) e *Langemaat v. Minister of Safety & Security and others* si condivide l'esito finale, ma si critica la tesi che ritiene plausibile, e rispettoso dello spirito costituzionale, risolvere casi che sottendono l'esercizio di uno o più diritti fondamentali mediante il solo ricorso all'*equality argument*. Nei tre giudizi, infatti, si afferma di dichiarare l'incostituzionalità delle disposizioni discriminatorie impugnate avvalendosi della sola sez. 9(3) cost. finale, ma si adducono, nella sostanza, motivazioni che dimostrano la centralità anche di altri libertà fondamentali, dignità umana e privacy *in primis*.

Può inoltre notarsi che in tutti e tre i casi l'*appropriate relief* individuato dalle Corti consiste nell'estensione "verso l'alto" – *i.e.* alle categorie soggettive escluse – del *benefit* normativo fondamentale precedentemente negato (*equalizing up*). Ciò a riprova che, a parte l'intento dichiarato, i giudici investiti dei tre casi intuiscono la sus-

---

175 *Ibidem*, § 264.

176 *Idem.*

177 In seguito a *Langemaat v. Minister of Safety & Security and others*, cit, il Parlamento ha provveduto ad emanare il *Medical Scheme Act No. 131 of 1998* – in *Republic of South Africa Government Gazette*, vol. 402, Cape Town, 2 December 1998, No 19545 – ed alla sez. 24(2) ha disposto che "[n]o medical scheme shall be registered under this section unless the Council is satisfied that […] (e) the medical scheme does not or will not unfairly discriminate directly or indirectly against any person on one or more arbitrary grounds including […] sexual orientation […]"; si v. Aa.Vv., *Gay Rights. The TDP gives medical aid schemes some food for thought*, in *Employment Law* 15 (May 1998).

sistenza, nella sostanza, di una discriminazione concernente l'esercizio di uno o più diritti fondamentali. L'impossibilità di separare l'eguaglianza dai diritti fondamentali è la diretta conseguenza del fatto che, sia dal punto di vista della persona colpita, sia da quello più vasto della società, cui lo stesso giudice appartiene, si sono verificate due o più violazioni simultanee. Al giudice è richiesto di guardare ai diritti e alle loro lesioni secondo un approccio incentrato sulla persona, e non su una mera formula scelta.

Il diniego dell'eguale rispetto per le differenze, che costituisce il nucleo dell'eguaglianza, diviene sovente la base per ledere altre libertà fondamentali, sicché la vittima può agire lamentando la discriminazione nell'esercizio di un diritto fondamentale. Sono i diritti che si adattano alle persone, e non gli individui che "scelgono" i diritti violati, ed il giudice deve, nolente o volente, prendere atto di tale "fatto". Per assurdo, se Farlam ed Heher JJ. non avessero ragionato nei termini di lesione di un interesse fondamentale, si sarebbe potuto "rimediare" anche estendendo l'applicazione della *common law sodomy offence* e delle altre fattispecie penali a tutti gli orientamenti sessuali, creando un vero e proprio clima di oppressione sessuale. Paradossalmente, in tal modo, si sarebbe apparentemente "rimediato" alla lesione dell'eguaglianza – a tutti (eterosessuali, omosessuali, bisessuali), infatti, sarebbe stato precluso intrattenere rapporti sodomitici –, ma si sarebbe altresì allargata la portata della lesione di uno o più diritti fondamentali, quali la privacy e la dignità umana. Di fronte alla lesione di un diritto fondamentale, pertanto, il ricorso all'*equality argument* può risultare pericoloso e la sua rigorosa applicazione può condurre ad esiti stridenti coi principi costituzionali.

5.2. *"Equal liberty argument" e teoria dei valori costituzionali*

Sino ad ora si è tentato di spiegare perché e come la teoria costituzionale dei diritti abbia portato le corti sudafricane ad individuare un diritto al libero orientamento sessuale ricorrendo necessariamente all'argomento dell'eguale libertà, mentre nulla si è detto, se non incidentalmente, in merito al perché e al come siffatto approdo sia

al contempo frutto di una peculiare teoria dei valori costituzionali. È d'uopo precisare sin da ora, tuttavia, che l'idea di trattare distintamente la teoria costituzionale dei diritti da quella dei valori dipende da ragioni di chiarezza espositiva – ciò consente, tra l'altro, di meglio delineare anche i rispettivi impatti sui test di verifica postulati da ciascuna strategia difensiva del libero orientamento sessuale –, e non da ragioni dogmatiche che sottendono una netta separatezza concettuale fra la categoria dei diritti e quella dei valori.

La parziale sovrapposizione fra le due categorie è intuibile dal *Bill of Rights*, che alla sez. 7 si autodefinisce come "la pietra angolare della democrazia in Sudafrica" che "custodisce i diritti di tutte le persone […] e afferma i valori democratici di dignità umana, eguaglianza e libertà", e più in generale dal sistema complessivo di tutela dei diritti, dal quale si evince chiaramente, stando anche alle recenti affermazioni fatte dall'Alta Corte dell'Eastern Cape, che "la Costituzione […] [è] la legge suprema che definisce e rivela i principi etici che sottostanno a tutte le leggi. Quei principi sono assorbiti e riflessi nei valori che informano i diritti fondamentali custoditi nel *Bill of Rights.* Nell'applicare il *Bill of Rights*, una corte deve promuovere tutti quei valori, e pertanto questa dovrà essere tenace a non accettare un'esclusione o l'eccessiva compressione di un diritto fondamentale nemmeno per effetto di un altro diritto fondamentale, e certamente non per effetto di un atto legislativo. La Costituzione non è quindi soggetta ai canoni di costruzione che governano l'interpretazione degli atti legislativi ordinari. Si richiede un approccio flessibile e sistematico, particolarmente sensibile a tutti i valori e fini costituzionali"[178].

La costituzione del Sudafrica espressamente designa ai valori ruoli e funzioni specifiche. Questi costituiscono la giustificazione fondazionale del nuovo Stato democratico – sez. 1 cost. finale: "[l]a Repubblica del Sud Africa è uno Stato unitario, sovrano, democratico, fondato sui seguenti valori: (a) dignità umana, il raggiungimento dell'eguaglianza e l'avanzamento dei diritti umani e delle libertà" –; rappresentano dei parametri per stabilire la giustificatezza e

---

[178] *Du Perez v. The Minister of Justice and Constitutional Development*, cit., § 18.

ragionevolezza di eventuali limitazioni dei diritti fondamentali – sez. 36 cost. finale: "[i] diritti del *Bill of Rights* possono essere limitati solo nei termini di previsioni normative di applicazione generale la cui portata limitativa sia ragionevole e giustificabile in una società aperta e democratica fondata sulla dignità umana, eguaglianza e libertà" –; sostanziano argomenti di cui l'operatore del diritto deve tenere conto per interpretare sia la costituzione sia l'ordinamento sottostante – sez. 39 cost. finale: "[q]uando si interpreta il *Bill of Rights*, una corte, tribunale o foro – (a) devono promuovere i valori che sottostanno ad una società aperta e democratica fondata sulla dignità umana, eguaglianza e libertà […]. Quando si interpreta ogni legislazione, o quando si sviluppano la *common law* o la *customary law*, tutte le corti, tribunali o fori devono promuovere lo spirito, il significato e i fini del *Bill of Rights*" (sez. 39 cost. finale).

A quest'ultimo riguardo può dirsi che i valori esplicano il loro ruolo *lato sensu* giustificativo penetrando l'attività ermeneutica e *dovendo* divenire, al contempo, parte inscindibile e fondante delle argomentazioni motive degli interpreti[179]. I valori, poi, incarnano dei veri e propri fini istituzionali qualificati cui tutti gli organi devono contribuire a perseguire, incluso il legislatore nell'espletamento della sua attività[180]. I valori operano in più direzioni. S'impongono dall'alto verso il basso, costituendo – come già si è visto – dei "criteri obiettivi volti a limitare le opinioni soggettive dei giudici"[181], oppure determinando la caducazione di leggi o l'inefficacia di condotte pubbliche che rispetto a questi si pongono in diretto contrasto (sez. 172

---

[179] L.E. Weinrib, *Sustaining constitutional values: the Schreiner Legacy*, in 14(3) *SAJHR*, 351 (1998).

[180] *S v Lawrence*, *S v Negal, S v Solberg* 1997 4 SA 1176 (CC), § 179: "the state as the state is animated by the values expressed or implied in the Constitution, and by those alone"; *S v Williams* 1995 3 SA 632 (CC), § 77: "[i]n addressing itself [the State] specifically to punishment, the Constitution ensures that the sentencing of offenders must conform to standards of decency recognised throughout the civilised world".

[181] I.J. Kroeze, *Doing things with values: the role of constitutional value in constitutional interpretation*, in 2 *STELL LR* 270 (2001); secondo l'A. "the constitutional values seems to have taken over the role traditionally reserved for the 'intention of the legislature' in interpretation. This does not mean that the values are or represent the intention of the legislature, but that they fulfil the same function".

cost. finale), e/o che contrastano con i diritti fondamentali in quanto interpretati alla luce di quelli[182]. Ma al contempo i valori irradiano anche dal basso l'attività legislativa, concorrendo assieme alla costituzione alla realizzazione dell'ambizioso progetto di trasformazione sociale[183], sino a divenire dei principi etici esemplari che devono necessariamente contrassegnare non solo l'azione statale ma anche le condotte private. Il *Bill of Rights*, interpretato con la tavola dei valori costituzionali, si applica infatti a tutte le leggi, e vincola il legislatore, l'esecutivo, il giudiziario e tutti gli organi dello stato; vincola in certi casi anche le persone fisiche o giuridiche, e "[q]uando si applica una disposizione del *Bill of Rights* ad una persona fisica o giuridica […] ciascuna corte – (a) al fine di dare effetto al diritto contenuto nel *Bill*, deve applicare, o se necessario sviluppare, la *common law* nella misura in cui la legislazione non dia effetto a tale diritto; e (b) può sviluppare regole di *common law* volte a limitare il diritto, sempre che la limitazione sia compatibile con la sezione 36(1)" (sez. 8 cost. finale).

La costituzione sudafricana compie certamente un passo importante nel fissare il ruolo dei valori, ma ciò solo non esaurisce le numerose questioni problematiche cui l'interprete s'imbatte nel maneggiare ed utilizzare tale categoria normativa. Ciò principalmente perché i valori si esprimono tramite "*standards* vaghi" (Dworkin) da cui possono derivarsi limiti più concreti solo tramite l'ausilio interpretativo di uomini ragionevoli di buona cultura e preparazione giuridica. A scanso di equivoci, il costituente sudafricano ha espressamente chiarito che "[i]l *Bill of Rights* non nega l'esistenza di altri eventuali diritti o libertà riconosciuti o conferiti dalla *common law*, *customary law* o dalla legislazione, nella misura in cui questi siano

---

[182] *Minister of Finance and others v. Van Heerden*, 2004 (11) BCLR 1125 (CC), § 22: "a standard which must inform all law and against which all law must be tested for constitutional consonance" (per un breve commento giornalistico si v. S. Liebenberg, *Justice O'Reagan delivers prestige lecture on equality*, in *Kampusnuus*, 26 August 2004, 4); *S v. Makwanyane and Another*, cit., §§ 302, 307; *Harksen v. Lane NO and Others*, cit., § 64; *S v Mello* 1998 3 SA 712 (CC), § 9.

[183] L. Du Plessis, *The status of legislation and the realisation of constitutional values in the new constitutional dispensation*, in 11(2) *Stell LR,* 192-214 (2000).

compatibili con il *Bill*" (sez. 39(3) cost. finale) – *ergo*, con i valori e i diritti del *Bill* –, fugando così alcuni dubbi circa l'approccio costituzionalmente necessario per risolvere questioni riguardanti limiti posti da diritti controversi.

Oltre a stabilire l'apertura dell'ordinamento a nuove fattispecie di libertà, la sezione 39(3) cost. finale indirizza l'interprete verso un approccio ermeneutico chiaramente evolutivo. Se, infatti, si parte dal presupposto che non può negarsi l'esistenza di diritti diversi rispetto a quelli espressamente elencati nel *Bill*, da ciò stesso si desume l'impossibilità giuridica di determinare le sorti del diritto controverso leggendo le clausole del *Bill of Rights* unicamente secondo l'ottica dell'intenzione originaria di coloro che le hanno adottate (c.d. "originalismo"), perché questa, in principio, non consentirebbe l'enucleazione di diritti fondamentali nuovi rispetto a quelli già garantiti dal *Bill*. Purtuttavia, l'interprete è abilitato ad individuare nuovi diritti fondamentali secondo criteri coerenti e razionali, ossia nel rispetto degli altri diritti fondamentali già riconosciuti nel *Bill* e all'interno di una cornice di concetti valoriali predefinita, la quale – sebbene non escluda la plausibilità di interpretazioni eseguite secondo concezioni ideologiche differenziate – non può certo tollerare modificazioni nella sua impostazione concettuale di fondo[184]. Diritti e valori sono collegati in senso causale, sicché è possibile enucleare nuove libertà fondamentali nella misura in cui queste favoriscano il perseguimento di un fine-valore collettivo (almeno concettualmente) prestabilito.

Di qui il corollario che dietro il disposto che espressamente vincola l'interpretazione giudiziale del *Bill of Rights* ai "valori che sottostanno ad una società aperta e democratica fondata sulla dignità umana, eguaglianza e libertà" (sez. 39(1) cost. finale) risiedano tanto l'idea di una basilare autonomia delle regole costituzionali – a sua volta coessenziale all'idea di supremazia della costituzione (sez. 1 cost. finale) –, quanto la chiara volontà di individuare dall'interno

---

[184] R.M. Dworkin, *I diritti presi sul serio*, G. Rebuffa (a cura di), trad. it. di F. Oriana, Bologna, Il Mulino, 1982, 244: "dobbiamo considerare quelle che ho chiamato 'vaghe' clausole costituzionali in quanto riferentesi ai *concetti* che impiegano, come legalità, uguaglianza e crudeltà".

l'essenza assiologica dell'intero sistema costituzionale, con implicazioni che toccano tutti gli attori del sistema.

Postulare una democrazia costituzionale pluralista, tollerante a modi di essere e forme di condotta differenti, non equivale quindi a negare l'esistenza di un punto di vista *lato sensu* morale giuridicamente rilevante. Nessun cittadino, ad esempio, può rivendicare un diritto fondamentale tramite un appello diretto alla morale generale, perché esistono disposti costitutivi e prescrittivi speciali che individuano il substrato valoriale su cui si erge l'intero sistema, e in cui gli stessi diritti fondamentali trovano una loro coerente ed autonoma giustificazione.

Grazie alla loro proprietà transitiva, i valori costituzionali permeano l'intera legislazione, che non può non accettare i valori costitutivi e prescrittivi del sistema in cui essa stessa opera[185]. Su tal scia, ad esempio, l'*Electoral Commission Act No. 51 of 1996*[186] ha istituito un'apposita commissione elettorale preposta al rafforzamento dei valori democratici[187], attribuendole il potere di rifiutare l'iscrizione nell'apposito registro dei partiti – presupposto, quest'ultimo, essenziale per la partecipazione alla competizione elettorale – a quelle organizzazioni politiche il cui nome, simbolo o manifesto, *inter alia*, "contiene qualcosa che ritrae la propagazione o l'incitamento alla violenza o all'odio, o che può offendere gravemente una parte della popolazione in ragione della razza, genere, sesso, origini etniche,

---

[185] L. Du Plessis, *The status of legislation and the realisation of constitutional values*, cit.; D. D. Tladi, *Breathing constitutional values into the law of contract: freedom of contract and the Constitution*, in 35(2) *De Jure,* 306-317 (2002); P. Du Plessis, *Law of Contract: considerations of equity: constitutional values*, in 35(2) *De Jure,* 385-390 (2002); S.A. Jazbhay, *A threat to constitutional values: the Interception and Monitoring Bill*, in *De Rebus,* 11-12 (2002); G.M. Ferreira, *Constitutional values and the application of the fundamental right to a clean and healthy environment to the private law relationship*, in 6(2) *South African journal of environmental law and policy,* 170-187 (1999). In merito a profili comparati si v. C.M. Fombad, *Protecting constitutional values in Africa: a comparison of Botswana and Cameroon*, in 36(1) *Comparative and International law journal of Southern Africa,* 83-105 (2003).

[186] *Electoral Commission Act No. 51 of 1996*, in *Republic of South Africa Government Gazette*, vol. 376, Cape Town, 4 October 1996, No 17478.

[187] *Ibidem*, sez. 4: "[t]he objects of the Commission are to strengthen constitutional democracy and promote democratic electoral processes".

colore, orientamento sessuale, età, disabilità, coscienza, convinzioni personali, cultura o lingua"[188]. Il divieto di incitare alla violenza e all'odio, posto in capo ai partiti politici, ha seguito la formulazione della sez. 16(2)(c) cost. finale, la quale limita la *freedom of expression* ai casi di "favoreggiamento all'odio a motivo della razza, etnia, genere, religione, e che incitano a causare un danno"[189].

Parimenti, i valori costituzionali – individuati autonomamente dalla norma di riconoscimento – isolano i doveri istituzionali degli organi pubblici dai vincoli morali della società che rispetto ai primi si pongono in aperta contraddizione. A tal stregua, in *National Coalition 1* la Corte costituzionale ha asserito che "separatamente dalla libertà di espressione, sono valori costituzionalmente protetti dalla costituzione del 1996 anche la libertà di coscienza, religione, pensiero, credo e opinione", e che "vi sono persone che con sincerità d'animo, per svariati motivi di natura religiosa e non, non desiderano l'espressione fisica di orientamenti sessuali devianti rispetto a quello permesso dalla legge. Ciononostante è parimenti importante notare che tali visioni, quantunque sinceramente ed onestamente espresse, non possono influenzare ciò che la costituzione detta a proposito delle discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale"[190].

---

[188] *Ibidem*, sez. 16(1)(ii).

[189] Il testo in lingua ufficiale della sez. 16 cost. finale è il seguente: "(1) everyone has the right to freedom of expression, wich includes – (a) freedom of press amd other media; (b) freedom to receive or impart information or ideas; (c) freedom of artistic creativity; and (d) academic freedom and freedom of scientific research. (2) The right in subsection (1) does not extend to – (a) propaganda for war; (b) incitement of imminent violence; or (c) advocacy of hatred that is based on race, ethnicity, gender or religion, and that constitutes incitement to cause harm"; cfr.: A. Theron, *Anty-gay violence and discrimination: the need for legislation against anty-gay hate crimes in the sociopolitically changing South Africa*, in 7(3) *Acta Criminologica* 107 (1994); C. van Wyk, *The constitutional treatment of hate speech in South Africa*, in 18(1) *SAPR/PL* 186 (2003); L. Johannessen, *A Critical View of the Constitutional Hate Speech Provision*, in 13(1) *SAJHR,* 135 (1997); S. Teichner, *The Hate Speech Provision of the Promotion of Equality and the Prevention of Unfair Discrimination Act of 2000: the Good, the Bad and the Ugly*, in 19(3) *SAJHR,* 349 (2003); D. Davis, *Freedom of Expression*, in M.H. Cheadle, D.M. Davis, N.R.L. Haysom (eds.), *South African Constitutional Law*, cit., 217.

[190] *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Another v. Minister of Justice and other* 1999 (1) SA 6 (CC); 1998 (1) BCLR 1517 (CC), § 38; in dottrina si è criticato l'affermazione della Corte laddove ha ritenuto che le "freedom of

Il nodo nevralgico della teoria costituzionale dei valori consiste, dunque, nel determinare fino a che punto si estende la forza dell'isolamento dei *constitutional values* dai valori morali sociali retrostanti, giacché le stesse norme di riconoscimento richiedono un'interpretazione o un'elaborazione ancor prima che il giudice si trovi ad applicarle. Certamente, il giudice deve interpretare gli interstizi dei disposti di riconoscimento a struttura aperta privilegiando fra diverse opzioni interpretative quella capace di "promuovere" (sez. 39(1) cost. finale) i valori fondanti del sistema, al fine di perseguire un plausibile modello ideale di "società aperta e democratica" che, stando all'opinione di Sachs J. in *S v Lawrence, S v Negal, S v Solberg* "deve essere inteso come uno dei caratteri centrali del *Bill of Rights*"[191]. Ma allora la *vexata quaestio* sta a monte: quale concezione ideale di società aperta può, a sua volta, costituire la base giustificativa dell'intero sistema costituzionale?[192]

5.2.1. *La "società aperta e democratica": Bergson contro Popper*

La formula giustificativa e inglobante della "società aperta e democratica" (sezz. 36 e 39 cost. finale) non è incompleta – essa costituisce, al contrario, la norma di chiusura del sistema –; è semplicemente astratta, perché la sua forza d'isolamento dei valori costituzionalmente rilevanti è riposta in un concetto che ammette concezioni differenti.

---

expression […] freedom of conscience, religion, thought, belief and opinion" fossero più propriamente dei *rights* anziché dei *values*: I.J. Kroeze, *Doing things with values*, cit., 270.

[191] *S v Lawrence, S v Negal, S v Solberg*, cit., §146.

[192] Irma Kroeze, dopo avere compiuto una dettagliata analisi delle pronunce della Corte costituzionale emanate durante il quinquiennio 1995-2000, ha efficacemente rilevato la duplice tendenza giudiziale a rintracciare i *constitutional values* sia nel testo costituzionale ("inside of the test") sia *aliunde* ("outside of the text"). Tuttavia, l'Autrice sottolinea che i valori esterni al testo costituzionale "cannot be found just anywhere, but must be located in some objectively ascertainable location", e sottolinea la tendenza giudiziale ad individuare i *constitutional values* in base al concetto di "open and democratic societies" o di "an ideal for a future society that will become open and democratic", o di "standards of decency", "fundamental legal norms" o di "aspiration": I.J. Kroeze, *Doing things with values*, cit., 268-269; cfr. anche D.W. Jordaan, *The open society*, in 64(1) *THRHR* 107 (2001).

L'interprete ha quindi il compito di interrogarsi circa le possibili concezioni, indi scegliere quella che possa giustificarsi all'interno di una coerente teoria costituzionale dei valori, quella che consente al contempo di applicare e costruire fattivamente il sistema.

Per far ciò deve esplorare le culture, le prassi sociali, la storia istituzionale o le filosofie politiche che sottostanno, o che sono inserite o comunque richiamate dalle regole di diritto positivo, sviluppando dunque inferenze che oscillano tra la filosofia dell'intelletto e la realtà del sistema valoriale che egli ha il compito di elaborare. Tale analisi è necessaria per meglio individuare i diritti che i singoli o i gruppi possono avanzare nei confronti della società e delle maggioranze, affinché possa instaurarsi una relazione tra la giustificazione politica secondo cui in materia di diritti tutti gli interessi umani fondamentali devono essere trattati in modo eguale – assurgendo così tutti, egualmente, al rango di libertà fondamentali –, da un lato, e le fattispecie di difficile composizione nei quali non è chiaro l'orientamento da seguire, dall'altro. Se un giudice, per esempio, ritiene che una data libertà sessuale sia un diritto degli individui, allora la medesima libertà deve essere riconosciuta anche ad eventuali categorie di persone escluse che si suppone abbiano quel diritto. Coerenza qui significa, pertanto, coerenza nell'applicazione del valore al quale si fa riferimento, e non semplicemente nell'applicazione della particolare regola di diritto enunciata in nome di quel valore.

Naturalmente il percorso d'indagine può anche non essere così perfettamente scandagliato, perché il senso dei valori può essere semplicemente impiegato senza essere esposto per tappe consecutive; tuttavia, il giudice che affronta una questione in materia di diritti fondamentali deve motivare la sua decisione adducendo argomentazioni coerenti capaci di giustificare il riconoscimento o la negazione del diritto in questione. La formula "società aperta e democratica" diviene, pertanto, un dispositivo concettuale controverso la cui elaborazione consente ad un tempo di meglio enucleare la teoria costituzionale giustificativa dell'intero sistema.

Questa formula compare per la prima volta in un testo costituzionale in Sudafrica, recependo un concetto già elaborato in ambito filosofico. Fu Henri Bergson il primo filosofo ad elaborare la felice locuzione, in *Le due fonti della morale e della religione*. Per Bergson

la società aperta rappresenta un particolare stadio nello sviluppo dell'umanità, la cui essenza implica l'approdo necessario ad uno stato globale inclusivo dell'intera collettività umana. Lo stato globale di Bergson si fonda su concezioni religiose come l'amore e la dignità umana, giacché "[l]a morale del Vangelo è essenzialmente quella dell'animo aperto"[193]. Le società chiuse, d'altro canto, sebbene possano essere geograficamente molto ampie "hanno come essenza quella di includere, in ogni momento, un certo numero di individui e di escludere gli altri"[194]. La differenza tra la società aperta e le comunità chiuse "è di natura e non […] semplicemente di grado […]; ancora oggi, noi amiamo naturalmente e direttamente i nostri genitori e i nostri concittadini, mentre l'amore per l'umanità è indiretto e acquisito. A quelli noi ci rivolgiamo direttamente, a quest'ultima giungiamo soltanto attraverso una svolta, poiché è soltanto attraverso Dio, in Dio, che la religione invita l'uomo ad amare il genere umano; così come è soltanto attraverso la Ragione, nella Ragione, che i filosofi ci fanno guardare all'umanità per mostrarci l'eminente dignità della persona umana, il diritto di tutti al rispetto"[195].

Nonostante l'universalità contrassegni la società aperta, Bergson chiarisce che l'umanità civilizzata "ingloba due cose, un sistema di *ordini*, dettate da esigenze sociali *impersonali*, e un insieme di *richiami* lanciati alla coscienza di ciascuno di noi da *persone*, che rappresentano quanto vi fu di meglio nell'umanità"[196]. Viceversa, "se si ammette una 'mentalità primitiva', in essa si vedrà coincidere il rispetto di sé con il sentimento di una tale solidarietà tra l'individuo e il gruppo che resta presente all'individuo isolato, lo sorveglia, lo incoraggia o lo minaccia, esige, infine, d'essere consultato ed obbedito: alle spalle della società stessa ci sono delle potenze sovrannaturali, da cui il gruppo dipende, e che rendono la società responsabile degli atti dell'individuo"[197].

---

[193] H. Bergson, *Le due fonti della morale e della religione*, a cura di A. Pessina, Roma-Bari, Laterza, 1995, 41.

[194] *Ibidem*, 19.

[195] *Ibidem*, 21.

[196] *Ibidem*, 60.

[197] *Ibidem*, 47.

La concezione olistica della società aperta è certamente un tratto essenziale della teoria di Bergson. "La società aperta" – afferma il filosofo – "è quella che in linea di principio abbraccerebbe l'intera umanità"[198], e quindi per definizione può esserci solo una *open society*, poiché unica è (in linea di principio) l'umanità. Il punto, allora, è stabilire se possa esservi una società aperta entro i confini del sistema statale; la risposta è negativa, dato che questa struttura implicherebbe – stando alla logica bergsoniana – una frammentazione dell'umanità, e quindi osterebbe in principio all'affermazione di una società aperta. Discussioni teoretiche a parte, la concezione bergsoniana è difficilmente adattabile all'ordinamento sudafricano perché la sez. 1 cost. finale precisa che la Repubblica del Sud Africa è uno Stato sovrano unitario. Questa concezione si fonda, inoltre, su una sorta di distinzione religiosa che spinge il filosofo a guardare alla società aperta come al prodotto di un'intuizione mistica – "la società umana quando esce dalle mani della natura"[199]–, idea, pure questa, difficilmente trasponibile nell'ambito di un sistema costituzionale moderno, democratico e pluralistico.

Dopo Bergson – durante la seconda guerra mondiale, quando il Fascismo e il Nazismo sembravano avere la meglio – fu Karl Popper ad elaborare una teoria sul concetto di società aperta, nel noto saggio dal titolo *La società aperta e i suoi nemici*. La sua concezione ben può essere utilizzata per elaborare una teoria dei valori giustificativa dell'intero sistema costituzionale.

Popper definisce la società aperta come una società "che rifiuta l'autorità assoluta di ciò che è meramente costituito e meramente tradizionale e che cerca, nello stesso tempo, di preservare, sviluppare e instaurare tradizioni, vecchie o nuove, che siano all'altezza dei loro criteri di libertà, di umanità e di critica razionale"[200]. Popper conosce la distinzione tracciata in precedenza da Bergson tra società aperta e chiuse, ma sul punto chiarisce che nella sua concezione l'espressione *open society* "indica, per così dire, una *distinzione razionalistica*; la

---

198 *Ibidem*, 196.

199 *Ibidem*, 195.

200 K.R. Popper, *La società aperta e i suoi nemici*, a cura di M. Pera, Roma, Armando Editore, 1993, vol. I, 12.

società chiusa è caratterizzata nella fede nei tabù magici, mentre la società aperta è quella nella quale gli uomini hanno imparato ad assumere un atteggiamento in qualche misura critico nei confronti dei tabù e a basare le loro decisioni sull'autorità della propria intelligenza (dopo discussione). Bergson, invece, ha in mente una *distinzione religiosa*"[201]. Una differenza fondamentale fra la concezione di Popper e quella del suo predecessore riguarda inoltre l'oggetto nei cui confronti la società deve mantenere un atteggiamento d'apertura, che si sposta da un elemento concreto – l'umanità – al mondo degli ideali e dei valori umani. "La mia caratterizzazione della società chiusa come società magica e della società aperta come società razionale critica impedisce naturalmente" – precisa Popper – "di applicare questi termini senza idealizzare la società in esame"[202].

La teoria di Popper non postula l'esistenza di un'unica società aperta, e ad un tempo ben si attaglia alla realtà delle democrazie di transizione: "[l'] atteggiamento magico non è affatto sparito dalla nostra società, neppure nelle più 'aperte' società finora realizzate e ritengo improbabile che possa sparire completamente. Nonostante ciò, sembra sia possibile fornire qualche utile criterio della transizione dalla società chiusa alla società aperta. La transizione ha luogo quando le istituzioni sociali sono per la prima volta consciamente riconosciute come fatte dall'uomo e quando la loro conscia modifica è discussa sotto il profilo della sua convenienza per il conseguimento di fini od obiettivi umani. O, per indicare la cosa in maniera meno astratta, la società chiusa si disgrega quando la sovrannaturale riverenza con la quale l'ordine sociale è considerato cede il posto alla interferenza attiva e al consapevole perseguimento di interessi personali o di gruppo"[203].

L'elaborazione di Popper, inoltre, ben si sposa con l'idea (riflessa in costituzione) in base alla quale il valore della società aperta non può prescindere né da un fondamento giustificativo, per così dire, "razionale" di dignità umana, eguaglianza e libertà – valori che a loro volta realizzano il primo –, né da un loro ragionevole bi-

---

201 *Ibidem*, 284.
202 *Ibidem*, 396.
203 *Ibidem*, 397.

lanciamento per determinare la compatibilità di eventuali compressioni di diritti fondamentali di cui sono espressione (sezz. 36 e 39 cost. finale).

Rispetto al valore di libertà il filosofo adotta visibilmente la concezione milliana: "[i]o sono senz'altro pronto ad accettare che la mia propria libertà di azione sia in qualche misura limitata dallo stato purché possa ottenere la protezione di quella libertà che mi resta, perché so che alcune limitazioni della mia libertà sono necessarie […]. Ma pretendo che non sia perso di vista il fondamentale fine dello stato: intendo dire la protezione di quella libertà che non danneggia gli altri cittadini. Così io chiedo che lo stato limiti la libertà dei cittadini il più equamente possibile e non più di quanto è necessario per attuare una eguale limitazione della libertà"[204].

Accanto al principio di libertà, Popper ritiene che una teoria umanitaria della giustizia includa tanto la pretesa ad una società egualitaria quanto il riconoscimento dei principi generali di individualismo e dignità umana[205]. L'egualitarismo "è la richiesta che i cittadini dello stato siano trattati imparzialmente, è la richiesta che la nascita, i rapporti familiari o la ricchezza non intervengano a influenzare coloro che amministrano la giustizia nei confronti dei cittadini"[206], e può tradursi con la massima aristotelica "uguaglianza per gli uguali, disuguaglianza per i diseguali"[207]. Individualismo invece è il contrario di olismo o collettivismo, e rigetta "il principio che è fine dell'individuo mantenere la stabilità dello stato"[208] o "servire gli interessi del tutto, sia esso l'universo, la città, la tribù, la razza o qualsivoglia altro corpo collettivo"[209]. Collettivismo "non si contrappone a egoismo e non si identifica con altruismo o generosità. […] D'altra parte, un anti-collettivista, cioè un individualista, può nello stesso tempo essere un altruista; può essere pronto a fare sacrifici per aiutare altri individui"[210]. L'individualismo rappresenta una roccaforte nella dife-

---

[204] *Ibidem*, 160.
[205] *Ibidem*, 140.
[206] *Ibidem*.
[207] *Ibidem*, 142.
[208] *Ibidem*, 144.
[209] *Ibidem*, 147.
[210] *Ibidem*, 148.

sa del credo umanitario, una rivoluzione spirituale che ha portato alla disgregazione del tribalismo: "[q]uesto individualismo, unito con l'altruismo, è diventato la base della nostra civiltà occidentale. Esso è la dottrina centrale del Cristianesimo ('ama il prossimo tuo', dice la Scrittura, non 'ama la tua tribù') ed è il nucleo vivo di tutte le dottrine etiche che sono scaturite dalla nostra civiltà e l'hanno stimolata. Esso è anche per esempio, la dottrina etica centrale di Kant ('devi sempre riconoscere che gli individui umani sono fini e che non devi mai usarli come meri mezzi ai tuoi fini')"[211].

Come si è detto la concezione popperiana della società aperta è presentata come una teoria politica razionale, laddove per razionalità s'intende sia la capacità intellettuale di trarre delle conclusioni da premesse date, sia un atteggiamento volto a risolvere il maggior numero di questioni tramite la ragione, piuttosto che mediante l'appello alle emozioni umane o alle passioni. A quest'ultimo riguardo "il razionalismo è un atteggiamento di disponibilità a prestare ascolto ad argomenti critici e ad imparare dall'esperienza. È, in sostanza, l'atteggiameto di chi è disposto ad ammettere che 'Io posso avere torto e tu puoi avere ragione, ma per mezzo di uno sforzo comune possiamo avvicinarci alla verità'. […] Insomma, l'atteggiamento razionalistico o […] l'atteggiamento della ragionevolezza, è molto simile all'atteggiamento scientifico, alla convinzione che nella ricerca della verità è necessaria la cooperazione e che, con l'aiuto del dibattito, possiamo col tempo giungere a qualcosa come l'obiettività"[212].

I due significati di razionalità sono fra loro connessi, e convergono nella questione cruciale di determinare quali elementi possano costituire delle valide premesse normative in una società aperta. In merito Popper chiarisce che "[n]è la natura né la storia possono dirci che cosa dobbiamo fare. I fatti, sia quelli della natura sia quelli della storia, non possono decidere per noi, non possono determinare i fini che ci proporremo di perseguire. Siamo noi che introduciamo finalità e significato nella natura e nella storia. Gli uomini non sono uguali, ma noi possiamo decidere di batterci per l'uguaglianza dei diritti. Le istituzioni umane come lo stato non sono razionali, ma noi

---

211 *Ibidem*, 150.
212 *Ibidem*, vol. II, 296.

possiamo decidere di lottare per renderle più razionali. Noi stessi e il nostro linguaggio abituale siamo, nel complesso, piuttosto emotivi che razionali; ma possiamo cercare di diventare un po' più razionali e avvezzarci a usare il nostro linguaggio come uno strumento non di auto-espressione […] ma di comunicazione razionale. La storia stessa […] non ha alcun fine o senso, ma noi possiamo decidere di conferirle l'uno e l'altro. Noi possiamo fare di essa la nostra lotta per la società aperta e contro i suoi nemici […]; e possiamo interpretarla in maniera conforme"[213].

In buona sostanza si sostiene che le scelte e le interpretazioni normative siano configurabili come atteggiamenti razionali qualora derivino le loro conclusioni non da fatti (o da asserzioni su fatti), benché si riferiscano a questi. "La decisione, per esempio, di opporsi alla schiavitù" – spiega il filosofo – "non dipende dal fatto che tutti gli uomini sono nati liberi e uguali e che nessun uomo è nato in catene. Perché, anche se tutti nascessero liberi, alcuni uomini potrebbero forse tentare di metterne altri in catene e anche credere che sia loro dovere metterli in catene. Insomma, per indicare con più precisione la questione, se consideriamo un fatto come modificabile […] allora noi possiamo adottare un certo numero di atteggiamenti diversi di fronte a questo fatto: più specificamente, possiamo decidere di fare un tentativo per modificarlo; ovvero possiamo decidere di opporci a qualsiasi tentativo del genere; oppure possiamo decidere di non intervenire né in un senso né in un altro"[214].

La lettura popperiana dei concetti di libertà, eguaglianza, individualismo, dignità e razionalità è certamente adattabile alla realtà costituzionale sudafricana, tanto che in *Ferriera v Levin NO* Ackermann J., citando espressamente il filosofo, sostiene che "[una società aperta] è una società i cui le persone sono egualmente libere di sviluppare le loro personalità e capacità, di scovare la loro vera realizzazione, di portare a compimento la loro concezione di umanità e di mettere senza limiti in discussione le radicate convinzioni che pervadono l'ordinamento statale. La 'società aperta' suggerisce l'idea che tutti gli individui siano liberi, singolarmente e in associazione con

---

[213] *Ibidem*, 365.
[214] *Ibidem*, vol. I, 97.

altri, di perseguire nel modo più ampio possibile la loro realizzazione personale, di sviluppare la loro personalità e di maturare una propria concezione di vita buona"[215].

La transizione sudafricana mostra nel complesso come i diritti siano prodotti storici che possono evolversi verso forme più giuste, e che tutti gli attori istituzionali, giudici inclusi, hanno l'obbligo morale e giuridico di partecipare a questo ambizioso processo di trasformazione sociale[216]. L'ordinamento giuridico è composto da norme – afferma Popper – che "*possono* essere fatte e cambiate dall'uomo, più precisamente ad opera di una convenzione o decisione di osservarle o modificarle, e che quindi l'uomo è moralmente responsabile nei confronti di esse; non tanto nei confronti delle norme che scopre esistenti nella società quando comincia per la prima volta a riflettere su di esse, quanto nei confronti delle norme alle quali è disposto a sottomettersi una volta che ha scoperto che può fare qualcosa per modificarle. Le norme sono fatte dall'uomo nel senso che non dobbiamo incolpare nessun altro all'infuori di noi stessi per la loro esistenza; nessun altro: né la natura né Dio. È affar nostro migliorarle nei limiti delle nostre possibilità se troviamo che sono contestabili. Quest'ultima osservazione implica che, definendo le norme come convenzionali, non intendo affatto dire che debbano essere arbitrarie o che un insieme di leggi normative valga esattamente quanto un altro. Affermando che alcuni sistemi di leggi possono essere migliorati, che certe leggi possono essere migliori di altre, intendo piuttosto dire che noi possiamo confrontare le leggi normative (o istituzioni sociali) esistenti con altre norme standard che riteniamo degne di essere tradotte nei fatti. Ma anche questi standard sono una creazione nel senso che la nostra decisione in favore di essi è una decisione tutta nostra e che noi soli portiamo la responsabilità della loro attuazione. Gli standard non si possono trovare in natura. La natura consiste di fatti e di regolarità e non è in se stessa né morale né immorale. Siamo noi che imponiamo i nostri standard alla natura e

---

[215] *Ferriera v Levin NO* 1996 1 BCLR 1 (CC), § 50.

[216] Si veda diffusamente A. Chaskalson, *From wickedness to equality: The moral tranformation of South African Law*, in 1 *Int J Constitutional Law*, 590-609 (2003).

che, in questo modo, introduciamo la morale nel mondo naturale, nonostante il fatto che siamo parte di questo mondo"[217].

5.2.2. *La moralizzazione costituzionale e il bilanciamento costituzionalmente moralizzato*

La prassi applicativa sudafricana conferma l'intuizione, tutta popperiana, in base alla quale i valori espressivi dell'etica umanitaria ed egualitaria dei diritti umani – i pilastri etico-giuridici essenziali alla realizzazione di una società aperta e democratica – "implica[no], in particolare, che le decisioni morali degli altri devono essere trattate con rispetto, finché tali decisioni non entrano in conflitto con il principio della tolleranza"[218]. E, in effetti, dalle decisioni in materia di orientamento sessuale emergono due dati significativi. Da un lato, i valori riflessi in costituzione di eguaglianza, dignità umana e libertà hanno determinato l'isolamento, fra i diversi punti di vista morale radicati nella società civile, di un'etica costituzionale del rispetto per le differenze individuali vincolante i poteri pubblici – etica che, come si approfondirà meglio in seguito, implica anche il riconoscimento del "right to be different". Dall'altro, gli stessi valori hanno segnato il limite di riconoscimento d'interessi espressivi del libero orientamento sessuale rispetto ad altre sfere individuali parimenti garantite dal *Bill of Rights*, con l'effetto di estendere anche alle minoranze sessuali spazi di libertà precedentemente negati a motivo di atteggiamenti istituzionali irrazionali o irragionevoli – nel senso anch'esso popperiano di razionalità o ragionevolezza[219].

---

[217] *Ibidem*, 96.

[218] *Ibidem*, 323.

[219] Prima dell'emanazione della costituzione transitoria, l'orientamento sessuale costituì la ragione della negazione di libertà fondamentali quali la riunione, l'associazione e la manifestazione del pensiero a mezzo stampa stampa: K. Botha, E. Cameron, *South Africa*, in D.J. West, R. Green (eds.), *Sociolegal control of Homosexuality*, cit., *passim*; D. Davis, *Assembly*, in M.H. Cheadle, D.M. Davis, N.R.L. Haysom (eds.), *South African Constitutional Law*, cit., 239; N. Haysom, *Freedom of Association*, in M.H. Cheadle, D.M. Davis, N.R.L. Haysom (eds.), *South African Constitutional Law*, cit., 247.

I predetti fenomeni – che qui si indicano, rispettivamente, con le espressioni di "moralizzazione costituzionale" e di "bilanciamento costituzionalmente moralizzato" – sono eminentemente il frutto di elaborazioni giurisprudenziali. Con moralizzazione costituzionale ci si riferisce all'idea – inaugurata da Sachs J. in *National Coalition 1* – per cui "[c]iò che la Costituzione richiede è che la legge e le istituzioni pubbliche riconoscano la variabilità dell'essere umano e affermino l'eguale rispetto e considerazione che dovrebbe essere mostrato a tutti così come sono. Nella sua essenza, ciò che è statisticamente normale cessa di essere la base per stabilire ciò che è giuridicamente vincolante. Più in generale, l'ambito di ciò che è costituzionalmente normale è esteso sino ad includere la più vasta gamma di punti di vista e di riconoscere, favorire e accettare la più ampia diffusione della differenza. Ciò che diventa normale in una società aperta, dunque, non è un'imposta e standardizzata forma di comportamento che rifiuta di riconoscere la differenza, ma l'accettazione del principio di differenza in sé stesso, che postula il riconoscimento della variabilità del comportamento umano"[220].

L'affermazione di un'etica pubblica in base alla quale ciò che è statisticamente e socialmente normale cessa – a mo' di un isolamento da eventuali contaminazioni, a sfondo intollerante, provenienti dal mondo esterno al diritto costituzionale – di essere la base per stabilire ciò che è giuridicamente vincolante implica che il punto di vista della società civile – *ergo* quello del giudice come membro della medesima – è giuridicamente irrilevante, giacché né le inclinazioni del singolo individuo, né le preferenze soggettive di un singolo o di un gruppo possono costituire la base adeguata di valori giuridici a pretesa universale. Moralizzazione costituzionale non significa dunque assoluta neutralità morale dei valori pubblici – l'impossibilità di trovare un fondamento oggettivo assoluto ai valori espressivi dei diritti umani discende, d'altra parte, dalla connessa impossibilità di individuare una ragione assoluta dotata di evidenza o un concetto univoco di natura umana[221] –, bensì assume il significato – più limitato, ma non per

---

[220] *National Coalition 1*, cit., § 134.

[221] N. Bobbio, *Sul fondamento dei diritti dell'uomo*, in Id., *Il problema della guerra e le vie della pace*, Il Mulino, Bologna, 1979, 121-129.

questo meno pregnante – di necessità di prescindere completamente dalle preferenze del soggetto empirico, e di ricondurre il *proprium* di siffatti valori giuridici al riconoscimento di doveri oggettivi in quanto sovra-individuali e costituzionalmente individuati. Solo così è possibile operare una mediazione, una "scrematura", tra le diverse concezioni soggettive di moralità, scartando quelle che derivano da una percezione meramente personale e scegliendo, all'opposto, quelle intersoggettivamente valide per tutti gli individui coinvolti in una situazione di decisione, ed in tal senso obiettive. Tutto ciò considerato, il riconoscimento dei diritti fondamentali deve avvenire nel rispetto delle differenti condizioni soggettive o delle legittime scelte minoritarie, e al giudice è richiesto di guardare ai diritti e alle loro lesioni secondo un approccio obiettivo incentrato sull'etica del rispetto della differenza, l'unica riflessa in costituzione tramite la formula di chiusura della "open and democratic society".

Un simile approccio – riconducibile all'*equal liberty argument* nella sua accezione assologica, necessariamente collegata all'interpretazione dei diritti riconosciuti dal *Bill of Rights* – è costantemente sullo sfondo della giurisprudenza in tema di orientamento sessuale a partire da *National Coalition 1* sino a *Gory v Kolver*[222], ora pendente innanzi alla Corte costituzionale per il giudizio di conferma. In *Gory* l'Alta Corte di Pretoria è giunta a dichiarare l'incostituzionalità della sez. 1(1) dell'*Intestate Succession Act* dimostrando la plausibilità dell'*equal liberty argument* non solo nella sua accezione di pretesa giuridica soggettiva complessa, ma anche nel suo significato di vincolo interpretativo, costituzionalmente imposto, dei diritti fondamentali alla luce del substrato assiologico che contrassegna una società aperta e democratica fondata eminentemente sui valori, fra loro strettamente connessi, di dignità umana, eguaglianza e libertà. Con *Gory* – emessa prima che acquistasse efficacia la pronuncia *Fourie* della Corte costituzionale circa la legittimità del *same-sex marriage* (1 dicembre 2006) – si dichiara l'incostituzionalità del diritto successorio impugnato nella parte in cui, in caso di successione intestata senza discendenti del *de cuius*, la legge istituisca come

---

222 *Gory v Kolver No and others* 2006 (7) BCLR 775 (T).

erede legittimo il coniuge ma non anche il partner permanente dello stesso sesso nei cui confronti la persona deceduta abbia un dovere di sostegno morale e materiale. Nel far ciò Hartzenberg J. scandisce i seguenti passaggi inferenziali, confermativi della duplice forgia dell'*equal liberty argument* e della loro congiunta operatività: (a) "[p]rima della sentenza *Minister of Home Affairs v Fourie; Lesbian and Gay Equality Project* ci fu un numero abbastanza elevato di decisioni nelle varie corti in cui il diritto costituzionale all'eguaglianza e il diritto a non subire discriminazioni furono interpretati. Il diritto a non subire discriminazioni in ragione dell'orientamento sessuale fu la questione centrale di numerose sentenze"[223]; (b) "[s]i è sino ad oggi ripetuto e ripetuto nelle corti interne che nella nostra attuale società le *same-sex life partnerships* meritano la stessa considerazione dei matrimoni eterosessuali"[224]; (c) per determinare la compatibilità costituzionale della normativa impugnata "è necessario considerare se la sezione 1(1) dell'Act compie una discriminazione a svantaggio del ricorrente. […] la sezione non è incostituzionale solo perché il ricorrente e il *de cuius* potevano aver espresso reciprocamente la volontà di essere governati da un accordo scritto e universale di unione […] ma anche perché, se il ricorrente e il deceduto fossero stati una coppia eterosessuale, la sezione 1(1) sarebbe stata applicabile. Il mero fatto che non si applichi al loro caso significa che essi hanno subito una discriminazione arbitraria"[225].

Per bilanciamento costituzionalmente moralizzato s'intende l'idea in base alla quale la diversità di caratteristiche personali o di stili di vita non può costituire, da sola, un fattore giustificabile e ragionevole di limitazione di un diritto fondamentale *ex* sez. 36 cost. finale. Questo fenomeno è collegato alla moralizzazione costituzionale giacché sintomatico di un tale atteggiamento istituzionale, ma è parzialmente distinto perché non si riferisce genericamente all'interpretazione del *Bill of Rights*, bensì alla valutazione della ragionevolezza di eventuali lesioni. L'antesignano della teoria del bilanciamento costituzionalmente moralizzato è sempre Sachs. J., che in

---

223 *Ibidem*, § 19.
224 *Ibidem*, § 22.
225 *Idem.*

S v Lawrence; S v Negal; S v Solberg elabora tale idea collegando il concetto di società aperta a quello di diversità: "[s]ia la *limitation clause* che la *interpretation clause* affermano le nozioni di una società aperta e democratica come punto primario di riferimento per valutare il *Bill of Rights.* […]. Prova ulteriore dell'importanza attribuita dalla nostra Costituzione per il rispetto della diversità è contenuta nel Postambolo, laddove l'enfasi sulla riconciliazione, al fine di superare le lotte e le divisioni passate, rilevano l'importanza della tolleranza e della reciproca comprensione come uno dei fondamenti del nuovo ordine costituzionale. L'apertura collegata alla diversità presuppone che le persone possano da sole, o unitamente ad altri, esprimere il diritto ad essere differenti nelle convinzioni o nei comportamenti, senza che ciò possa implicare limitazioni nella titolarità di nessuno dei diritti riconosciuti a tutti egualmente nei termini di cittadinanza comune"[226].

Alla luce di tale elaborazione giurisprudenziale si è dunque sostenuto che la costituzione protegge sia coloro che – per motivi morali, religiosi o d'altra natura – criticano e condannano il modo di essere e le condotte omosessuali e bisessuali, sia coloro che le accettano e/o le personificano. Ciononostante la costituzione impedisce che: (a) le concezioni degli eterosessuali, bisessuali, omosessuali possano divenire nello specifico il paradigma normativo esclusivo per il riconoscimento, l'interpretazione o la limitazione dei diritti fondamentali – richiedendosi, invece, un paradigma legale obiettivo rispetto all'orientamento sessuale (*ergo*, intersoggettivamente valido per ogni categoria di orientamento sessuale) –; (b) agli individui l'ordinamento possa richiedere incondizionatamente – pena la inevitabile negazione di un diritto – di conformarsi a norme che presuppongono modi di essere o l'adozione di comportamenti tipici di un particolare orientamento sessuale[227].

---

[226] *S v Lawrence, S v Negal, S v Solberg*, cit., §146-147.

[227] In *Satchwell v.The President of the Republic of South Africa and Another* 2002, cit., § 15, Madala J. afferma che "the respondents' counsel conceded, *correctly in my view*, that permanent same-sex life partners are entitled to found their relationships in a manner which accords with their sexual orientation and further that such relationships ought not to be subject to unfair discrimination" (corsivo aggiunto).

La moralizzazione costituzionale ed il bilanciamento costituzionalmente moralizzato sono fenomeni talora indistinguibili nelle complesse argomentazioni giudiziali. Sovente non è facilmente distinguibile nemmeno il peso dei singoli valori costitutivi della "open and democratic society"[228], specie laddove l'interpretazione e la delicata operazione di bilanciamento richiedono la considerazione di una vasta gamma di interessi potenzialmente in conflitto, se non addirittura di specifici valori aggiuntivi. Lo sguardo volge necessariamente ad ambiti spinosi che implicano l'attenta valutazione d'interessi eventualmente sussistenti in capo specifici soggetti deboli, come ad esempio quelli in capo ai minori nei casi di accesso all'adozione e alla procreazione artificiale, o nei casi di visita o di custodia del minore successivamente alla separazione coniugale.

In merito la sez. 28 cost. finale detta un regime protettivo speciale a tutela dei minori di anni diciotto, stabilendo, alla *subsection* (1), un catalogo di diritti espressamente garantiti – tra cui quello alla "cura familiare o genitoriale, o ad un'appropriata cura alternativa nel caso di rimozione dall'ambiente familiare" – e, alla *subsection* 2, la clausola in base al quale "i migliori interessi del bambino sono di cardinale importanza in ogni questione concernente il minore"[229].

---

[228] In *Du Perez v. The Minister of Justice and Constitutional Development*, cit., § 19, si è affermato che "[c]ertamente tensione può crearsi tra i valori costituzionali. Ciò pone le Corti di fronte a difficili questioni costituzionali – in pratica gran parte del diritto costituzionale è toccato da tali questioni […]. Quelle questioni devono essere risolte nell'ambito del contesto della tensione esistente tra i contrapposti principi costituzionali, avuto riguardo per i valori che realizzano quei principi. Questo esercizio richiede un giudizio valoriale".

[229] Il testo integrale, in lingua ufficiale, della sez. 28 cost. finale è il seguente: "(1) [e]very child has the right – (a) to a name and a nationality from birth; (b) to family care or parental care, or to appropriate alternative care when removed from the family environment; (c) the basic nutrition, shelter, basic health care services and social services; (d) to be protected from maltreatment, neglect, abuse or degradation; (e) to be protected from exploitative labour practices; (f) not to be required or permitted to perform work or provide services that – (i) are inappropriate for a person of that child's age; or (ii) place at risk the child well being, education, physical or mental health or spiritual, moral or social development; (g) not to be detained except as a measure of last resort, in which case, in addition to the rights a child enjoys under section 12 and 35, the child may be detained only for the shortest appropriate period of time, and has the right to be – (i) kept separately from detained persons over the age years; and (ii) treated in a manner, and kept in

Sin da prima dell'entrata in vigore della costituzione finale, il principio del miglior interesse del bambino fu elaborato dalla *common law* nei termini di criterio guida paradigmatico in decisioni concernenti la potestà genitoriale e la custodia minorile; nella pratica applicativa, tuttavia, il giudice era sostanzialmente svincolato da limiti ulteriori nello stabilire quale fosse il miglior interesse del fanciullo, e quindi esercitava un potere discrezionale assai ampio[230]. La sez. 28(b) cost. finale ha certamente recepito il significato valoriale del "migliore interesse del bambino", sicché tale clausola può essere considerata un parametro di legittimità costituzionale, e più in generale un criterio guida volto a condizionare il potere discrezionale dei giudici in decisioni concernenti i minori[231].

---

conditions, that take account of the child's age; (h) to have a legal practitioner assigned to the child by the state, and at state expense, in civil proceedings affecting the child, if substantial injustice would otherwise result; and (i) not to be used directly in armed conflict, and to be protected in time of armed conflict. (2) A child's best interests are of paramount importance in every matter concerning the child. (3) In this section «child» means a person under the age of 18 years".

L'inclusione del principio del "the best interest of the child" è un elemento comune a diverse carte costituzionali africane – si v., ad esempio, l'art. 15 della *Constitution of the Republic of Namibia* e la sez. 34 della *Constitution of the Republic of Uganda* – ed è confermata anche in alcune convenzioni internazionali, come la *Convention on the Right of the Child* (art. 3), adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1989, e l'*African Charter on the Rights and Welfare of the Child* (art. 4). In merito cfr.: C. Breen, *The Standard of the Best Interest of the Child. A western Tradition in International and Comparative Law*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague-London-New York, 2002; A. Barratt, S. Burman, *Deciding the best interest of the child: An international perspective on custody decision-making*, in 118(3) *SALJ* 556 (2001); A. M. Ramolotja, *Determining the best interest of the child*, in 40(1) *Codicillus* 10 (1999); B. de Viliers, *The right o children in international law: guidelines for South Africa*, in 3 *STELL LR* 289 (1993); T.L. Mosikatsana, *Gay/lesbian adoptions and the best interest standard: A critical analitical perspective*, in *Acta Juridica*, Juta, Cape Town, 1996, 114.

[230] E. Heinze, *Sexual Orientation: a Human Right*, cit., 139: "adoption practices are generally left to local authorities, enjoying substantial discretion. Indeed, the very notion of the child's best interests, although subject to minimum human rights standards, will also be tied to local customs".

[231] T. McLaren, *"The best interest of the child": a right or a principle?*, in *Responsa Meridiana*, 2005, 120-121.

A conferma di ciò in *Minister of Welfare and Population Development v. Fitzpatrick and Others*[232], Goldstone J. ribadisce il concetto per cui "la sezione 28(2) richiede che il migliore interesse del bambino abbia cardinale importanza in ogni questione riguardante i minori"[233], ed esprime la necessità di considerare preminenti, e preliminari, il benessere concreto dei soggetti deboli ed in fase di sviluppo rispetto agli interessi – inevitabilmente connessi, ma secondari – degli altri membri familiari, in particolare dei genitori. Simili affermazioni aprono la strada alla Corte per precisare la seconda faccia del "miglior interesse del bambino", da intendersi anche come diritto: "il significato vero scaturente dalle parole indica chiaramente che la portata della sez. 28(2) non può essere limitata ai diritti enumerati alla sez. 28(1), e la sez. 28(2) deve essere interpretata nel senso di estendersi ben oltre queste disposizioni. Questa crea un diritto che è indipendente da quelli specificati nella sez. 28(1)"[234].

La relazione genitori-figli nei termini di pretesa soggettiva è meglio sviscerata in *V v V*[235] – caso concernente la custodia minorile conseguente al divorzio dei genitori – ove Foxcroft J. riconosce che "nei casi di custodia si affronta solo indirettamente il diritto dei genitori. I diritti dei figli sono primari e richiedono di essere protetti, e ben possono verificarsi circostanze in cui i migliori interessi del bambino richiedano che s'intraprenda un'azione benefica per il minore, azione che, tuttavia, nei suoi effetti può toccare i diritti dei genitori"[236]. Il punto di equilibrio tra la legittima pretesa dei genitori e il diritto del minore a vedere realizzati nel modo migliore i suoi interessi è individuato di volta in volta dai giudici sotto il parametro guida del "migliore interesse del bambino", inteso però come valore. Questo implica un mutamento nella concezione di fondo dei rapporti genitori-figli, perché enfatizza il ruolo guida dei genitori nel perseguimento del miglior interesse del minore e non quello di autorità indiscussa, e privilegia l'aspetto dei doveri genitoriali – da

---

[232] *Minister of Welfare and Population Development v. Fitzpatrick and Others* 2000 (3) SA 422 (CC); 2000 (7) BCLR 713 (CC).

[233] *Ibidem*, § 17.

[234] *Idem.*

[235] *V v. V* 1998 (4) SA 169 (C).

[236] *Ibidem*, § 189C.

cui discende il diritto alla "cura familiare o genitoriale" (sez. 28(1) cost. finale – e non quello dei lori poteri sui figli. I genitori sono comunque parte essenziale del rapporto, senza i quali anche il diritto alla cura genitoriale o familiare resterebbe lettera morta. In buona sostanza dalla sez. 28(2) cost. finale si desume, a mo' di corollario, il *favor minoris*, sebbene non possa negarsi a priori l'esistenza di interessi meritevoli di tutela esterni alla sfera soggettiva del minore. In *V v V* si è dunque asserito che "il diritto che un minore possiede di visitare i suoi genitori è in rapporto di complementarietà col diritto dei genitori di visita al minore. […] La visita non sostanzia quindi l'esercizio unilaterale di un diritto da parte del minore, ma realizza parte di una relazione continuativa tra genitori e figli"[237].

Inteso come diritto, il migliore interesse del bambino implica la possibilità che questo possa essere limitato conformemente a quanto stabilito dalla sez. 36 cost. finale. Inteso come valore, invece, il miglior interesse del bambino implica: (a) l'obbligo di considerare l'interesse del minore in ogni questione concernente i minori; (b) l'obbligo di considerare come primario o cardinale l'interesse del minore rispetto a quello dei genitori o di altre parti interessate; (c) l'obbligo di valutare le questioni concernenti il minore in modo da raggiungere un risultato che, in concreto, realizzi l'interesse del minore[238]. Come principio, il migliore interesse del minore crea una

---

[237] *Ibidem*, 189D.

[238] T. McLaren, *"The best interest of the child"*, cit., 125. In *Du Toit and Another v. Minister of Welfare and Population Development and Others*, cit., nell'esaminare la legittimità costituzionale dell'esclusione delle *same-sex couples* dall'adozione congiunta rispetto alle sezz. 28(2), 9 e 10 cost. finale, la Corte ha tradotto la "paramountcy of the child's bests interests" nel duplice imperativo (a) di affrontare previamente le questioni di legittimità che vertono sul rispetto della sez. 28(2) cost. finale (§§ 18-22.), e di valutare solo in seguito – *se mai*, una volta superato il vaglio del rispetto della sez. 28(2) cost. finale – la fondatezza delle rimanenti (§§ 23-29); (b) di considerare prevalente, anche sotto un profilo di diritto *stricto sensu* sostanziale, l'interesse del minore rispetto a quello di ogni altro soggetto coinvolto. Anche in base a tale configurazione, e per il fatto che sia la costituzione, sia il diritto internazionale, si preoccupano prevalentemente di perseguire "il miglior interesse del fanciullo", pare condivisibile l'affermazione secondo cui l'adozione "should be viewed as the child's right to be cared for by the adoptive parents and not as the prospective adoptive parents right to adopt" (J. de Waal, I. Currie, G. Erasmus, *The Bill of Rights Handbook*, cit., 462; cfr. anche B. de Villiers, *The right of children in international law: guidelines for South Africa*, in 3 *STELL LR*

sorta di barriera aggiuntiva a protezione dei diritti del minore, giacché questo pone in capo alle parti coinvolte diverse dal minore l'onere di provare che il loro interesse realizza al contempo anche quello del minore.

Comunque sia inteso – come diritto o come valore –, il miglior interesse del bambino deve essere interpretato in modo da promuovere "i valori che sottostanno ad una società aperta e democratica fondata sulla dignità umana, eguaglianza e libertà", giacché la *interpretation clause* (sez. 39(1)(a) cost. finale) non conosce eccezioni di sorta[239]. A tal stregua, può sostenersi che nelle complesse valutazioni giudiziali la barriera aggiuntiva del miglior interesse del bambino non implica la rilevanza *per se* delle differenti condizioni personali o delle legittime scelte minoritarie protette dai valori di eguaglianza, dignità umana e libertà. Nelle questioni relative ai minori, la missione del giudice è primariamente quella di tutelare il miglior interesse del bambino, sicché l'orientamento sessuale dei genitori – e/o del minore – può divenire oggetto di indagine giudiziale *incidenter tantum*, ma non può *per se* costituire il fondamento della limitazione di diritti soggettivi, perché queste ultime sono costituzionalmente consentite solo se "ragionevoli e giustificabili in una società aperta e democratica fondata sulla dignità umana, eguaglianza e libertà" (sez. 36 cost. finale).

L'unico approccio interpretativo e valutativo che al contempo rispetti i valori di eguaglianza, dignità umana e libertà, da un lato, e il miglior interesse del bambino, dall'altro, implica almeno tre corollari, e cioè che: (a) l'orientamento sessuale non può di per sé costituire un fattore giuridicamente rilevante per le decisioni giudi-

---

302 (1993); T. Mosikatsana, *Gay/lesbian adoptions and the best interest standard*, cit., 115 ss. Heinze nota al riguardo che l'assenza di un vero e proprio diritto all'adozione in capo alla coppia costituisce la ragione principale della discriminazione omosessuale: "[t]here is no correlative right to adopt, even for married heterosexuals couples. There are, of corse, adoption practices; but these are not linked to any right to which a non-discrimination norm can be applied" (E. Heinze, *Sexual Orientation: a Human Right*, cit., 139). Se, tuttavia, questa fosse la ragione principale della discriminazione omosessuale in materia adottiva, l'eguaglianza-valore della costituzione sudafricana parrebbe comunque in grado di influire incisivamente sulle "adoption practices".

[239] M. Pieterse, *Stereotypes, sameness, difference and human right: catch 22?*, in 16(1) *SAPR/PL* 93 (2001).

ziali – non può, ad esempio, negarsi il diritto di custodia del minore al genitore omosessuale, ancor prima di valutare il miglior interesse del bambino; (b) l'orientamento sessuale non può costituire un fattore giuridicamente rilevante per le decisioni giudiziali sulla base della presunzione di un danno per l'interesse del minore – non può, ad esempio, negarsi il diritto di custodia del minore al genitore che, per il fatto di essere omosessuale, ha una relazione affettiva con una persona dello stesso sesso, giacché "se l'ordinamento permettesse a questo diritto di essere limitato in ragione di una presunzione di pregiudizio, allora significherebbe che l'ordinamento medesimo diverrebbe indirettamente il mezzo per realizzare esattamente le stesse condotte lesive da cui, al contrario, gli individui risultano protetti. Ciò significa una sospensione dei diritti individuali, non una limitazione"[240]; (c) che l'orientamento sessuale può costituire un fattore giuridicamente rilevante per le decisioni giudiziali, al pari di altri fattori, qualora esista un nesso tra questo e la determinazione in concreto del miglior interesse del bambino – può, ad esempio, negarsi il diritto di custodia del minore al genitore omosessuale se la relazione affettiva da questi intrapresa con una persona dello stesso sesso determini un ambiente sociale ostile al minore e alla sua crescita serena. In *Du Toit and Another v. Minister of Welfare and Population Development and Others* la Corte costituzionale conferma la validità di questo quadro[241].

Nell'esaminare la legittimità costituzionale dell'esclusione legislativa delle *same-sex couples* dall'opzione dell'adozione congiunta rispetto alle sezz. 28(2), 9 e 10 cost. finale, la Corte in *Du Toit* sot-

---

[240] P. DE VOS, *The Right of a Lesbian Mother to Have Access to Her Children*, cit., 694; si v. anche F. VILJOEN, *Signs of the times: changing attitudes under the new Constitution?*, in 2 *STELL LR,* 232 (1995).

[241] Sul rapporto fra orientamento sessuale e "migliore interesse del bambino" prima della pronuncia *Du Toit and Another* v. *Mister of Welfare and Population Development and Others*, *cit.* si v., in dottrina: E. BONTHUYS, *Awarding access and custody to homosexual parents of minor children: a discussion of* Van Rooyen v. Van Rooyen, *1994 2 SA 325 (W)*, in 3 *STELL LR,* 298 (1994); E. BONTHUYS, *Clean Breaks: Custody, Access and Parents' Rights to Relocate*, in 16(3) *SAJHR,* 486 (2000); P. DE VOS, *The Right of a Lesbian Mother to Have Access to Her Children. Some constitutional Issue*, 111(4) *SALJ,* 687 (1994); D. SINGH, *Discrimination Against Lesbian in Family Law*, in 11(4) *SAJHR,* 571 (1995).

tolinea anzitutto che la sez. 28(1)(b) cost. finale riconosce che molti minori non sono e non possono essere cresciuti dai loro genitori naturali e che, pertanto, la costituzione garantisce loro sia il diritto alla *family care*, che quello alla *parental care*. Ciò evidenzia l'importanza di salvaguardare il benessere del bambino mediante il supporto di una famiglia intesa in senso esteso, sicché l'adozione "è una valida alternativa per garantire ai bambini i benefici della vita familiare che altrimenti costoro non avrebbero"[242].

Matrimonio e famiglia sono pilastri sociali importanti sia per soddisfare i bisogni di "sicurezza, sostegno e compagnia tra i membri della nostra società", sia per favorire la crescita e lo sviluppo dei fanciulli, ma – prosegue la Corte in *Du Toit* – "[n]oi *dobbiamo* affrontare le questioni implicate in questa vicenda accettando il fatto che la vita familiare *così come contemplata dalla Costituzione* può essere garantita in modi diversi e che *le concezioni legali* di famiglia e di ciò che costituisce vita familiare dovrebbero mutare nello stesso modo in cui le prassi sociali e le tradizioni cambiano"[243]. Ciò precisato la Corte afferma che le disposizioni impugnate escludono una coppia – nel caso di specie una coppia lesbica –, potenzialmente capace di fornire supporto morale e materiale al bambino, dal potere adottare congiuntamente un minore, e ciò in aperta violazione della sez. 28(2) cost. finale[244].

---

[242] *Du Toit and Another v. Minister of Welfare and Population Development and Others*, cit., § 18.

[243] *Ibidem*, § 19 (corsivo aggiunto). Si noti che al riguardo la Corte cita, fra le altre, *National Coalition 2*, cit., ove si asserisce che "it is important to emphasize that over the past decades an accelerating process of transformation has taken place in family relationship as well as in societal and legal concepts regarding the family and what it comprises" (§ 47); cfr. *Satchwell v. The President of the Republic of South Africa and Another* 2002, cit., § 12; B. Oomen, *Traditional woman-to-woman marriages, and the Recognition of Customary Marriages Act*, in 63(2) *THRHR,* 274 (2000).

[244] *Du Toit and Another v. Minister of Welfare and Population Development and Others*, cit., §§ 21-22: "the impugned provisions exclude from their ambit potential joint adoptive parents who are unmarried, but who are parents in permanent same-sex life partnership and who would otherwise meet the criteria set out in section 18 of the Child Care Act. Their exclusion surely defeats the very essence and social purpose of adoption which is to provide the stability, commitment, affection and support important to child's development, which can be afforded by suitably qualified persons. Excluding partners in same sex life partnerships from adopting

Dopo aver preliminarmente considerato la lesione della sez. 28(2) cost. finale, la Corte prosegue nella valutazione della lesione delle sezz. 9(3) e 10 cost. finale, ed in merito afferma l'illegittimità delle disposizioni impugnate. La Corte rileva che "tranne che per il loro orientamento sessuale che preclude [alle lesbiche] di contrarre matrimonio, costoro soddisfano i criteri che diversamente le consentirebbero di adottare congiuntamente i minori"[245], e che non riconoscere ad un membro della coppia omosessuale la possibilità di divenire genitore adottivo congiuntamente all'altro partner "perpetua la finzione o il mito dell'omogeneità familiare fondati sul modello un padre/una madre. Ciò ignora lo sviluppo che ha avuto luogo nel paese, incluso l'adozione della costituzione"[246], e contrasta col rispetto della dignità umana ("this failure by the law to recognize the value and the worth of the first applicant as a parent to the siblings is demeaning"[247]).

In ultimo la Corte valuta la ragionevolezza o giustificabilità delle lesioni avvenute nei confronti delle sez. 28(2), 9 e 10 cost. finale – come impone la sez. 36 cost. finale – e ribadisce che il pregiudizio della maggioranza circa la capacità, o meglio l'incapacità, delle coppie omosessuali di adottare bambini non è un motivo ragionevole per giustificare la limitazione delle predette libertà: "che queste unioni [omosessuali] siano state nel passato soggette a discriminazioni ingiuste è un dato emergente dalla nostra storia (e nella storia di molti altri paesi). Tuttavia, la nostra costituzione richiede la cessazione di trattamenti ingiustamente discriminatori nei confronti di tali relazioni"[248].

Nella teoria dei valori spiccano dunque i ruoli "super-fondanti" di dignità umana ed eguaglianza – interpretati come quasi un tutt'uno dall'*equality jurisprudence* sudafricana – giacché essi incidono sulla

---

children jointly where they would otherwise be suitable to do so is in conflict with the principle enshrined in section 28(2) of the Constitution. It is clear from the evidence in this case that even though persons such as the applicants [a lesbian couple] are suitable to adopt children jointly and provide them from family care, they cannot do so".

[245] *Ibidem*, § 26.

[246] *Ibidem*, § 28.

[247] *Ibidem*, § 29.

[248] *Ibidem*, § 32.

portata di altri valori costituzionali. Di qui l'affermazione, contenuta in *Fraser v. The Children's Court, Pretoria North and other*, in base alla quale "non può esserci dubbio che la garanzia di eguaglianza costituisca il cuore della Costituzione. Essa permea e definisce l'essenza etica su cui la costituzione fonda le sue premesse"[249]. Questa capacità permeante dei valori di dignità umana ed eguaglianza si traduce nella centralità dell'etica dell'eguale rispetto delle differenze tipica delle società aperte e democratiche, che a sua volta ha contrassegnato l'interpretazione degli altri valori e di qualunque libertà fondamentale. *Ergo*, si ritorna a confermare la plausibilità della teoria dell'*equal liberty argument* come strategia di tutela di interessi espressivi del diritto al libero orientamento sessuale.

---

[249] *Fraser v. The Children's Court, Pretoria North and other*, cit., § 20.

Capitolo II

ESITI APPLICATIVI DELL'"EQUAL LIBERTY ARGUMENT": L'AFFERMAZIONE DEL DIRITTO AL LIBERO ORIENTAMENTO SESSUALE

For sure, the idea of rights of sexual orientation sounds at least as new and exotic as the idea of rights to peace or development, perhaps more so. Would recognition of rights of sexual orientation, then, further aggravate the trend to expand the concept of human rights so braodly as to destroy all that is specific to it, rendering human rights meaningless? Is this precisely the kind of "evolution" from which human rights law should steer clear? It is worthwile to situate rights of sexual orientation in light of the various kinds of rights that have emerged from the contemporary human rights movement. In this way, we can better understand the newness of sexual orientation as a locus of rights.

Eric Heinze, 1995

What is wrong with two men or two women choosing to love each other, to express phisically their love for each other, to live together, to raise children together? Is it not discrimination against gay, lesbian, and bisexual individuals because of their sexual orientation, rather than same-sex love, that is wrong? Should the right to be free from sexual orientation discrimination be recognized as human right?.

Robert Wintemute, 1995

1. *Il diritto al libero orientamento sessuale come riflesso dell'"equal liberty argument"*

Ad un primo sguardo, i diritti rivendicati dalle minoranze sessuali sembrerebbero rientrare fra quelli di terza generazione, poiché collocabili fra i diritti scaturiti alla fine del ventesimo secolo. Analogamente al diritto alla pace, allo sviluppo compatibile, all'ambiente salubre – tutti di terza generazione –, anche i diritti dell'orientamento sessuale ("rights of sexual orientation") – questa è la locuzione adottata da

Eric Heinze nella citazione riportata in epigrafe[1] – sono sovente contestati e non espressamente contemplati in molti sistemi costituzionali contemporanei. Heinze stesso, tuttavia, riconosce l'impossibiltà di etichettare i diritti dell'orientamento sessuale fra i diritti di terza generazione, sottolineando il fatto che questi siano eminentemente impliciti rispetto alla codificazione della tutela di libertà riconosciute, ovvero che i diritti dell'orientamento sessuale siano rivendicabili nei fori non solo tramite il ricorso all'eguaglianza, bensì anche avvalendosi (trasversalmente) di clausole che riconoscono i diritti della personalità e dignità umana, privacy, libertà personale, coscienza, espressione, associazione, riunione, ed altre ancora[2].

Il diritto ad essere liberi da discriminazioni perpetrate in ragione dell'orientamento sessuale ("the right to be free from sexual orientation discrimination") – questa è, invece, l'espressione utilizzata da Robert Wintemute, anch'essa tratta dalla citazione riportata in epigrafe[3]– si sostanzia, di norma, in un dovere di astensione da parte del potere pubblico. Lo Stato deve quindi consentire a chiunque – eterosessuale, omosessuale, bisessuale – di essere se stesso, d'inverarsi secondo il proprio significato di auto-realizzazione personale, di decidere autonomamente con chi condividere la propria vita affettiva e sessuale, di esprimere liberamente le proprie opinioni, di organizzare pacificamente manifestazioni o parate di ogni tendenza sessuale. Proprio per tali aspetti tipicamente negativi – scriveva Edwin Cameron, nel più volte citato contributo del 1993, ignaro degli sviluppi giurisprudenziali che la sez. 9 cost. finale avrebbe avuto a breve –, "riconoscere a lebiche e gay il diritto a non essere discriminati non lascia presagire alcuna rivendicazione in merito all'allocazione di risorse: nella sua quintessenza questo incorpora un diritto di prima generazione" [4].

---

[1] E. Heinze, *Sexual Orientation: a Human Right. An Essay on International Human Rights Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht-Boston-London, 1995, 79.

[2] *Ibidem*, 85, *passim*.

[3] R. Wintemute, *Sexual orientation and human rights. The United States constitution, the European convention, and the Canadian charter*, Clarendon Press, Oxford, 1995, 1.

[4] E. Cameron, *Sexual Orientation and the Constitution*, cit.

L'esperienza sudafricana conferma certamente l'aspetto – per così dire – conservativo e liberale dei diritti in questione, ma al contempo afferma l'esistenza di un vero e proprio *diritto al libero orientamento sessuale espressivo dei valori di dignità umana, eguaglianza e libertà.* Il diritto al libero orientamento sessuale – locuzione preferibile a quelle coniate da Heinze e Wintemute – include tanto il diritto a non subire discriminazioni lesive della dignità umana, quanto il diritto ad esercitare specifiche opzioni di libertà riconosciute dall'ordinamento per realizzare il proprio concetto di vita umana, aspetti, questi, entrambi fondati sui valori etico-giuridici di dignità umana, eguaglianza e libertà. Il diritto al libero orientamento sessuale implica tanto il dovere statale al rispetto della differenza, quanto i doveri positivi alla sua protezione, promozione e soddisfazione effettiva, sino a sostanziare, in certi casi, anche interessi azionabili direttamente nei confronti di soggetti privati. Le violazioni del diritto al libero orientamento sessuale possono verificarsi sia per mezzo di leggi e regolamenti, sia tramite interpretazioni giudiziali non conformi ai diritti e ai valori costituzionali delle società che, secondo gli insegnamenti di Popper, aspirino ad essere autenticamente aperte e democratiche. Il diritto al libero orientamento sessuale è il frutto del ricorso all'*equal liberty argument*, l'unico argomento costituzionalmente plausibile a tutela d'interessi collegati all'orientamento sessuale; costituisce l'esito applicativo dell'utilizzo congiunto di diritti e valori d'eguaglianza, dignità umana, libertà (privacy, matrimonio, *parental rights* espressivi del miglior interesse del bambino, ecc.). Si è affermato gradatamente, per effetto combinato del costante processo d'allineamento dell'ordinamento legislativo sottostante agli imperativi della costituzione finale e dell'opera fruttuosa della giurisprudenza, entrambi volti eminentemente a smantellare radicate forme discriminatorie a motivo dell'orientamento sessuale.

Ciò considerato, al fine di individuare la portata attuale del diritto al libero orientamento sessuale è anzitutto necessario specificare in quali settori si è debitamente provveduto a liberare le minoranze sessuali da trattamenti inumani, oppressivi e discriminatori. Questo primo esame consentirà di meglio determinare i contorni, e quindi anche le potenzialità, del diritto al libero orientamento sessuale, ciò che permetterà ad un tempo di chiarire anche le relazioni

e le sovrapposizioni esistenti fra questo e le libertà garantite in costituzione. S'intraprenderà dunque l'esame "separato" di ciascun profilo costitutivo dell'*equal liberty argument*, dal cui utilizzo ha preso forma il diritto al libero orientamento sessuale; tale *modus operandi* s'impone unicamente per fini di chiarezza espositiva, giacché, a rigore, la visione complementare che informa l'interpretazione costituzionale dei valori e delle libertà postulerebbe un'analisi unica, sebbene multiarticolata, della giurisprudenza in materia di orientamento sessuale. Da ultimo emergerà la necessità di meglio analizzare una fra le molteplici potenzialità del diritto al libero orientamento sessuale, quella dell'azionabilità di tale diritto nell'ambito delle relazioni interprivate.

2. *Casi di discriminazione ingiusta lesiva del diritto al libero orientamento sessuale*

Le discriminazioni collegate all'orientamento sessuale possono distinguersi in quattro fattispecie:

1. discriminazioni e trattamenti degradanti in ambito penale, che criminalizzano la *same-sex sexual activity*;
2. altre discriminazioni e trattamenti degradanti a danno di *gay, lesbian and bisexual individuals*;
3. altre discriminazioni e trattamenti degradanti a sfavore delle *same-sex couples*;
4. altre discriminazioni e trattamenti degradanti operanti nei confronti dei *gay, lesbian and bisexual parents* (come singoli, o come coppia)[5].

L'ordinamento sudafricano, specialmente quello anteriore all'emanazione della costituzione finale, ha conosciuto molteplici esempi di trattamenti normativi discriminatori a motivo dell'orientamento sessuale, e l'entrata in vigore della nuova cornice costituzionale ha consentito, sia ai giudici che al legislatore, di interveni-

---

[5] Classificazione ripresa da R. Wintemute, *Sexual Orientation Discrimination*, in C. McCrudden, G. Chambers (eds.), *Individual Rights and the Law in Britain*, The Law Society-Clarendon Press, Oxford, 1994, 498.

re con strumenti diversi e sull'orma di una leale collaborazione per sanare il *gap* tra la legge suprema ed il diritto sott'ordinato (*statutory law* e *common law*)[6]. I giudici hanno in molti casi dichiarato l'incostituzionalità di trattamenti normativi discriminatori e lesivi del diritto al libero orientamento sessuale[7], ed il legislatore ha reagito adottando sovente un paradigma legislativo neutrale rispetto alle molteplici tendenze. Certamente il processo di allineamento ai nuovi principi costituzionali non può mai dirsi concluso, tanto che ancora si sottolinea la permanenza di fattispecie ingiustamente discriminatorie (ad esempio in tema complesso di *age of consent* all'attività sessuale). Parimenti, la portata del diritto al libero orientamento sessuale è suscettibile di ridefinizioni future.

2.1. *Discriminazioni e trattamenti degradanti in ambito penale che criminalizzano la "same-sex sexual activity"*

Le fattispecie penali che criminalizzavano la *same-sex sexual activity*, in vigore anche al momento della transizione costituzionale, erano molteplici e di diversa natura. Nella *common law sodomy offence* si includevano "le relazioni sessuali anali intenzionali e illegittime tra due uomini"[8], e il reato di sodomia colpiva il rapporto anale fra due maschi adulti consenzienti, a prescindere dal fatto che fosse commesso in luogo pubblico o privato, mentre non penalizzava il rap-

---

[6] La sez. 8(1) cost. finale dispone l'applicabilità del *Bill of Rights* nei confronti di qualunque fonte normativa, inclusa la *common law*: "[t]he Bill of Rights applies to all law, and binds the legislature, the executive, the judiciary and all organs of state".

[7] In base all'art. 172(2)(a), i soli giudici competenti a dichiarare l'incostituzionalità di "an Act of Parliament, a provincial Act or any conduct of the President" sono la *Constitutional Court*, la *Supreme Court of Appeal*, e le *High Courts*. In particolare, la Corte costituzionale ha il compito di confermare "an order of constitutional invalidity" adottato dalle altre due giurisdizioni.

[8] K. Botha, E. Cameron, *South Africa*, in D. J. West, R. Green (eds.), *Sociolegal control of Homosexuality*, cit., 6; J. Burchell, J. Milton, *Principles of criminal law*, 2nd ed., Juta & Co Ltd, Ndabeni Western Cape, 1997, 632. Entrambi gli Autori descrivono lo sviluppo storico di tale *common law crime*, a partire dal *Roman-Dutch common law*.

porto anale eterosessuale[9]. Il trattamento discriminatorio dell'omosessualità maschile era ulteriormente aggravato dall'inclusione della sodomia fra i reati compresi nella *Schedule 1* del *Criminal procedure Act No 51 of 1977*, nonché nella *Security Officers Act Schedule* del *Security Officers Act No 92 of 1987* – per i quali si disponeva un trattamento processuale penale di minor favore e differenziato rispetto a quello previsto per fattispecie penali non menzionate[10]. Le condotte sessuali diverse dalla sodomia erano inoltre punite dalla *common law unnatural sexual acts*, che la giurisprudenza interpretò nel senso di vietare atti consensuali tra soli maschi[11] quali la masturbazione reciproca[12], la *fellatio*[13] ed il rapporto intercrurale[14] – mentre le stesse pratiche in versione eterosessuale erano completamente escluse dal-

---

9 *R. v. N* 1961 3 SA 147 (T); *R.v. M* 1969 1 SA 328 (R); *S v. H* 1993 (2) SACR 545 (C).

10 Gli effetti di siffatta inclusione si dimostravano particolarmente vessatori e contrari alla dignità umana; fra questi ricordiamo che: (a) ogni persona su cui pendeva l'accusa di sodomia poteva essere obbligata a rilasciare le proprie impronte digitali, palmari e dei piedi alle autorità di polizia; (b) ciascuno poteva essere arrestato dal *peace officer*, o anche da un privato cittadino con o senza mandato giudiziale, ogniqualvolta vi fosse il ragionevole sospetto di commissione di atti sodomitici; (c) l'autorizzato ad arrestare il sospettato di sodomia poteva anche procedere alla sua uccisione, se si fosse rivelato l'unico mezzo possibile per catturarlo o per impedirne la fuga; (d) l'accusato di un reato non poteva avvalersi della libertà provvisoria accordata mediante pagamento della cauzione (*bail*) se il giudice riteneva probabile la commissione di atti sodomitici – al fine della valutazione del *fumus commissi delicti* il giudice poteva tenere conto anche della mera "predisposizione psicologica" dell'accusato –; (e) ogni testimone che provava la commissione del reato di sodomia godeva di una particolare protezione; (f) lo Stato poteva violare la segretezza della corrispondenza postale e delle comunicazioni telefoniche per compiere indagini concernenti la sodomia; (g) il sodomita era interdetto di svolgere la mansione del *security officer*; se costui rivestiva tale carica al momento della condanna era disposta la sua cancellazione dall'albo degli agenti e l'applicazione di una responsabilità disciplinare aggiuntiva. Cfr.: *National Coalition 1*, cit., §§ 7-8, 10-12; M. Gevisser, E. Cameron, *Defiant Desire*, cit.; A. Pantazis, *The homosexual panic and gay advance defense*, in 10 *South African Journal of Criminal Justice,* 85 (1997).

11 *S v. Matsemela* 1988 2 SA 254 (T), 258E.

12 *R. v. Curtis* 1926 CPD 385 (387: qui si definisce la masturbazione reciproca "filthy" e "disgusting"); *S v. V* 1967 2 SA 17 (E).

13 *R. v. K & F* 1932 EDL 71.

14 *R. v. Gough and Narroway* 1926 CPD 159: è un reato "[a]ny gratification of sexual acts in a manner contrary to the order of nature" (161).

la fattispecie penale in oggetto[15]. Da ultimo la sez. 20A(1) del *Sexual Offences Act No 23 of 1957* ("Acts committed between men at a party and which are calculated to stimulate sexual passion or to give sexual gratification, prohibited") – a sua volta introdotta dalla sez. 3 dell'*Act No 57 of 1969*[16] – disponeva che "(1) un maschio che commetta assieme ad un altro maschio presente ad una festa qualunque atto volto a stimolare la passione sessuale o a fornire gratificazione sessuale è ritenuto colpevole di reato. (2) Ai fini del comma 1 'una festa' significa ogni occasione in cui siano presenti più di due persone. (3) La norma contenuta al comma 1 non deroga la *common law*, nè altra norma contenuta nel presente *Act* o ogni altra norma legislativa". Le condotte punibili da quest'ultimo erano molteplici, in parte già sanzionate dalla *common law*, ma accorta dottrina sottolineò che il *target* principale della sua applicazione era quello di "annientare le riunioni omosessuali"[17], colpendo condotte la cui commissione doveva avvenire necessariamente "at a party"[18].

Tutte le fattispecie penali sin qui analizzate sono state dichiarate illegittime dalla Corte costituzionale in *National Coalition* 1. Ad oggi resta in vigore la "sospetta" sez. 14 *dell'Immorality Act* (in seguito divenuto *Sexual Offence Act*), sospetta perché innalza l'*age of consent* del solo rapporto sessuale omosessuale sul presupposto di una maggiore pericolosità od immoralità: "ogni maschio che (a) abbia o tenti di avere rapporti carnali illegittimi con una donna minore di anni 16; o (b) commetta o tenti di commettere con tale donna o con un maschio minore di 19 anni un atto osceno e immorale; o (c)

---

[15] *R. v. N*, cit.; *R. v. K & F*, cit.; *R.v. M*, cit.

[16] La fattispecie penale statutaria fu la reazione della classe politica ad un noto episodio di cronaca del 1966, che rivelò la partecipazione ad una festa omosessuale di molti esponenti della "società-bene" bianca di Johannesburg, provocando scandalo nazionale; v. K. Botha, E. Cameron, *South Africa*, in D.J. West, R. Green (eds.), *Sociolegal control of Homosexuality*, cit., 23.

[17] B.D. van Niekerk, *The "Third Sex" Act*, 87 *SALJ* 89-90 (1970).

[18] E. Cameron, *Unapprehended Felons': Gays and lesbians and the law in South Africa*, in M. Gevisser, E. Cameron (eds.), *Defiant Desire*, cit., 89-98; G. Retief, *Keeping Sodom out of the Laager*, in M. Gevisser, E. Cameron, *Defiant Desire*, Routledge, New York-London, 1995, 99; K. Botha, E. Cameron, *South Africa*, in D.J. West, R. Green (eds.), *Sociolegal control of Homosexuality*, cit., 5-42; K. Botha, E. Cameron, *Sexual privacy and the Law*, in *South African Human Rights Yearbook 1993*, Centre For Socio-Legal Studies University of Natal, Durban, 1994, 219.

solleciti o induca tale donna o maschio alla commissione di un atto osceno o immorale, è ritenuto colpevole di reato"[19].

2.2. *Altre discriminazioni e trattamenti degradanti a sfavore di "gay", "lesbian" e "bisexual individuals" (rinvio)*

In questa categoria rientrano gran parte delle fattispecie discriminatorie che omosessuali e bisessuali subiscono nell'ambito dei rapporti interprivati, *in primis* nel settore lavorativo e nei servizi sociali[20]. Per queste ragioni si rinvia alla disamina della sez. 9(4) cost. finale e della legislazione attuativa.

---

[19] Previsioni analoghe sono previste alla sez. 14(3) dell'*Immorality Act* con riferimento al soggetto attivo "any female". Sulla sospetta incostituzionalità di siffatte norme si v., A. Pantazis, *Lesbian and gay youth in law*, in 117(1) *SALJ,* 51 (2000); R. Louw, *Sexual Orientation, criminal law and the Constitution: privacy versus equality*, in 11(3) *South African Criminal Justice* 376 (1998); E. Cameron, *Sexual Orientation and the Constitution: a Test Case for Human Rights*, 110 *SALJ,* 454 (1993). Cameron evidenzia che dall'interpretazione sistematica dei disposti si desume altresì che la proibizione eterosessuale è limitata all'avere o al tentare di avere "unlawful carnal intercorse" con persona di sesso opposto minore di anni 16, o all'indurre costui "to the commission of an immoral or indecent act", mentre nel caso di condotta omosessuale il divieto è esteso anche alla consumazione (o al tentatativo) di ogni "immoral and indecent act". In tal modo "the effect is that merely committing or attempting to commit an immoral or indecent heterosexual act (short of intercourse) with an under-age boy or girl is not punishable unless solicitation or enticement is present". Sulla sez. 14 summenzionata la Corte costituzionale ha preferito non esprimere giudizi di conformità o non conformità al dettato costituzionale, ma il solo fatto che si sia posta il dubbio sembra lasciare presagire una risposta affermativa: v. *National Coalition 1*, cit., § 71: "[w]hile refraining from any comment, one way or the other, on the constitutional validity of the age limits or differential age limits prescribed in section 14 of the Sexual Offences Act, it must be pointed out that its provision do protetect persons below a certain age against both heterosexual and homosexual acts of a proscribed nature being performed with them". Recentemente il legislatore sudafricano e la *South African Law Commission* hanno proposto di parificare l'*age of consent* per qualunque tipo di rapporto, eterosessuale ed omosessuale, in ottemperanza ai disposti costituzionali. *Criminal Law (Sexual Offences) Amendment Bill*, in *South Africa Government Gazette*, No 5282, 30 july 2003.

[20] Sono incluse anche le discriminazioni circa l'accesso al servizio militare: cfr. D. Conway, *'Every Coward's Choice'? Political Objection to Military Service in Apartheid South Africa as Sexual Citizenship*, in *Citizenship Studies*, 2004, 8(1), 25-45.

2.3. *Altre discriminazioni e trattamenti degradanti a sfavore delle "same-sex couples"*

Analogamente ad altri ordinamenti, una discriminazione normativa che per secoli ha continuato ad affliggere le coppie dello stesso sesso sudafricane è stata certamente il mancato riconoscimento del *diritto al matrimonio*. La recente estensione del matrimonio alle coppie dello stesso sesso è l'esito finale di un'intricata vicenda giudiziale, che vede l'applicazione della nuova cornice costituzionale.

In origine, la *High Court* del Transvaal rigettò un ricorso concernente la legittimità costituzionale della *common law definition of marriage*, rilevando preliminarmente vizi di carattere processuale[21]. A fronte di ciò le ricorrenti – due lesbiche unite in una *permanent same-sex relationship* – adirono direttamente la Corte costituzionale chiedendo che la loro unione fosse riconosciuta ai sensi del *Marriage Act No 25 of 1961*, e che questa venisse registrata civilmente come matrimonio. La loro domanda fu rigettata dalla Corte costituzionale giacché la richiesta appariva "essere fondata sull'assunto che, sin dall'entrata in vigore della costituzione, la norma che impediva a due persone dello stesso sesso di contrarre matrimonio fosse stata sviluppata al fine di garantire il rimedio richiesto, o che la medesima dovesse essere sviluppata in accordo con lo spirito, significato e obiettivi del Bill of Rights"[22], presupposti, questi, entrambi erronei

---

[21] *Fourie and Bonthuys v. Minister of Home Affairs and Another*, Case No 17280/2002, 18 October 2002, (Roux J., *High Court – Transvaal Provincial Division*); per un commento si v. J. Church, *Same-sex marriage – a matter of procedure?*, in *De Rebus*, 47 (May 2003); sul complessivo sviluppo della vicenda giurisprudenziale intorno al *same-sex marriage* cfr. http://www.equality.org.za/press/2004/08/22ssmar.php (06-02-2004).

[22] *Fourie and Bonthuys v. Minister of Home Affairs and Another*, 2003 (10) BCLR 1092 (CC); 2003 (5) SA 301 (CC), § 2. La medesima Corte rilevò al contempo che "this appeal is likely to raise complex and important questions of the legal conformity of our common law and statutory rules of marriage in the light of our Constitution and its resultant jurisprudence. Marriage and its legal consequences sit at the heart of the common law of persons, family and succession and of the statutory scheme of the Marriage Act. Moreover marriage touches on many other aspects of law, including labour law, insurance and tax. These issues are of importance not only to the applicants and the gay and lesbian community but also to society at large. While considerations of saving costs, and of 'an early and definitive

essendo al tempo della decisione ancora vigente la definizione tradizionale di matrimonio. La questione dello sviluppo della *common law definition of marriage* giunse dunque alla Corte Suprema d'Appello[23], la quale – nel primo *marraige case* sudafricano di risonanza internazionale, tale *Fourie and Another v. Minister of Home Affairs and Other*[24] – addivenì all'estensione dell'istituto matrimoniale nel senso di consentirne l'accesso anche a due persone dello stesso sesso. Da ultimo, con una lunga sentenza del primo dicembre 2005 – *Minister of Home Affairs and Another v. Fourie and Others*; *Lesbian and Gay Equality Project and Others v. Minister of Home Affairs and Others*[25] (di qui in avanti semplicemente *Fourie*) –, la Corte costituzionale sudafricana ha definitivamente sancito l'incostituzionalità della mancata inclusione delle coppie dello stesso sesso dal

---

decision of the disputed issues' are themselves weighty, they should not oust the important need for the common law, read in the light of the applicable statutes, to develop coherently and harmoniously within our constitutional context. The view of the SCA [Supreme Court of Appeal] on matters that arise in the appeal are of considerable importance […] In my view, the interests of justice require that this appeal be heard first by the SCA".

[23] In *Amod v. Multilateral Motor Vehicle Accidents Fund* 1998 (4) SA 753 (CC); 1998 (10) BCLR 1207 (CC), § 33, la Corte costituzionale aveva ritenuto che lo "sviluppo della *common law*" rientrasse propriamente nella giurisdizione della Suprema Corte d'Appello: "when the constitutional matter involves the development of the common law […] the Supreme Court of Appeal has jurisdiction to develop the common law in all matters including constitutional matters. Because of the breadth of its jurisdiction and its expertise in the common law, its view as to whether the common law should or should not be developed in a 'constitutional matter' are of particular importance. Assuming, as Mr Omar contends, that this Court's jurisdiction to develop the common law in constitutional matters is no different to that of the Supreme Court of Appeal, it is a jurisdiction which ought not ordinarily to be exercised without the matter having first been dealt by the Supreme Court of Appeal" (per un commento di *Amod case* si rinvia a N.M.I. Goolam, *The "Potentially Polygamous" Saga: When will it end?* – Amod v Multilateral Motor Vehicle Accidents Funds (Commission of Gender Equality Intervening), in 63(3) *THRHR,* 522 (2000)).

[24] *Fourie and Another v. Minister of Home Affairs and Others*, 2005 (3) BCLR 241 (SCA); 2005 (3) SA 429 (SCA); per un commento più ampio si rinvia a M. Montalti, *La battaglia legale per il same-sex marriage in Canada e Sudafrica: eguaglianza e dignità umana versus libertà religiosa*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 6, 2004, 4819-4833.

[25] *Minister of Home Affaire and Another v. Fourie and Others*; *Lesbian and Gay Equality Project and Others v. Minister of Home Affairs and Others*, 2006 (3) BCLR (CC).

matrimonio civile. Dei dodici giudici componenti il collegio, solo Kate O'Regan J. ha parzialmente dissentito dalla *majority opinion* di Sachs J., mostrando disaccordo, peraltro, unicamente sull'individuazione del rimedio finale, ma non sui motivi determinanti l'incostituzionalità.

La decisione finale della Corte costituzionale presenta natura eterogenea, giacché le questioni sollevate, pur essendo tutte inerenti ai profili di costituzionalità dell'esclusione delle *same-sex couples* dal matrimonio, traevano origine da due distinti contenziosi entrambi riuniti per ragioni sostanziali e processuali di fronte al giudice costituzionale. Da un lato, infatti, su appello della nota decisione *Fourie* della *Supreme Court of Appeal* (dicembre 2004), la Corte dichiara l'incostituzionalità della definizione di matrimonio elaborata dalla *common law* nella misura in cui questa non consenta alle coppie dello stesso sesso di beneficiare dello *status* giuridico e dei diritti-doveri riconosciuti, *ex adverso*, alle coppie eterosessuali. Diversamente dalla decisione *Fourie* della Corte Suprema d'Appello, la Corte costituzionale si limita a dichiarare l'incostituzionalità della *common law definition of marriage*, senza tuttavia sviluppare tale definizione alla luce dei nuovi valori costituzionali[26]. Dall'altro, poi, su istanza presentata in origine alla *High Court* di Joannesburg (luglio 2004), e successivamente in via diretta alla Corte costituzionale dall'*Equality Project* e da diciotto individui omosessuali desiderosi di convolare a nozze, Sachs J. sancisce l'incostituzionalità della sez. 30(1) del *Marriage Act* che, pur non definendo il matrimonio *per se*, imponeva al celebrante di pronunciare una formula coniata secondo il paradigma eterosessuale, escluden-

---

[26] A tal riguardo – afferma la Corte costituzionale in *Minister of Home Affaire and Another v. Fourie and Others*; *Lesbian and Gay Equality Project and Others v. Minister of Home Affairs and Other*, cit., § 119 –, "it is important to note that the SCA decision in *Fourie* that has been appealed against, has been overtaken and to a considerable extent superseded by our decision to hear the *Equality Project* case at the same hearing. The challenges to the common law definition and to the Marriage Act now fall to be considered together and in a comprehensive rather than a piecemeal way. This enables the Court to develop a less attenuated remedy than was available to the SCA. The challenge now mounted by the Equality Project to the Marriage Act means that the question of whether and how to develop the common law need no longer be answered narrowly as an indipendent and abstract matter separately from how to respond to the defects of the Marriage Act".

do così, *de facto*, le coppie composte da persone dello stesso sesso dall'istituzione civile. La Corte tuttavia ritiene costituzionalmente necessario, in ossequio alla dottrina della separazione dei poteri, sospendere entrambe le dichiarazioni d'incostituzionalità per dodici mesi, ovvero per il tempo ritenuto sufficiente affinché il Parlamento possa approvare i necessari adeguamenti legislativi in materia di diritto matrimoniale. Il 14 novembre 2006 il parlamento ha colmato il *gap* tramite l'approvazione del *Civil Union Act No 17 of 2006*, ma stando al provvedimento della Corte costituzionale in caso di inerzia parlamentare sarebbe scattato, il primo giorno del dicembre 2006, l'automatica correzione del *Marriage Act* nel senso di includere nella formula matrimoniale, dopo i *nomina* di "moglie" e "marito", anche il termine – sessualmente neutro – di "coniuge". Ciò, inevitabilmente, avrebbe determinato anche la modifica della definizione di matrimonio presente nella *common law*[27].

Prima della dichiarazione d'incostituzionalità del mancato riconoscimento alle coppie dello stesso sesso del *diritto al matrimonio*, la giurisprudenza affrontò ipotesi di discriminazione circa i *diritti del matrimonio*, ossia circa una gamma nutrita di singoli *benefits* legali conseguenti al matrimonio di cui, tuttavia, le coppie omosessuali non potevano avvantaggiarsi essendo escluse, a prescindere da una loro scelta, dal rapporto civilie di coniugio[28].

L'ordinamento sudafricano non consentiva, ad esempio, al partner straniero di ottenere l'*immigration permit* necessario per ricongiungersi col *same-sex partner* sudafricano, o permanentemente residente in Sudafrica. La sez. 25(5) dell'*Aliens Control Act No 26 of 1991* – dichiarata incostituzionale in *National Coalition 2* – attribuiva infatti ad una speciale commissione locale il potere di produrre

---

[27] Per un commento critico della decisione si rinvia a M. Montalti, *Il felice epilogo del* same-sex marriage *in Sudafrica*, in *Quaderni costituzionali*, 2006, 2, 344-347.

[28] *Satchwell v. The President of the Republic of South Africa and Another* 2002, cit., § 16: "[s]ame-sex partners cannot be lumped together with unmarried heterosexual partners without further ado. The latter have chosen to stay as cohabiting partners for a variety of reasons […] without marrying although generally there is no legal obstacle to their doing so. The former cannot enter into a valid marriage".

tale permesso solo previa domanda "del *coniuge* di una persona permanentemente e legalmente residente nella Repubblica", mentre negava tale *benefit* a coloro che non potessero qualificarsi come "spouse", pur incontrando tutti gli altri requisiti richiesti dallo *statute*. Col termine "spouse" doveva intendersi solo "la persona coniugata; una moglie, un marito"[29], ovvero il partner unito in matrimonio o parte della *customary union* – istituti, questi, accessibili solo alle *opposite-sex couples*[30]. Tali disposizioni impattavano negativamente entrambi i *partners* della *same-sex couple*: il *foreigner same-sex partner* non poteva ottenere il permesso di immigrazione, mentre il partner dello stesso sesso sudafricano, o *permanent resident*, non poteva ricongiungersi col *familiare*[31].

Similmente, in *Satchwell v. The President of the Republic of South Africa and Another* (2002) e *Satchwell v. The President of the Republic of South Africa and Another* (2003) la Corte dichiarò incostituzionali, rispettivamente, le disposizioni contenute nel *Judges' Remuneration and Conditions of Employment Act No 88 of 1989* e nel *Judges' Remuneration and Conditions of Employment Act No 47 of 2001*, le quali garantivano benefici di natura previdenziale e pensionistica solo al coniuge sopravvissuto ("surviving spouse"), ovvero solo a colui/colei che avesse previamente contratto matrimonio[32]. In

---

[29] *National Coalition 2*, cit., § 25.

[30] *Ibidem*, § 26.

[31] *Ibidem*, § 28.

[32] In *Satchwell v. The President of the Republic of South Africa and Another* 2002, cit., la Corte conferma l'illegittimità delle sezz. 8 e 9 del *Judges Remuneration Conditions of Employment Act 88 of 1989*, previamente dichiarate incostituzionali dalla *High Court* (in *Satchwell v. The President of the Republic of South Africa and Another* 2001 (12) BCLR 1284 (T)). La dichiarazione di incostituzionalità pronunciata dal giudice *a quo* è estesa anche ad alcune disposizioni regolamentari (Regg. 9(2)(b) e 9(3)(a) del *Regulation in respect of Judges Administrative Recess, Leave, Transport and Allowance in respect of Transport, Travelling and Subsistence* (GNR839, 6 june 1995)), ma al § 35 di *Satchwell 2002* si precisa che "[a]s mentioned above, regulations are not ordinarily the subject of confirmation proceedings. The remedial order that was made by the High Court in respect of such regulations mirrored the order made in respect of the Act and was based on the same legal conclusions. It is appropriate relief therefore that the High Court's order in respect of the regulations also be amended to bring it into line with the order we make in respect of the Act". Tuttavia, il 17 marzo 2003 la Corte costituzionale intervenne nuovamente, dietro accesso diretto della ricorrente (*Satchwell v. The President of*

entrambi i casi la Corte ribadì che al termine "spouse" non poteva essere attribuito altro significato che quello di coniuge unito in matrimonio, e dato che l'accesso a tale istituto era consentito, al momento della decisione, solo alle *apposite-sex couples*, erano escluse dal beneficio legale "relazioni quali le unioni di fatto tra persone dello stesso sesso e le unioni a vita tra conviventi eterosessuali non coniugati"[33].

Nemmeno il diritto successorio è esente da pronunce d'incostituzionalità. Con *Gory v Kolver*[34], del 31 marzo 2006 – emessa quindi prima dell'approvazione parlamentare del *Civil Union Bill* – la *High Court* di Pretoria ha infatti sancito l'incostituzionalità della sez. 1(1) dell'*Intestate Succession Act, No 81 of 1987*, perché questa prevedeva che in assenza di disposizioni testamentarie fossero eredi legittimi, nell'ordine, i discendenti del *de cuius* e il coniuge, mentre nulla stabiliva in merito al "partner di un'unione permanente tra persone dello stesso sesso che si siano reciprocamente impegnate ad un dovere di mantenimento"[35]. In sede di giudizio di conferma (sez.

---

the Republic of South Africa and Another 2004, cit.), per dichiarare l'incostituzionalità delle sezz. 9 e 10 del *Judges' Remuneration and Conditions of Employment Act 47 of 2001* – entrato in vigore successivamente alla pronuncia *Satchwell 2002*. Le nuove disposizioni, infatti, non solo vanificavano il precedente giudizio, ma continuavano ad accordare benefici pensionistici e previdenziali solo al "surviving spouse" dell'ex giudice, inclusi i giudici costituzionali, escludendo così da tali benefici il partner sopravvissuto di una *permanent same-sex life partnership* (al § 2 O'Regan J. afferma che "the main difference between the relevant provisions of 1989 legislation and the 2001 legislation is that the latter includes Constitutional Court Judges within its scope"; cfr. anche § 9). Similmente al precedente giudizio, la Corte costituzionale estese l'invalidità costituzionale a norme di natura regolamentare (Reg. 12(2)del GNR894, 5 july 2002), affermando che "once again however the regulation provides only for the spouses of judges and not for their permanent same-sex life partners. In the circumstances, this regulation too suffers from the same constitutional complaint as its predecessor and warrants the same intervention by this court" (§ 10 in *Satchwell 2003*, cit.).

[33] *Satchwell v. The President of the Republic of South Africa and Another* 2002, cit., § 9; *Satchwell v. The President of the Republic of South Africa and Another* 2004, cit., § 11. La Corte, tuttavia, decise di non affrontare la questione dell'esclusione dei conviventi eterosessuali *more uxorio* dai benefici in oggetto, in quanto estranea al merito del giudizio ed in contrasto col principio di separazione dei poteri (§§ 15, 33).

[34] *Gory v Kolver*, cit.

[35] *Ibidem*, § 30.

172 cost. finale) la Corte costituzionale è giunta ad identiche conlusioni, ritenendo tuttavia che l'integrazione del diritto scritto non possa avere efficacia retroattiva anteriore al 27 aprile 1994, perché altrimenti si creerebbero difficoltà di non poco rilievo riguardanti la gestione amministrativa e si rischierebbe di pregiudicare arbitrariamente le situazioni soggettive dei terzi[36].

2.4. *Altre discriminazioni e trattamenti degradanti a sfavore di "gay", "lesbian" e "bisexual parents" (come singoli, o come coppia)*

Gay, lesbiche e bisessuali hanno subito anche discriminazioni nella loro qualità di genitori, sia sotto forma di negazione del diritto all'accesso e all'affidamento dei figli naturali e adottivi, sia mediante negazione o limitazione del diritto di adottare minori[37]. L'ordina-

---

[36] *Mark Gory* v. *Daniel Kolver and Others*, Case CCT 28/06, 23th November 2006.

[37] E. Steyn, *From Closet to Constitution: The gay family rights odissey*, 1 *TSAR* 115 (1998); C. Lind, *Sexual Orientation, Family Law and Transitional Constitution*, 112 *SALJ,* 481 (1995): l'A. sottolinea le difficoltà incontrate prevalentemente dagli uomini omosessuali in ambito adottivo: "[g]ay individuals who wish to adopt as single persons would be wise to hide both their sexual orientation and their relationship from the court" (489). Sulla discriminazione omosessuale in ordine all'affidamento familiare dei minori, si v. la sez. 15(1)(b) del *Child Care Act 74 of 1983* – che affida al giudice la valutazione circa la "suitability" degli affidatari a svolgere tale compito – ed il regolamento autorizzato dalla sez. 60 del *Child Care Act* (GN R2612 GG 10546 del 12 dicembre 1986) – che pare presupporre, come condizione, l'esistenza di una coppia eterosessuale (Reg. 8(1)(a) e Reg. 8(2)) –. Per un'analisi allargata del tema si rinvia a F. Bates, *Child Custody and the Homosexual Parent: Some Further Developments in Australia and the United States*, in *Australasian Gay and Lesbian Law Journal*, The Federation Press, Auckland, 1992, 2, 1-20; Id., *Child Law and the Homosexual Partner. Recent Developments in the United States*, in *Australasian Gay and Lesbian Law Journal*, The Federation Press, Auckland, 1992, 1, 21-46; J. Millbank, *Lesbian Mothers, Gay Fathers: Sameness and Difference*, in *Australasian Gay and Lesbian Law Journal*, The Federation Press, Auckland, 1992, 2, 21-40; J.S. Ehrlich, *Co-Parent Visitation: Acknowledging The Reality of Two Mother Families*, in 9 *Law & Sexuality: A Review of Lesbian & Gay Legal Issue,* 151-162 (1999-2000); K.E. Kovacs, *Recognizing Gay and Lesbians Families: Marriage and Parental Rights*, in 5 *Law & Sexuality: A Review of Lesbian & Gay Legal Issue,* 513-541 (1996); K. Markey, *An overview of the legal challenges faced by gay and lesbian parents: how courts treat the growing number of gay*

mento sudafricano consentiva solo alle *opposite-sex couples* unite in matrimonio di adottare congiuntamente, come coppia (*jointly*), uno o più minori, mentre escludeva da tale possibilità le *same-sex couples.* La sez. 17 del *Child Care Act No 74 of 1983* infatti prevedeva – prima di *Du Toit and Another v. Minister of Welfare and Population Development and Others* – che un bambino potesse essere adottato "(a) da una moglie e un marito congiuntamente; (b) da un vedovo o una vedova o da una persona celibe o divorziata; (c) da una persona sposata il cui coniuge fosse il genitore del bambino; (d) dal padre naturale di un bambino nato fuori dal matrimonio"; inoltre la sez. 20(1) recitava – sempre prima di *Du Toit* – che "il provvedimento adottivo estingue[va] tutti i diritti e gli obblighi esistenti tra il bambino ed ogni altra persona che fosse suo genitore (diverso dal coniuge previsto dalla sezione 17(c)) immediatamente prima dell'adozione, e quelli dei parenti del genitore"[38]. Anche in tal caso i termini "husband", "wife", e "spouse" utilizzati nell'*Act* in questione facevano riferimento unicamente a *status* acquisibili mediante il matrimonio, cui all'eopoca di *Du Toit* le *same-sex couples* non poteva-

---

family, in 3 *New York Law School Journal of Human Rights,* 721-755 (1998); M. Bateman, *Lesbians, Gays and Child Custody. An Australian Legal History*, in *Australasian Gay and Lesbian Law Journal*, The Federation Press, Auckland, 1992, 1, 47-71; N.D. Polikoff, *Raising Children: Lesbian and Gay Parents Face the Public and the Courts*, in *Creating Change. Sexuality, Public Policy, and Civil rights*, J. D'Emilio, W.B. Turner, U. Vaid (eds.), St. Martin Press, New York, 2000, 305-335; Id., *Symposium 2000: Recognizing Partners but no Parents / Recognizing Parents but not Partners: Gay and Lesbian Family Law in Europe and the United States*, in 17 *New York Law School Journal of Human Rights* 711 (2000); P. Gatos, *Third-Parent Adoption in Lesbian and Gay Families*, in 26 *Vermont Law Review* 195 (2001); S.A.M. Gavigan, *A parent(ly) knot: can heather have two mommies?*, in *Legal Inversions. Lesbians, Gay Men, and the politics of Law*, C. Stychin, D. Herman (eds.), Temple University Press, Philadelphia, 1995, 102-117.

[38] I disposti di cui alle sezz. 17(a), 17(c) e 20(1) del *Child Care Act* sono stati tutti dichiarati costituzionalmente illegittimi con *Du Toit and Another v. Minister of Welfare and Population Development and Others*, cit. In particolare, la Corte – adottando una peculiare tecnica di giudizio (cd. *reading in*) – ha ordinato di "leggere": a) la disposizione di cui alla sez. 17(a) nel senso di includere fra i beneficiari dell'adozione congiunta anche "two members of a permanent same-sex life partnership"; b) la disposizione di cui alla sez. 17(c) nel senso di consentire la *second parent adoption* anche alla persona "whose permanent same-sex life partner is the parent of the child"e c) la disposizione di cui alla sez. 20(1) nel senso di aggiungere alla parola "spouse" la locuzione "or permanent same-sex life partner".

no accedere. Pertanto, agli omosessuali e ai bisessuali membri di una *same-sex couple* era consentito adottare bambini solo in qualità di *single* (sez. 17(b)), senza però che al compagno fossero riconosciuti diritti in riferimento al bambino adottato. Conformemente, il *Guardianship Act No 192 of 1993*, sez. 1(2), accordava la *joint guardianship* del minore solo ai genitori naturali (o adottivi) uniti in matrimonio, escludendo da tale beneficio legale le *same-sex couples*[39].

Un altro trattamento discriminatorio concerneva l'impossibilità, da parte di un membro della *same-sex couple*, di acquisire lo *status* di genitore nel caso in cui il partner avesse fatto ricorso alla fecondazione assistita. Il *Children Status Act No 82 of 1987* – che tuttora disciplina lo *status* dei fanciulli concepiti tramite inseminazione artificiale – alla sez. 5 presumeva che ogni bambino nato a seguito di fecondazione eterologa fosse a tutti gli effetti il figlio legittimo della partoriente, che precedentemente aveva acconsentito all'inseminazione, e del di lei marito[40]. Nessuna previsione era contenuta riguardo all'ipotesi in cui una donna – membro di una *same-sex life part-*

---

[39] Sez. 1(2) del *Guardianship Act 192 of 1993*: "[w]henever both a father and mother have guardianship of a minor child of their marriage, each one of them is competent, subject to any order of a competent court to the contrary, to exercise independently and without the consent of the other any right or power or to carry out any duty arising from such guardianship. Provided that, unless a competent court orders otherwise, the consent of both parents shall be necessary in respect of […]"; *Du Toit and Another v. Minister of Welfare and Population Development and Others*, cit., ha dichiarato l'incostituzionalità anche della sez. 1(2) del *Guardianship Act 192 of 1993*, ordinando che a tale disposto fosse data lettura (*reading in*) includendo dopo la parola "marriage" la locuzione "or both members of a permanent same-sex life partnership are joint adoptive parents of a minor child".

[40] Sez. 5 del *Children Status Act 82 of 1987*: "(1)(a) [w]henever the gamete or gamets of any person other than a married woman or her husband have been used with the consent of that woman and her husband for the artificial insemination of that woman, any child born of that woman as a result of such artificial insemination shall for all purposes be deemed to be the legitimate child of that woman and her husband […](b) For the purposes of paragraph (a) it shall be presumed, until the contrary is established, that both the married woman and her husband have granted the relevant consent. (2) No right, duty, or obligation shall arise between any child born as a result of the artificial insemination of a woman and any person whose gamete or gametes have been used for such artificial insemination and the blood relations of that person, except where – (a) that person is the woman who gave birth to that child; or (b) that person is the husband of such a woman at the time of such artificial insemination […]".

nership – ricorresse alla fecondazione eterologa, in guisa che il figlio nato non poteva presumersi essere figlio legittimo anche della di lei partner. Detto diversamente, il *Children Status Act* disciplinava unicamente la condizione dei figli nati tramite inseminazione artificiale nell'ambito di una coppia unita necessariamente in matrimonio (eterosessuale). In *J and B v. Director-General, Department of Home Affairs and Others* si è dichiarata incostituzionale la sez. 5 dello *statute* menzionato "nella misura in cui il termine 'coniugata' appare in quella sezione e nella misura in cui la sezione non include le parole 'o compagno a vita dello stesso sesso' dopo la parola 'marito' laddove questa appaia nella disposizione"[41]. Paradossalmente, dopo l'intervento della Corte alle *same-sex couples* è garantita un'opzione preclusa, inversamente, ai "conviventi a vita eterosessuali": mentre ai membri delle prime è consentito beneficiare della qualifica genitoriale pur in assenza di un vincolo coniugale, ai membri delle seconde tale beneficio è subordinato alla stipula matrimoniale[42].

---

[41] *J and B v. Director-General, Department of Home Affairs and Others*, cit., § 28(b)(i). La Corte affronta il caso di una partner che, nell'agosto 2001, a seguito del parto della compagna di due gemelli concepiti mediante inseminazione artificiale eterologa, non riesce ad ottenere la registrazione in qualità di genitore dei neonati, poiché la sez. 5 del *Child care Act* e la disciplina attuativa consentono solo la registrazione della madre partoriente e del coniuge (di sesso opposto).

[42] In *J and B v Director-General, Department of Home Affairs and Others*, cit., Goldstone J. ha deciso di non affrontare tale complessa questione – discriminatoria rispetto ai conviventi omosessuali – e, traendo spunto dalle parole di Madala J. in *Satchwell 2003* ("[t]his Court is not at large to grant any relief under its power to grant 'appropriate relief' – it cannot import matters that are remote to the case in question – otherwise it will be intruding too far into legislative sphere. The intended accommodation of heterosexuals cannot be introduced via backdoor into this case. It was not properly before us, nor did we hear argument on the complexities involved", §19), ha auspicato un celere ed esteso intervento del legislatore: "[c]omprehensive legislation regularising relationships between gay and lesbian persons is necessary. It is unsatisfactory for the courts to grant piecemeal relief to members of the gay and lesbian community as and when aspects of their relationships are found to be prejudiced by unconstitutional legislation […] Similarly, the mutual relationship between parent and child is complex, valuable and multi-faceted. There is also the relationship between children and members of their extended family which merits consideration" (§23; cfr anche §§ 24-26).

Per una generale trattazione della questione relativa all'accesso alle tecniche di procreazione artificiale da parte di coppie omosessuali si v.: A. Stuhmcke, *Lesbian Access to In Vitro Fertilisation*, in *Australasian Gay and Lesbian Law Journal*, The Federation Press, Auckland, 1997, 7, 15-40; K. Arnup, S. Boyd, *Familial disputes?*

3. *Il diritto al libero orientamento sessuale: eguaglianza*

Individuata la portata attuale del diritto al libero orientamento sessuale, è necessario determinarne i contorni costituzionali, e quindi anche le potenzialità future. Tale analisi richiede di chiarire le relazioni e le sovrapposizioni esistenti fra il diritto al libero orientamento sessuale e le libertà garantite in costituzione, e, dunque, d'intraprendere l'esame "separato" di ciascun profilo costitutivo dell'*equal liberty argument* da cui il primo prende forma. Ciò a riprova del fatto che il diritto al libero orientamento sessuale postula il riconoscimento dei diritti e dei valori di eguaglianza, di dignità umana, di libertà. Questo implica che gli individui possano, da soli o unitamente ad altri, esprimere il diritto ad essere differenti nelle convinzioni o nei comportamenti, senza che la differenza possa, da sola, implicare limitazioni nella titolarità dei diritti riconosciuti a tutti egualmente nei termini di cittadinanza comune. Per questo l'eguaglianza assume indubbiamente un ruolo capitale nell'affermazione del più ampio diritto al libero orientamento sessuale, giacché questa – come diritto e come valore – rileva nell'applicazione-interpretazione di ogni altro valore o libertà implicati.

Nell'applicare l'eguaglianza alle minoranze sessuali, la giurisprudenza costituzionale assegna un ruolo decisivo all'impatto che la discriminazione esplica sulle vittime o sui membri del gruppo coinvolto. La discriminazione è costituzionalmente inaccettabile qualora il suo effetto sia quello di rafforzare i pregiudizi esistenti, lo stigma e gli stereotipi sociali, ovvero quando questa incida in senso peggiorativo sull'esistenza di esseri umani, anche incoraggiando aggiuntive forme di discriminazione periferiche nei luoghi di lavoro, nella stipulazione di contratti di assicurazione, nell'ambito dei servizi sociali, oppure influenzando decisioni giudiziali in materia di custodia dei figli, o in ogni

---

Sperm donor, lesbian mother, and legal parenthood, in *Legal Inversions. Lesbians, Gay Men, and the politics of Law*, C. Stychin, D. Herman (eds.), Temple University Press, Philadelphia, 1995, 77-102; K. McK. Norrie, *Reproductive Technology, Transsexualism and Homosexuality: New Problems for International Private Law*, in 43 *International and Comparative Law Quarterly,* 757-775 (1994).

altro interesse connesso all'affermazione di un diritto al libero orientamento sessuale (*queer-bashing*, *police entrapment*, e così via)[43].

In *National Coalition 2*, Ackerman J. evidenzia che la sez. 25(5) dell'*Alien control Act* "rafforza dannosi stereotipi sui gay e sulle lesbiche"[44]. In particolare – precisa il giudice – alla base di questi stereotipi, siano questi espressamente formulati o meno, si pone l'equivoco fondato sulla percezione che l'orientamento sessuale di lesbiche e gay sia un tratto umano totalizzante, in guisa che gli omosessuali divengono agli occhi della società come "exclusively sexual beings", in contrasto con la considerazione degli eterosessuali come "people who, along with many other activities in their lives, occasionly engage in sex"[45]. L'impatto delle discriminazioni sugli omosessuali è inoltre aggravato dal fatto che costoro costituiscono una minoranza sovente invisibile, non in grado, di per sé, di utilizzare il potere politico per affermare pienamente il diritto al libero orientamento sessuale, ovvero il diritto ad essere ciò che si è e a compiere scelte fondamentali per l'affermazione del proprio significato di vita buona. Essi possono fare affidamento solo sul *Bill of Rights*, e ciò indubbiamente accresce la loro vulnerabilità[46].

---

[43] *National Coalition 2*, cit., § 44 ; *National Coalition 1*, cit., § 23 : "[t]he discriminatory prohibitions on sex between men reinforces already existing societal prejudices and severely increases the negative effects of such prejudices on their lives"; M. Pieterse, *Stereotypes, sameness, difference and human right*, cit., 93 ss.

[44] *National Coalition 2*, cit., § 49.

[45] *Ibidem*. Ackermann J. cita espressamente T.E. Lin, *Social Norms and Judicial Decisionmaking: Examining the Role of Narratives in Same-sex Adoption Case*, in 99 *Columbia Law Review,* 741-742 (1999).

[46] *National Coalition 1*, cit., § 25. In merito alla vulnerabilità del gruppo omosessuale, Sachs J. (*concurring*) ha rilevato che "[t]he special vulnerability of gays and lesbians as a minority group whose behaviour deviates from the official norm is well brought out by Cameron in the germinal article to which my learned colleague refers. Gays constitute a distinct though invisible section of the community that has been treated not only with disrespect or condescencion but with disapproval and revulsion; they are not generally obvious as a group, pressurised by society and the law to remain invisible; their identifying characteristic combines all the anxieties produced by sexuality with all the alienating effects resulting from difference; and they are seen as especially contagious or prone corrupting others. None of these factors applies to other groups traditionally subject to discrimination, such as people of colour or women, each of whom, of course, have had to suffer their own specific forms of oppression […] At the heart of equality jurisprudence is the rescuing of people from a cast-like status and putting an end to their being trated as

Circa l'impatto della normativa penale in tema di *same-sex activity*, la Corte – coerentemente a quanto precisato circa il test giudiziale dell'*unfairness* – sottolinea che: (a) la discriminazione è per-

---

lesser human beings because they belong to a particular group. The indignity and subordinate status may flow from institutionally imposed exclusion from the mainstream of society or else from powerlessness within the mainstream; they may also be derived from the location of difference as a problematic form of deviance in the disadvantaged group itself, as happens in the case of the disabled. In the case of gays it comes from compulsion to deny a closely held personal characteristic. To penalise people for being what they are is profoundly disrespectful of the human personality and violatory of equality" (§§ 128-129).

Circa la qualificazione della collettività omosessuale in termini di minoranza o gruppo sociale, si noti che il legislatore sudafricano ha emanato il *Refugees Act No. 130 of 1998* (in *Republic of South Africa Government Gazette*, vol. 402, Cape Town, 2 December 1998, No 19544), col quale si prevede che la Repubblica Sudafricana, *inter alia*, non possa rifiutare di accogliere coloro che nel paese di origine sono soggetti a persecuzione in ragione della razza, religione, nazionalità, opinioni politiche "or membership of a particolar social group" (Sez. 2(a)). La sez. 1 del *Refugee Act* chiarisce che per *social group* debba intersi "among others, a group of persons of particolar gender, sexual orientation, disability, class or caste", e la sez. 3(a) attribuisce lo *status* di rifugiato a colui che abbia fondato timore di essere perseguitato nel paese d'origine in ragione del proprio orientamento sessuale. In tal modo, la Repubblica Sudafricana è divenuta uno dei pochi paesi al mondo che accorda agli omosessuali e ai bisessuali che temono di essere perseguitati nel paese di origine, gli stessi diritti riconosciuti ai rifugiati. Su tali temi, in una prospettiva più ampia, cfr.: N. Laviolette, *The immutable refugees: sexual orientation in* "Canada" (A. G.) *v.* Ward, in 55(1) *University of Toronto Faculty of Law Review*, 1-41 (1997); R. Goodman, *The Incorporation of International Human Rights Standards into Sexual Orientation Asylum Claims: Cases of Involuntary "Medical" Intervention*, in 105 *Yale Law Journal* 255 (1995); S. Grider, *Sexual Orientation as Ground for Asylum in the United States-in Re Tenorio, No A72 093 558 (EOIR Immigration Court, July 26, 1993)*, in 35 *Harvard International Law Journal* 213 (1994); T. Wei, M. Satterthwaite, *Shifting Grounds for Asylum: Female Genital Surgery and Sexual Orientation*, in 29 *Columbia Human Rights Law Review,* 467 (1998); S.B. Goldberg, *Give Me Liberty or Give Me Death: Political Asylum and the Global Persecution of Lesbians and Gay Men*, in S. Levy (ed.), *Asylum Based on Sexual Orientation: a resource guide*, San Francisco, IGLHRC, 1996, 23-30; J.S. Park, *Pink Asylum: Political Asylum Eligibility of Gay Man and Lesbian Under U.S. Immigration Policy*, in S. Levy (ed.), *Asylum Based on sexual Orientation*, cit., 3-22; E.D. Ramanathan, *Queer cases: A comparative analysis of Global Sexual Orientation-Based Asylum Jurisprudence*, in S. Levy (ed.), *Asylum Based on sexual Orientation*, cit., 31-67; F. Mohyuddin, *United States Asylum Law in the Context of sexual Orientation and Gender Identity: Justice for Transgendered?*, in 12 *Hastings Women's Law Journal*, 387 (2001); L.H. Halatyn, *Political Asylum and Equal Protection: Hypocrisy of United States Protection of Gay Men and Lesbians*, in 22 *Suffolk Transnational Law Review,* 133 (1998).

petrata in ragione di un fattore espressamente proibito, è presente su molti livelli, si manifesta in più modi, ed è difficile da eliminare; gli uomini gay sono da sempre una minoranza sociale che ha subito molteplici forme di discriminazione; l'impatto è grave, profondamente lesivo della dignità, della personalità, e del diritto all'identità degli omosessuali; (b) lo scopo del legislatore consiste nel punire l'innocua condotta sessuale privata fra adulti consenzienti, ovvero nel criminalizzare comportamenti che non si conformano alle concezioni morali o religiose di una parte della società; (c) la discriminazione lede gravemente i diritti e gli interessi di uomini gay e viola la loro fondamentale dignità umana[47].

Considerazioni analoghe possono svolgersi anche rispetto alle donne omosessuali: "la condizione di minoranza dei gay e le forme di discriminazione a cui sono stati e continuano ad essere soggetti sono applicabili anche alle lesbiche. La società in senso lato ha, di norma, accordato molto meno rispetto alle lesbiche e alle loro relazioni intime con altre donne che agli eterosessuali e alle loro relazioni"[48].

3.1. *Il diritto a non essere discriminati, direttamente o indirettamente, in base al sesso, genere ed orientamento sessuale*

La discriminazione degli orientamenti sessuali non ortodossi, si è già visto, è una forma di arbitraria differenziazione sessuale e/o di genere perché il suo fine più importante è quello di preservare la natura patriarcale di molti istituti, i quali sostanzialmente consentono il ruolo dominante maschile solo se concepiti in versione eterosessuale. Questo spiega, almeno in parte, perché la lotta contro la prima forma di discriminazione sia tradizionalmente stata condotta di pari passo con le battaglie di liberazione femminile, tradizione cui è ascrivibile anche il progetto di *Bill of Rights* redatto dall'ANC durante la fase di concertazione della costituzione transitoria. Questo

---

[47] *National Coalition 1*, cit., § 26-27; si v. anche *National Coalition 2*, cit., §§ 43-53.

[48] *National Coalition 2*, cit., § 42.

prevedeva alla sez. 1(2) che "nessun individuo o gruppo [potesse] ricevere vantaggi o essere assoggettato a discriminazione, dominazione o abuso in base alla razza, colore, lingua, genere, credo, opinioni politiche o di altro tipo, nascita o altre condizioni", e specificava alla sez. 8, intitolata "gender discriminations", che "la discriminazione fondata su fattori quali il genere, celibato, legittimità della nascita o orientamento sessuale [sarebbe stata] illegittima" e che "la legislazione [avrebbe dovuto] intervenire per combattere fenomeni di oppressione, abuso, molestia o discriminazioni fondate sul genere o orientamento sessuale".

Da un lato il progetto accostava la discriminazione al dominio e all'abuso, come a voler significare che tutte quelle fattispecie rientravano nell'ambito di un concetto di discriminazione *lato sensu* inteso – in realtà, le discriminazioni giuridiche e sociali sono entrambe strumenti per affermare il dominio, l'oppressione, l'abuso, la molestia dell'uno sull'altro, del maschio sulla femmina, del bianco sul nero. Dall'altro affiancava in un unico disposto fattori accomunati dalla medesima matrice sociale sessista e che, storicamente, hanno assunto significati e valori dispregiativi in molteplici contesti sociali – si pensi, appunto, alle discriminazioni sociali nei confronti delle ragazze madri, dei figli illegittimi, degli omosessuali, o delle donne. La *botton line* del progetto era quindi condivisibile, ma presentava il limite di non chiarire con precisione quali aspetti dovessero considerarsi coperti dalla clausola di protezione del genere – Meyerson si espresse in merito affermando che "the concept is so confusingly and inconsistenly used as to raise questions about what protection the clauses can realistically afford"[49]. Problema, questo, che non viene affrontato nemmeno dalla costituzione finale.

In ossequio all'art. 5 CEDAW, ed in linea con le volontà emerse in fase progettuale, la costituzione finale si è dotata di un espresso divieto di discriminazione in base al genere (sez. 9 cost. finale) – ol-

---

[49] D. Meyerson, *Sex and Gender in the South African Law Commission's Proposed Bill of Rights, The ANC's Draft Bill of rights, and the Government's Proposals on a Charter of Fundamental Rights*, in 9(2) *SAJHR* 291 (1993) ; si v. anche L. du Plessis, A. Gouws, *The gender implications of the final Constitution (with particular reference to the Bill of Rights*), in 11(1-2) *SA Public Law,* 472-482 (1996).

tre che in base al sesso ed orientamento sessuale – ed include a chiare lettere il "non-sessismo" tra i valori giustificativi e fondanti del sistema (sez. 1 cost. finale)[50]. Tuttavia, dalla giurisprudenza costituzionale applicativa dei diversi divieti emerge una realtà complessa e non scevra da elementi di contraddittorietà. Da un lato, l'apposita predisposizione di un divieto di discriminazione in base al genere non sembra avere contribuito a chiarire la *vexata quaestio* relativa alla già descritta sovrapposizione linguistico-concettuale fra sesso e *gender*, sì che differenziazioni di trattamento tra ruoli maschili e feminili sono state arbitrariamente ricondotte a fattori biologici, e quindi giustificate e considerate non discriminatorie. Dall'altro, poi, l'inclusione dell'orientamento sessuale fra i fattori di non discriminazione ha reso molto più agevole, nonché più probabile e diretto, il ricorso al *sexual orientation discrimination argument* rispetto all'argomento della discriminazione sessuale e/o di genere.

Ciò che più stupisce, tuttavia, è che la prassi applicativa sudafricana sia propensa a concepire la discriminazione fondata sull'orientamento sessuale anche nella sua dimensione intersezionale – come fenomeno discriminatorio fondato anche sul sesso e/o genere – mentre al contrario non sembra riconoscere la dimensione sociale, culturale di genere della discriminazione sessuale. Il divieto di discriminazione in base al genere ha così rafforzato l'idea dell'ingiustificatezza

---

[50] La cost. finale sudafricana alla sez. 9(3) contempla anche il divieto di discriminazione in ragione della gravidanza, che rappresenta una specificazione dell'analogo divieto in ragione del sesso: R. Wintemute, *Sexual Orientation Discrimination as Sex Discrimination*, cit., 469. È chiarificatrice la sez. 8 del *Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act No. 4 of 2000*, che nel proibire specificamente le discriminazioni fondate sul genere dispone: "[…] no person may unfairly discriminate against any person on the round of gender, including (a) gender-based violence; (b) female genital mutilation; (c) the system of preventing women from inheriting family property; (d) any practice, including traditional, customary or religious practice, which impairs dignity of women and undermines equality between women and men, including the undermining of dignity and well-being of the girl child; (e) any policy or conduct that unfairly limits access of women to land rights, finance, and other resources; (f) discrimination on the ground of pregnancy; (h) the denial of access to opportunities, including the access to serviceor contractual opportunities for rendering services for consideration, or failing to take steps to reasonably accommodate the needs. of such persons; (i) systemic inequality of access to opportunities by women as a result of the sexual division of labour".

delle prassi discriminatorie perpetrate contro le minoranze sessuali, mentre non è servito a sradicare marcati costumi sessisti che tuttora opprimono il sesso femminile. Ciò dimostra come al fine del superamento dei multiformi costumi sociali sessisti sia importante non solo la predisposizione di specifiche e chiare norme antidiscriminatorie – che il Sudafrica certamente ha – ma anche: (1) sensibilizzare i giuristi circa l'esistenza di confini mobili tra sesso, genere e orientamento sessuale, e (2) interpretare le clausole antidiscriminatorie liberi dal pregiudizio culturale e alla luce del solo obiettivo (morale) di smantellare le prassi che gerarchizzano un gruppo ad un altro, e di creare una perfettibile società fondata sui valori di eguaglianza, libertà, antisessismo, tolleranza verso le forme innocue di diversità biologica, culturale e sociale.

3.1.1. *L'applicazione del sesso e genere alle donne*

In Sudafrica la confusione/sovrapposizione linguistico-concettuale fra sesso e genere mostra i suoi evidenti effetti distorsivi nella giurisprudenza costituzionale applicativa della sez. 9 cost. finale[51],

---

[51] Unica eccezione è *S v. J* 1998 (4) BCLR 424 (SCA), con cui la Suprema Corte d'Appello valuta la legittimità costituzionale della *common law cautionary rule* che imponeva alla *trial court*, nei casi di *rape* e di altri reati sessuali, di considerare come "sospetta e pericolosa" ogni dichiarazione proveniente dalla persona lesa. Tale regola si fondava sulla convinzione generalizzata che, in presenza di reati sessuali, la persona lesa, normalmente di sesso femminile, tendesse ad arricchire la narrazione dei fatti e a mentire. La Corte ritiene che tale generalizzazione non trovasse sostegno in alcuna ricerca empirica, e che "few things may be more difficult and humiliating for a woman than to cry rape: she is often, within certain communities, considered to have lost her credibility; she may be seen as unchaste and unworthy of respect; her community may turn its back on her; she has to undergo the most harrowing cross-examination in court, where the intimate details of the crime are traversed ad nauseam; she (but not the accused) may be required to reveal her previous sexual history; she may disqualify herself in the marriage market, and many husbands turn their backs on a "soiled" wife" (430-A). Infine, la corte dichiara l'illegittimità della *cautionary rule*, con riferimento al divieto di discriminare in ragione del genere, nella misura in cui essa impone un obbligo, e non una mera facoltà, in capo alla *trial court*: "the cautionary rule in sexual assault cases is based on an irrational and out-dated perception. It unjustly stereotypes complainants in sexual assault cases (overwhelmingly women) as particularly unreliable" (430-H).

in particolare in *President of The Republic of South Africa and Another v. Hugo*[52]. Qui la Corte costituzionale esamina la legittimità del provvedimento presidenziale 17/1994 col quale si concedeva la grazia a tutte le madri, ma non ai padri, che (a) avevano figli d'età inferiore ai 12 anni, e che (b) in data 10 maggio 1994 stavano scontando la pena detentiva. Assai sorprendentemente, la Corte non conferma il giudizio con cui la Corte Suprema d'Appello affermava la lesione

---

[52] *President of The Republic of South Africa and Another v. Hugo* 1997 (6) BCLR 708 (CC). Anche successivamente a *Hugo* la Corte costituzionale sottovaluta la portata del divieto di discriminare in base al genere. In *S v. Jordan (Sex Workers education and Advocacy Task Force and Others as Amici Curiae*) 2002 (6) SA 642 (CC); 2002 (11) BCLR 1117 (CC) la Corte ritiene che la sez. 20(1)(aA) del *Sexual Offence Act* del 1957, che punisce per prostituzione "any person who […] has unlawful carnal intercorse, or commits an act of indecency, with any other person for reward", non realizzi alcuna lesione, *inter alia*, della sez. 9(3) cost. finale. In tal senso, Ngobo J. asserisce che "[p]enalizing the recepient of the reward only does not costitute unfair discrimination on the grounds of gender. The section penalize 'any person' who engages in sex for reward. The section clearly applies to male prostitutes as well as female prostitutes. The section is therefore gender-neutral. Penalising the prostitute only does not therefore amount to direct discrimination" (§ 9). Il giudice prosegue affermando che l'esistenza di una discriminazione fondata sul genere non possa esistere "simply because there are more female prostitutes than male prostitutes" (§ 17). O'Regan e Sachs JJ., viceversa, dissentono dall'opinione di maggioranza ed argutamente sottolineano che "[p]rostitutes and their customers engage in sexual activity, which is one of the costitutive elements of the relationship between men and women in all societies. As partners in sexual intercourse, they both consent to and participate in the action which lies at the heart of the criminal prohibition. They are only three differences between them. The first is that one pays and the other is paid. The second is that in general the one is female and the other is male. The third is that the one's actions are rendered criminal by section 20(1)(aA) but the other's actions are not. Moreover, the effect of making the prostitute the primary offender directly reinforces a pattern of sexual stereotyping which is itself in conflict with the principle of gender equality. The differential impact between prostitute and client is therefore directly linked to a pattern of gender disadvantage wich our Constitution is commited to eradicating […] The female prostitute has been the social outcast, the male patron has been accepted or ignored. She is visible and denounced, her existence tainted by her activity. He is faceless, a mere ingredient in her offence rather than a criminal in his own right, who returns to respectability after the encounter. In terms of the sexual double standards prevalent in our society, he has often been regarded either as having given in to temptation, or as having done the sort of thing that men do. Thus, visiting a prostitute is not considered by many to have acted in a morally reprehensible fashion. A woman who is a prostitute is considered by most to be beyond the pale. The difference in social stigma tracks a pattern of applying different standard to the sexuality of men and women" (§§ 60-64).

del divieto di arbitraria discriminazione "on the ground of gender" (sez. 8 cost. transitoria)[53], giacché – chiarisce Goldstone J. – nel caso *de quo* occorre decidere (1) "se i diritti dei prigionieri maschi sono stati violati nel modo in cui il Presidente esercitò il suo potere di grazia"[54], e se (2) "l'Atto Presidenziale, di fatto, discrimina sulla base di fattori combinati, il sesso associato alla genitura di bambini minori di anni dodici"[55].

Il tallone d'Achille di *Hugo* sta nel fatto che la Corte costituzionale inquadra la questione sottopostale unicamente nei termini di discriminazione fondata sul sesso, e non si accorge come in realtà le differenziazioni compiute dall'atto presidenziale siano propriamente riconducibili al genere. Le argomentazioni presidenziali espresse a giustificazione della scelta di concedere la grazia solo alle madri di minorenni, e non anche ai padri in identiche condizioni, confermano *apertis verbis* l'esistenza di una differenziazione fondata propriamente sul genere, anziché sul sesso. Tale scelta – afferma Mandela dinanzi alla Corte – "è motivata principalmente dalla preoccupazione per quei bambini che erano stati privati della cura e affetto che le madri normalmente forniscono […] Sono inoltre ben consapevole di come il carcere incida negativamente sulla famiglia del detenuto. Ho tenuto conto del ruolo speciale che, io credo, le madri hanno nella cura e affetto dei minori […] Secondo me l'identificazione di questa speciale categoria beneficiaria della grazia è razionalmente e ragionevolmente spiegabile in quanto funzionale alla realizzazione del miglior interesse dei bambini coinvolti. È generalmente risaputo che i bambini stabiliscono un legame particolare con la madre durante i primi anni di vita e che le madri sono le principali genitrici dei giovani fanciulli […] La ragione di ciò è in parte storica ma l'intera società percepisce l'essenzialità del ruolo sociale delle

---

[53] *Hugo v. President of the Republic of South Africa and Another* 1996 (4) SA 1012 (D).

[54] *President of The Republic of South Africa and Another v. Hugo*, cit., § 30; Goldstone, ai §§ 12-13, chiarisce la pregiudiziale sottoponibilità dell'atto presidenziale al rispetto del *Bill of Rights* in ragione della sez. 7 cost. transitoria (*application clause*).

[55] *Ibidem*, § 33.

donne come principali nutrici dei bambini, specialmente nella fase preadolescenziale"[56].

Goldstone J. considera queste argomentazioni non semplici dicerie ("hearsay evidence"), e dunque le ritiene ammissibili e giustificative della differenziazione normativa. "Sebbene non esistano prove statistiche o studi in grado di provare questo fatto" – asserisce Goldstone – "io non vedo ragione di dubitare che nella nostra società le madri, come madri di fatto, abbiano maggiori responsabilità nella crescita della prole di quante ne abbiano i padri. Questa affermazione è certamente una generalizzazione. Ci saranno certamente casi in cui i padri hanno maggiori responsabilità delle madri nella cura dei figli. E ci saranno anche casi in cui la madre naturale non è la genitrice principale, perché sostituita in quel ruolo da altre donne come la nonna, la matrigna, la sorella, la zia del bambino"[57]. Tuttavia, le eccezioni confermano la regola anche perché, se così non fosse, non si spiegherebbe come "le responsabilità delle donne nella cura delle faccende domestiche e nella crescita della prole siano state storicamente una ragione per escluderle da altre sfere di vita" [58]. Ed è pertanto in nome di tale regola sociale che Goldstone J. giustifica le differenziazioni soggettive compiute dall'atto presidenziale e le considera in linea con la sez. 8 cost. transitoria.

Ma per quali ragioni il giudice Goldstone inquadra il caso come fattispecie di discriminazione in ragione del sesso, pur esprimendo l'idea che il ruolo primario della madre alla cura e crescita della prole sia una generalizzazione, in altre parole un mero stereotipo sociale? Quali altri motivi possono giustificare il ruolo di *primary care giver* della madre, se queste sono solo "partly historical"? Perché mai la Corte paragona il ruolo della madre naturale nella crescita della prole a quello di altre donne di famiglia, che, pur non essendo biologicamente strettamente legate alla prole, contribuiscono sovente all'espletazione di quel compito? Ed è un caso che la Corte preferisca trattare il caso alla luce di una discriminazione fondata sul sesso, pacificamente inteso come dato biologico-naturale, anziché co-

---

[56] *Ibidem*, § 36.
[57] *Ibidem*, § 37.
[58] *Ibidem*, § 39.

me forma di differenziazione legata al genere? Sino a che punto la Corte intende il genere come dato eminentemente storico sociale, completamente scollegato da profili di natura biologica, in un tema assai delicato, quello della maternità, intriso di aspetti socioculturali e biologici?

L'impressione è che la Corte abbia arbitrariamente conferito matrice naturalistica a fattori che in realtà rivestono natura culturale – natura, quest'ultima, che peraltro le argomentazioni presidenziali sembrano confermare –, forse perché persuasa del fatto che ragioni di stampo biologico spieghino la prevalente funzione femminile nella famiglia e nella crescita della prole. Non è irrealistico ipotizzare che la Corte colleghi la gravidanza, quale fatto biologico-naturale, al costume sociale che vede il sesso femminile addetto alla cura degli affari familiari, in guisa che il ruolo familiare femminile viene concepito non tanto come stereotipo sociale, ma soprattutto come una conseguenza "naturale" e ovvia del concepimento. Vista in tal modo, sarebbe stato impossibile sostenere l'*unfairness* o l'irragionevolezza del provvedimento presidenziale di grazia; sarebbe stato come negare ragionevolezza alla stessa natura delle cose[59]. Paradossalmente, però, la sottesa adesione ad un concetto allargato di genere apre la strada all'elusione della *ratio* trasformatrice del corrispondente divieto di discriminazione, dato che determina la riconduzione di casi emblematici di differenziazione in funzione di supposti ruoli sociali sessuati nell'ambito del tradizionale divieto di differenziare in base al sesso, finalizzato a colpire le discriminazioni *ingiuste ed arbitrarie* fondate su fattori sessuali biologici.

Nella opinione dissenziente, Kriegler J. intuisce pienamente la natura complessa del concetto di genere e la portata delle discriminazioni fondate su questo fattore. Egli sostiene che il perdono presidenziale è incompatibile con il divieto di discriminazione in ragione del "sesso-genere" di cui alla sez. 8(2)[60], e correlativamente ritiene che il

---

[59] Si veda, *contra*, M.S. Kende, *Gender stereotypes in South African and American constitutional law: The advantages of a pragmatic approach to equality and transformation*, in 117(4) *SALJ*, 745 (2000).

[60] *Ibidem*, § 68: "[o]ne of the generic line he draws to distinguish between those upon whom the gift of clemency was to be bestowed and those not, was ad-

Presidente non abbia dimostrato la *fairness* della stessa: "il Presidente *ipse dixit* afferma che la decisione era fondata su ciò che è noto costituire uno strereotipo di genere […] In effetti l'atto mette il sigillo dell'approvazione del Capo dello Stato sulla percezione sociale normativa dei ruoli genitoriali. Agli occhi della legge le madri non sono più le sorveglianti 'naturali' o 'primarie' dei bambini piccoli, qualunque sia la tradizione, il pregiudizio, lo sciovinismo maschile o il privilegio che con questo stereotipo si perpetua. Costituzionalmente parlando il punto di partenza è che i genitori sono i genitori"[61].

Kiegler J. rileva che le giustificazioni avanzate per ribaltare la presunzione di *unfairness* non possono essere a loro volta discriminatorie, promuovendo la continuazione di un modello sociale ingiusto – "[t]rue as it may be that our society currently exhibits patterns of inequality, these cannot justify a perpetuation of inequality. A statute or conduct that presupposes these patterns is unlikely to be vindicated by relying on them. One that not only presupposes them but is likely to promote their continuation, is even less likely to pass muster"[62] – e ritiene che un modo per rispettare appieno l'eguale dignità delle persone sia quello di proteggere le scelte che ciascuno compie riguardo alla propria identità. Al contrario, l'affidamento sulle generalizzazioni e sugli stereotipi risulta dannoso perché tende ad ostacolare lo sforzo di libera auto-identificazione che entrambi i sessi compiono[63]. Solo in pochissime circostanze – rileva Kriegler J.

---

mittedly sex/gender based. Female parents of sub-twelve year old children were to go free but male parents not".

[61] *Ibidem*, § 85.

[62] *Ibidem*, § 77; il giudice prosegue in maniera incisiva affermando che "[i]n my view the notion relied upon by the President, namely that women are to be regarded as primary care givers of young children, is a root cause of women's inequality in our society. It is both a result and a cause of prejudice; a societal attitude which relegates women to a subservient, occupationally inferior yet unceasingly onerous role. It is a relic and a feature of the patriarchy which the constitution so vehemently condemns. Section 8 and the others provisions mentioned above outlawing gender or sex discrimination were designed to undermine and not to perpetuate patterns of discrimination of this kind", § 80.

[63] *Idem;* degno di nota è il riferimento al principio della dignità umana presente nell'*opinion* di *justice* Mokgoro: "[i]n my view, denying men opportunity to be released from prison in order to resume rearing their children, entirely on the basis of stereotypical assumptions concerning men's aptitude at child rearing, is an

– può giustificarsi una generalizzazione che perpetui la realtà sociale discriminatoria, vale a dire nei casi in cui questa risponda alla finalità della perequazione, e sempre che siano rispettati due criteri: "[p]rimo, dovrebbe esserci una forte indicazione che il vantaggio conseguente dalla perpetuazione dello stereotipo costituisca una ricompensa per svantaggi ovvi e profondamente problematici. Secondo, il contesto dovrebbe essere uno in cui i benefici discriminatori siano opposti"[64]. Nel caso *de quo*, ipoteticamente, la discriminazione fondata sul sesso/genere sarebbe stata giustificabile se: (a) più donne avessero beneficiato del rilascio carcerario – in realtà, a fronte di sole 440 donne rilasciate dal carcere, si contrapponeva il danno subito da tutte le altre donne sudafricane, che continuavano a lavorare sotto la convinzione sociale che la loro occupazione ideale fosse la casa familiare[65]-; (b) vi fosse stata una qualche connessione tra il tipo di trattamento diseguale e i soggetti storicamente discriminati – in altre parole, se le donne avessero subito discriminazioni in passato nell'ambito penale si sarebbe potuta ritenere ragionevole anche la grazia presidenziale[66].

3.1.2. *L'applicazione del sesso, genere ed orientamento sessuale alle minoranze sessuali*

Sin dall'entrata in vigore della costituzione transitoria, Burchell e Milton sostengono l'incompatibilità delle norme criminalizzani l'attività sessuale fra due adulti consenzienti dello stesso sesso, giacché contrarie al divieto di discriminazione in ragione del genere

---

infringement upon their equality and dignity. The presidential Act does not recognize the equal worth of fathers who are actively involved in nurturing and caring for their young children, trating them as less capable parents on the mere basis that they are fathers and not mothers", § 92.

[64] *Ibidem*, § 82.

[65] *Ibidem*, § 83; il giudice aggiunge anche che "[i]n addition, men must continue to accept that they can have only a secondary/surrogate role in the care of children".

[66] *Ibidem*, § 85.

e dell'orientamento sessuale (sez. 8 cost. transitoria)[67]. È solo con l'avvento della costituzione finale, tuttavia, che gli argomenti della discriminazione sessuale, di genere, e dell'orientamento sessuale vengono elaborati dalla prassi applicativa.

In *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Others v Minister of Justice and Others*[68] (*High Court*), gli attori agiscono per ottenere la dichiarazione d'illegittimità costituzionale della *common law sodomy offence* – comprese le correlate *Schedule 1* del *Criminal procedure Act No 51 of 1977* e la *Security Officers Act Schedule*, che sancivano un trattamento penale peggiorativo nei confronti dei soggetti accusati di sodomia –, del *common law unnatural sexual act* e della sez. 20A del *Sexual Offence Act*, asserendo l'esistenza di una discriminazione "dependent on the[ir] biological sex or sexual orientation". La sez. 9(3) cost. finale vieta, fra le altre, le discriminazioni direttamente o indirettamente fondate sull'orientamento sessuale, sul sesso e sul genere, e coerentemente la *High Court* concentra le sue indagini sia sulla natura delle classificazioni, che sui loro effetti – rilevanti, rispettivamente, per l'individuazione delle ipotesi di discriminazione diretta ed indiretta.

L'Alta Corte investita della questione ritiene che la *common law sodomy offence* – definita nei termini di "unlawful and intentional sexual relations per anum between two human males" – pone in essere una differenziazione fondata sull'orientamento sessuale. Infatti, la differenziazione è sia indirettamente che direttamente *sexual orientation based*: indirettamente, perché "il rapporto sessuale anale è la forma di espressione sessuale degli uomini omosessuali, equivalente al rapporto eterosessuale *per vaginam*"; direttamente, perché "il rapporto anale tra uomini e donne ["between men and wo-

---

[67] J. Burchell, J. Milton, *Principles of criminal law*, cit., 632: "[t]he constitutional dispensation introduced in 1993 by the Constitution […] proscribes discrimination on the grounds of gender or sexual orientation and protects the right to privacy. The effect of these provisions clearly renders unconstitutional provisions which penalize homosexual sexual relations between consenting adults in private. In the result homosexual sexual conduct is a crime in South African law only where one of the parties does not consent or is under the age of consent".

[68] *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Others v. Minister of Justice and Others*, cit.

men"] non è penalizzato, mentre tra maschi ["between males"] costituisce una fattispecie penale, la quale naturalmente colpisce solo gli omosessuali"[69]. Analogamente, anche la *common law unnatural sexual acts offence* differenzia (indirettamente) le persone in funzione dell'orientamento sessuale, poiché – ha rilevato la Corte – "che questa abbia provocato quell'effetto in passato è evidente dalla natura prevalentemente omosessuale degli atti che sono stati ricondotti a quel crimine […]. Gli stessi atti non sarebbero rientrati nella fattispecie penale se compiuti da donne od eterosessuali"[70]. Infine, la Corte ritiene che la sez. 20A del *Sexual Offence Act* realizzi una duplice differenziazione "(1) in base al sesso (genere) – le condotte criminalizzate erano solo specifici atti posti in essere da uomini; le stesse condotte poste in essere da donne non costituivano reato –; (2) in base all'orientamento sessuale – il bersaglio della sezione è costituito interamente da uomini con tendenze omosessuali"[71].

In *S v. K*, Farlam J. riconosce semplicemente che la criminalizzazione della sodomia costituisce una forma di discriminazione fondata sull'orientamento sessuale[72], mentre in *National Coalition 1* l'analisi compiuta dai giudici costituzionali appare più articolata[73]. La Corte costituzionale asserisce anzitutto che il *sodomy offence* po-

---

[69] *Ibidem*, § 31. Identiche considerazioni valgono per la *Schedule 1* del *Criminal procedure Act No 51 of 1977* e la *Security Officers Act Schedule*, in quanto fanno rinvio formale al *common law sodomy offence.*

[70] *Ibidem*, § 39.

[71] *Ibidem*, § 41.

[72] *S v. K*, cit., § 25.

[73] Per un commento alla decisione si v. P. Gerber, *Case Comment: South Africa: Constitutional Protection for Homosexuals*, cit., 44, ed il bell'articolo di G.R. Kilpatrick, The National Coalition for Gay and Lesbian Equality v. The Minister of Justice: *a New Era in South African Sexual Orientation Protection*, in 24 *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation* 699 (1999); P. de Vos, *Sexual orientation and the right to equality in the South African Constitution:* National Coalition for Gay and Lesbian Equality & another v. Minister of Justice & Others, in 117(1) *SALJ,* 17 (2000); W. Freedman, *Formal versus substantive equality and the jurisprudence of the Constitutional Court*, cit.; A. Pantazis, *How to Decriminalise Gay sex: "National Coalition for Gay and Lesbian Equality v. Minister of Justice"*, in 15(2) *SAJHR,* 188 (1999); C. Albertyn, B. Goldblatt, *The Decriminalization of gay Sexual Offences: "The National Coalition v. Minister of Justice and Others"*, in 14(3) *SAJHR*, 461 (1998).

ne in essere una *sexual orientation discrimination*[74], e nell'esprimersi in tal senso chiarisce alcuni concetti preliminari, valevoli per qualunque *sexual orientation discrimination*[75]: (a) il termine orientamento indica "la propensione individuale (specialmente politica o psicologica) o la valutazione calibrata relativa a circostanze, idee, ecc; la scelta inerente la propria posizione mentale od emotiva"[76]; (b) "l'orientamento sessuale è determinato in base all'attrazione erotica: nel caso di eterosessuali, verso indivuidui di sesso opposto; nel caso di gay e lesbiche, nei confronti di soggetti dello stesso sesso. Chiunque sia attratto eroticamente da persone del proprio sesso può potenzialmente essere, quindi, una persona omosessuale o gay o lesbica"[77]; (c) al concetto di discriminazione fondata sull'orientamento sessuale "deve essere data un'interpretazione estesa, in guisa da includere tutti i casi che comunemente o testualmente possano pienamente ricondursi ad esso. Parimenti questo si applica a persone con orientamento sessuale bisessuale o transessuale, e si applica anche all'orientamento di persone che potrebbero, in circostanze singolari, essere attratte da un soggetto appartenente al proprio sesso"[78]; (d) il divieto di discriminazione in funzione dell'orientamento sessuale – nucleo centrale di un più ampio diritto al libero

---

[74] *National Coalition 1*, cit., § 14: "[n]either anal nor oral sex in private *between* a consenting adult male and a consenting adult female was punishable by the criminal law. Nor was any sexual act, in private, *between* consenting adult females so punishable" (corsivo aggiunto).

75 In *National Coalition 1* la Corte cosituzionale fornisce la propria definizione di orientamento sessuale, recependo in gran parte le indicazioni dottrinali: si v. E. Cameron, *Sexual Orientation*, in *South African Human Rights Yearbook 1992*, Centre For Socio-Legal Studies University of Natal, Durban, 1993, 87; K. Botha, E. Cameron, *Sexual Orientation*, in *South African Human Rights Yearbook 1994*, Centre For Socio-Legal Studies University of Natal, Durban, 1995, 281; K. Botha, J. Peters, *Sexual Orientation*, in *South African Human Rights Yearbook 1995*, Centre For Socio-Legal Studies University of Natal, Durban, 1996, 254. R. Louw, *Sexual Orientation*, in 8 *South African Human Rights Yearbook* 245 (1997/1998); per una prospettiva più ampia rispetto al contesto sudafricano si v. K. Thomas, *Beyond the Privacy principle*, in 92 *Columbia Law Review,* 1431 (1992); J.E. Halley, *Reasoning about Sodomy: Act and Identity In and After* Bowers *v.* Hardwick, in LXXIX *Virginia Law Review* 1721 ss. (1993).

[76] *National Coalition 1*, cit., § 20.

[77] *Idem*.

[78] *Idem*, § 21.

orientamento sessuale – impone di (1) estendere a tutti l'accesso a scelte consentite solo ad un particolare orientamento sessuale, (2) consentire il mantenimento delle differenze, ossia non pretendere l'omogeneizzazione di tutti al *lifestyle* di uno fra i possibili orientamenti sessuali[79].

Parimenti indicative sono le affermazioni della medesima Corte circa il tipo di discriminazione posta in essere dalla sez. 20A del *Sexual Offence Act 1957.* A fronte delle dichiarazioni della *High Court* – che aveva ritenuto siffatte disposizioni discriminatorie sotto il profilo di sesso, genere ed orientamento sessuale –, i giudici costituzionali prediligono un'analisi sostanziale, incentrata sull'impatto normativo, ma non negano la validità delle affermazioni di Heher J.: "l'obiettivo assurdamente discriminatorio e l'impatto della previsione possono essere dimostrati *in numerosi modi. Ne è sufficiente uno.* Una coppia gay frequenta un raduno sociale in cui vi sono coppie gay, lesbiche ed eterosessuali. L'uomo gay, in presenza di altri ospiti, bacia il suo partner gay sulla bocca in maniera 'finalizzata a stimolare' sia in lui che nel suo compagno 'passione sessuale' e a dare ad entrambi 'soddisfazione sessuale'. Essi non fanno altro. Una coppia lesbica e una eterosessuale si comportano esattamente allo stesso modo. La coppia gay è colpevole di un reato. Quelle lesbica ed eterosessuale no[80]".

Ciò affermando, sullo sfondo i giudici intuiscono e condividono la tesi che la norma impugnata discrimini (direttamente) in base al sesso – solo ad un maschio, e non ad una femmina, è vietato baciare un maschio *at a party* – ed al genere – il sesso socialmente forte, quello maschile, non può adottare comportamenti permessi solo al sesso debole, quello femminile, mostrando alla società ("at a party": sic!) di violare ineluttabilmente il mito della mascolinità –, ed (indirettamente) a cagione dell'orientamento sessuale. Tuttavia, dato che è sufficiente provare l'esistenza di una fattispecie discriminatoria, si preferisce asserire la sussistenza di una discriminazione fon-

---

[79] *Idem*, § 22; la Corte aggiunge che "[t]he desire for equality is not a hope for elimination of all differences […] To understand 'the other' one must try, as far as is humanly possible, to place oneself in the position of 'the other'".

[80] *National Coalition 1*, cit., § 75.

data sull'orientamento sessuale, siccome la differenziazione impatta maggiormente le minoranze sessuali: "[n]on essendoci disposizioni simili riguardo ad atti compiuti da donne con donne, o ad atti compiuti da uomini con donne o da donne con uomini, la discriminazione è fondata sull'orientamento sessuale"[81].

La preferenza del *sexual orientation discrimination argument* rispetto ad altri argomenti egualitari è la conseguenza sia del fatto che la costituzione sudafricana espressamente costituzionalizza l'orientamento sessuale, sia del fatto che la sez. 9 cost. finale ha come obiettivo principale la creazione dell'eguaglianza sostanziale e, dato che ai giudici è richiesto di valutare il contesto complessivo e l'impatto della discriminazione, ne consegue che anche l'individuazione del tipo di discriminazione è fortemente influenzato dall'approccio sostanziale-fattuale, al punto di diminuire l'importanza di distinguere specificamente le ipotesi di discriminazione diretta da quelle di discriminazione indiretta[82]. Inoltre l'utilizzo allargato e "generoso" del concetto di discriminazione fondata sull'orientamento sessuale rende tale argomento certamente più garantistico ed appetibile per la tutela del diritto al libero orientamento sessuale[83].

---

[81] *National Coalition 1*, cit., § 76.

[82] C. Albertyn, *Equality*, in M.H. Cheadle, D.M. Davis, N.R.L. Haysom (eds.), *South African Constitutional Law*, cit., 87.

[83] Tuttavia, nonostante l'ampia interpretazione data al concetto di *sexual orientation*, è necessario notare che esso si riferisce solo all'aspetto del desiderio sessuale inerente al sesso dei potenziali partners, nei confronti dei quali un soggetto può nutrire attrazione. Pertanto, l'orientamento sessuale nel suo significato costituzionale e legale non può essere esteso ad ogni generica attrazione sessuale che un individuo può nutrire rispetto ad elementi diversi dal sesso degli esseri umani, come, ad esempio, nei confronti del genere animale: si v. J. Burchell, J. Milton, *Principles of criminal law*, cit., 638. Né, tanto meno, il divieto di discriminazione in ragione dell'orientamento sessuale (sez. 9(3) cost. finale) fornisce "copertura costituzionale" all'attrazione sessuale di adulti nei confronti di minori (pedofilia) (si v. J. Burchell, J. Milton, *Principles of criminal law*, cit., 639). Quest'ultimo profilo fu oggetto di dibattito in sede di *Multy Party Negotianting Process* (processo costituente), e fu l'elemento che indusse il *National Party* ad affermare la pericolosità di inserire il *sexual orientation* fra i *specified grounds* dell'*equality clause*. Tuttavia, i tecnici presenti in sede di negoziazione del testo provvisorio della costituzione del 1993 riuscirono a persuadere i membri politici circa l'infondatezza di tali obiezioni, come ammise, peraltro, Hugh Corder (membro della *Technical Committee*) durante un'intervista con Stychin: si v. C.F. Stychin, *A Nation by Rights: national cultures, sexual identity politics and the discourse of rights*, Temple University Press,

La Corte in *National Coalition 1* mostra di compiere un'indagine di tipo sostanziale, e contemporaneamente manca di specificare la forma, diretta od indiretta, della discriminazione fondata sull'orientamento sessuale. Ciò non comporta la negazione dell'esistenza di discriminazioni dirette od indirette, né la possibilità che i fattori di discriminazione possano tra loro "quantitativamente" intersecarsi e sovrapporsi, ma semplicemente il riconoscimento del fatto che, "qualitativamente", la previsione discriminatoria impatta maggiormente una categoria piuttosto che un'altra[84]. Per la Corte *è sufficiente* inquadrare ciascuna fattispecie discriminatoria accordando preferenza al fattore che qualitativamente ha un impatto maggiore rispetto agli altri.

Riguardo al *gender discrimination argument*, Ackermann J – estensore dell'opinione di maggioranza di *National Coalition 1* – ribadisce che la discriminazione omosessuale è prevalentemente legata al mantenimento di stereotipi sociali, morali, religiosi che presuppongono ruoli di genere pre-assegnati ai due sessi: "i disposti che discriminano l'attività sessuale maschile rafforzano i perduranti pregiudizi sociali ed acuiscono gli effetti negativi di tali pregiudizi sulla vita [degli omosessuali][85]". Lo stesso Ackermann in *S v H* aveva in precedenza caldeggiato un mutamento dei modelli sociali di genere e una maggiore accettazione dell'omosessualità, e a tal proposito aveva constatato che "c'è ancora una parte cospicua del pensiero teologico che ritiene che lo scopo principale delle relazioni sessuali sia la procreazione, e che per tale ragione condanna la contraccezione. C'è anche una parte rilevante del pensiero teologico che non appoggia più tale visione. Anche l'atteggiamento sociale nei confronti della contraccezione e dei matrimoni senza prole è in mutamento.

Philadelphia, 1998, 74; L. Du Plessis, H. Corder, *Understanding South Africa's Transitional Bill of Rights*, Juta, Cape Town, 1994, 144.

[84] *National Coalition 1*, cit., § 113 (Sachs J., *concurring*): "[t]he objective is to determine in a qualitative rather than a quantitative way if the group concerned is subjected to scarring of a sufficiently serious nature as to merit constitutional intervention". Sachs J. aggiunge che, di norma, discriminazioni multiple producono anche maggiore vulnerabilità ("overlapping vulnerability is capable of producine overlapping discrimination").

[85] *Ibidem*, § 23.

Questi atteggiamenti in corso di mutamento devono inevitabilmente determinare un cambiamento nell'approccio all'omosessualità"[86]. In *National Coalition 1* si ritrovano affermazioni dello stesso tenore[87].

Alle affermazioni di Ackermann, Sachs J. (*concurring opinion*) aggiunge in chiave spiccatamente milliana che "le condotte che deviano da certe consolidate norme sociali sono in genere punite solo nella misura in cui siano violente, disoneste, ingannevoli od in qualche altro modo in conflitto con la pace pubblica o lesive di interessi altrui. Tuttavia, nel caso dell'omosessualità maschile, la percepita devianza è punita semplicemente in quanto deviante. Questa è oggetto di repressione in ragione del suo percepito simbolismo, anziché per l'esistenza di un danno obiettivo. La riprova di ciò sta nel fatto che la consensuale penetrazione anale di una femmina non è criminalizzata. Pertanto, non è l'atto di sodomia in sé che l'ordinamento intende colpire, ma il cosiddetto sodomita che vi partecipa; non essendovi alcun danno sociale obiettivo [il *sodomy offence* non ha altre giustificazioni], tranne quello di rappresentare la percepita minaccia all'egemonia eterosessuale della *same-sex passion* in sé e per sé […] Sono convinto che, quando gli estensori del *Bill of Rights* decisero di includere espressamente l'orientamento sessuale nella lista dei fattori che fanno presumere l'esistenza di una discriminazione *unfair*, essi avessero proprio tali considerazioni in mente"[88].

---

[86] *S v. H*, cit., 547H: con essa Ackermann J. annulla la precedente decisione di condanna concernente un "case of private homosexual act between two consenting adult males" (546B) richiamando solo sostanzialmente – e non formalmente – i principi di eguaglianza, privacy, autonomia morale e decisionale, e sottolineando l'assenza di un *public harm* giustificativo di una eventuale limitazione di un diritto (548B).

[87] In *National Coalition 1*, cit., § 26 si afferma che lo scopo della criminalizzazione della sodomia "is to criminalise private conduct of consenting adults which causes no harm to anyone else. It has no other purpose than to criminalise conduct which fails to conform with the moral or religious views of a section of society"; al § 76, relativamente alla sez. 20A del *Sexual Offence Act* del 1957, si ribadisce che "[t]here is nothing before us to show that the provision was motivated by anything other than rank prejudice and had as its purpose the stamping out of those forms of gay-erotic self-expression".

[88] *National Coalition 1*, cit., § 108-109; J. Milton, *Unfair discrimination on the grounds of "gender", sex … [or] sexual orientation". How the Sexual Offence Act 1957 does it all*, in 10 *South African Journal of Criminal Justice* 297 (1997). Sempre in chiave milliana, Niekerk aveva giudicato la criminalizzazione dell'attivi-

Sulla *sexual orientation discrimination* è d'uopo svolgere una breve riflessione. Dall'analisi sin qui svolta emerge come l'orientamento sessuale sia principalmente inteso come un tratto psicologico-identitario e come, tuttavia, ai fini giuridico-costituzionali, sia opportuno concepire questa caratteristica umana in senso onnicomprensivo. A tal stregua, la Corte costituzionalizza la nota concezione bipolare semplificata dell'orientamento sessuale (John Money) – in linea con la concezione psicologica-identitaria e comportamentale ampia – e menziona come possibili categorie di orientamento sessuale l'eterosessualità, l'omosessualità (gay e lesbiche) e la bisessualità. *Ex adverso*, rigettando la visione binaria, i giudici scartano implicitamente la tesi che vede la bisessualità come un fenomeno solo apparente, per cui gli individui sarebbero solo o omosessuali, o eterosessuali. Per la Corte i comportamenti e le attrazioni miste non sono mere parentesi temporanee di omosessualità o di eterosessualità, determinate unicamente da situazioni particolari che favoriscono un comportamento od un desiderio discordante rispetto al proprio reale orientamento.

A riprova di ciò i giudici distinguono la bisessualità dalle ipotesi – parimenti coperte dal divieto di discriminazione in base all'orientamento sessuale, nonché dal più ampio diritto al libero orientamento sessuale – in cui, "in una singola occasione", una persona sia attratta da soggetti di sesso identico al proprio. Infatti, è plausibile che talora le persone abbiano rapporti sessuali omosessuali esclusivamente in virtù di peculiari circostanze, e a prescindere dal fatto che queste si identifichino come omosessuali – ad esempio quando per lunghi periodi non vi sia disponibilità di partner ideali, come nel caso del sesso compiuto fra le mura carcerarie, in cui l'omosessualità (*dell'atto*) è determinata dalla circostanza –. Ed è proprio a tale circostanza che i giudici sembrano fare riferimento, consapevoli del fatto che, in prossimità dell'entrata in vigore della costituzione transitoria[89], un *obiter dictum* di *S v H* (1993) aveva affermato la com-

---

tà omosessuale maschile come volontà dell'ordinamento di punire comportamenti non offensivi in sé e per sé, ma sintomatici di un'inversione di genere, tale per cui gli omosessuali finivano per costituire una sorta di terzo sesso: B.D. VAN NIEKERK, *The "Third Sex" Act*, 87 *SALJ,* 87 (1970).

[89] *National Coalition 1*, cit., § 14: "[t]he long history relating to the ways in which South African criminal common law differentiated in its treatment of gays

patibilità costituzionale della criminalizzazione della condotta sodomitica *intra moenia*[90].

A ben notare, così facendo la Corte finisce per costituzionalizzare anche la concezione comportamentale pura – che, come si è visto, implica la determinazione dell'orientamento sessuale in base al rapporto di identità/non-identità dei sessi coinvolti in una singola condotta emotivo-sessuale, come nel caso di un singolo rapporto sessuale[91] – e per riconoscere che l'orientamento sessuale meriti una protezione costituzionale a prescindere dal fatto che esso costituisca o no uno *status* immutabile. Infatti, anche di là del contesto costituzionale sudafricano, sarebbe più opportuno interpretare le costituzioni nazionali o le carte internazionali nel senso di estendere il loro regime protettivo non solo ai tratti umani cd. immutabili – nemmeno il sesso, il genere, e la cultura sono a rigore tratti necessariamente immodificabili –, ma anche a quelle scelte che, seppur minoritarie, sono così fondamentali per la definizione di sé stessi che non possono non essere salvaguardate e coperte da un diritto fondamentale al libero orientamento sessuale.

La Corte inoltre costituzionalizza – includendole parimenti nel concetto di orientamento sessuale – anche ipotesi che, a rigore scientifico, esulerebbero dallo stesso per rientrare in quello di genere, come le fattispecie discriminatorie collegate all'identità sessuale o di genere (transessualismo). Tuttavia, tale indirizzo giudiziale non sorprende eccessivamente, soprattutto se si considera che agli occhi dei giudici la *sexual orientation discrimination* presenta tratti comuni con la *gender discrimination.* Tale scelta è inoltre coerente con il disegno costituzionale antidiscriminatorio ben delineato in *Brink v*

---

as opposed to its treatment of heterosexuals and lesbians, prior to the passing of the interim constitution, has already been dealt with in at least three judgment of the High Court".

[90] *S v H*, cit.: "[t]here may be special situations where a legitimate societal interest might justify a different view being taken of private sodomy, even between consenting adults. The position of prison inmates come to mind. There may well be others. The proscription of private sodomy between consenting adults undergoing imprisonment could well serve a legitimate societal interest".

[91] In tal caso, è *self-evident* l'impossibilità di ipotizzare un orientamento sessuale bisessuale, poiché esso presuppone necessariamente l'osservazione di almeno due condotte.

Kitshoff NO, ove la Corte afferma che "sebbene nella nostra storia la forma discriminatoria più visibile e penetrante sia stata quella razziale, altri sistemici motivi di discriminazione erano e sono radicati nel nostro tessuto sociale. Tramite la formulazione [dell'eguaglianza] i costituenti riconoscono che forme sistemiche di discriminazione incentrate su fattori diversi dalla razza hanno causato, e possono continuare a causare, danni considerevoli. Per questa ragione, [l'eguaglianza] elenca un'ampia, ma non esaustiva schiera di fattori proibiti di discriminazione"[92].

All'epoca di *National Coalition 1* la Corte era indubbiamente consapevole del fatto che l'ordinamento sudafricano continuasse ingiustamente a discriminare i transessuali, impedendo loro, ad esempio, di procedere alla modificazione dei registri di stato civile successivamente all'intervento chirurgico di riallineamento, e conseguentemente a negare loro una serie nutrita di *benefits* – tra cui quello di contrarre matrimonio con persone del proprio sesso cromosomico[93]. La Corte sembra quindi temere che la mancata indicazione espressa, fra i *grounds* di non-discriminazione, della *gender/sexual identity* potesse costituire motivo di ritardo nell'adozione degli opportuni provvedimenti legislativi.

Di qui, dunque, scaturisce l'esigenza giudiziale di includere nel concetto di discriminazione fondata sull'orientamento sessuale anche le classificazioni normative arbitrarie fondate sull'identità di genere o sessuale. È, forse, grazie anche all'impulso della Corte che il legislatore sudafricano è intervenuto positivamente nel 2003 consentendo ai transessuali e agli intersesso di modificare la descrizione sessuale attribuita al momento della nascita (*Alteration of sex description and sex status, Act No 49 of 2003*[94]). A scanso di equivoci, tuttavia, dottrina e legislatori continuano ad addurre, più correttamente, il *gender discrimination argument*, nella consapevolezza che

---

[92] *Brink v. Kitshoff NO*, cit., § 41.

[93] G.H.A. Spijker, *A captive in the wrong body: transsexualism. A comparative perspective*, in 63(4) *THRHR,* 629-631 (2000); A. Pantazis, *Meanings of Transsexualism*, cit., 468 ss.

[94] *Alteration of sex description and sex status, Act No 49 of 2003*, in *Government Gazette*, Cape Town, 15 March 2004, No. 26148.

l'identità sessuale o di genere è riconducibile più propriamente al sesso-genere di una persona [95].

3.2. *(Segue:) Il diritto a non essere discriminati, direttamente o indirettamente, in base all'orientamento sessuale e allo "status" civile*

Si è già notato che la disparità di trattamento fondata direttamente sullo *status* civile colpisce assai di frequente le persone omosessuali, e costituisce una discriminazione indiretta basata sull'orientamento sessuale. Di norma agli omosessuali non è consentito contrarre matrimonio, e questi non sono, dunque, in grado di soddisfare il requisito normativo che subordina il conferimento di *benefits* solo in presenza di un rapporto di coniugio. Tale dato trova conferma nella giurisprudenza costituzionale sudafricana anteriore al *marriage case*, la quale, tuttavia, ha affrontato la questione avendo a disposizione una cornice costituzionale adeguatamente attrezzata, dato che la sez. 9(3) cost. fi-

---

[95] A ben notare, la dottrina richiama più correttamente l'*equal liberty argument*, proponendo la lettura combinata del divieto di discriminazione in ragione del genere col diritto fondamentale alla dignità umana; cfr. G.H.A. Spijker, *A captive in the wrong body: transsexualism*, cit., 627 ("gender is important and protection against discrimination on this basis is to be found in many human rights documents"), 628 ("The Constitution of the Republic of South Africa […] does not refer expressly to the phenomenon of transexualism. Therefore the position has to be accomodated within Charter two of The Bill of Rights. It is generally acknowledged that a person has inherent dignity and the right to have his or her dignity respected and protected. Explicit provision has been made for this fundamental right in section 10 of the Constitution. Section 9(3) of the Constitution further provides: The State may not unfairly discriminate directly or indirectly against on one or more grounds, including race, gender)". Sotto altro fronte, L'art. 1 dell'*Act. No 49 of 2004* precisa che "gender characteristic means the way in which a person expresses his or her social identity as a member of a particular sex by using style of dressing, the wearing prostheses or others means; gender reassignment means a process which is undertaken for the purpose of reassigning a person's sex by changing physiological or other sexual characteristics, and includes any part of such a process; intersexed, with reference to a person, means a person whose congenital sexual differentiation is atypical, to whatever degree; […] sexual characteristic means primary or secondary sexual characteristic or gender characteristic".

nale vieta le discriminazioni, dirette ed indirette, fondate sia sul *marital status* che sull'orientamento sessuale.

In *National Coalition 2*[96], la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità della sez. 25(5) dell'*Aliens Control Act No 26 of 1991* – questa stabiliva che "una commisione regionale [potesse], su domanda del coniuge […] di una persona permanentemente e legittimamente residente nella Repubblica, autorizzare l'emissione di un permesso d'immigrazione" – confermando, almeno in parte, la precedente decisione d'illegittimità costituzionale pronunciata dalla *High Court*[97]. L'Alta Corte aveva tuttavia specificato trattarsi di discriminazione fondata sull'orientamento sessuale, ed aveva evitato di considerare l'esistenza di altri profili discriminatori[98], conclusione, questa, che diventò oggetto di contestazione di fronte ai giudici costituzionali.

I convenuti sostenevano che la disposizione impugnata desse luogo ad una differenziazione "fondata sul presupposto che essi erano non-coniugi" ("based on the ground that they were non-spouses"), diversa sia dall'orientamento sessuale sia dal *marital status*, e che, poiché tale, non potesse essere presunta *unfair discrimination*;

---

[96] *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v. Minister of Home Affairs and others*, cit.; per un'analisi dottrinale del caso si v.: P. Gerber, *Case Comment: South Africa: Constitutional Protection for Homosexuals*, cit., 48; C. Chetty, *Sexual Orientation as a constitutional right – National Coalition for Gay and Lesbian Equality v. Minister of Home Affairs*, in 64(4) *THRHR,* 657 (2001); R. Louw, *Gay and Lesbian Partner Immigration and the Redefining of Family: "National Coalition for Gay and Lesbian v. Minister of Home Affairs"*, in 16(2) *SAJHR,* 313 (2000); S. Motara, *Making the Bill of Rights a Reality for Gay and Lesbian Couples: "National Coalition for Gay and Lesbian Equality v. Minister of Home Affairs"*, in 16(2) *SAJHR,* 344 (2000).

[97] *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and others v. Minister of Home Affairs and others* 1999 cit. Il rapporto fra orientamento sessuale e *status* coniugale è oggetto di considerazione anche nella successiva giurisprudenza costituzionale: *Du Toit and Another v. Minister of Welfare and Population Development and Others* 2001, cit.; *Du Toit and Another v. Minister of Welfare and Population Development and Others* 2002, cit.; *J and B v. Director-General, Department of Home Affairs and Other,* Case No 1906/2002, October 2002 (*High Court – Durban and Coast Local Division*), § 27; *J and B v. Director-General, Department of Home Affairs and Other,* Case CCT 46/02 (*Constitutional Court*), cit.

[98] *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and others v. Minister of Home Affairs and others* 1999 cit., 291G-292F.

in via subordinata, le parti argomentavano che, anche qualora la classificazione normativa fosse fondata sul *marital status*, nulla impediva agli omosessuali di contrarre valido matrimonio con persone del sesso opposto, potendo essi, in tal modo, assumere la qualifica di *spouse*. Di conseguenza, secondo i convenuti, il fatto che i ricorrenti non potessero godere del *benefit* normativo dipendeva unicamente da una loro scelta personale[99].

Ackerman J. rigetta tali argomentazioni, sottolineando che esse confondevano "la forma con la sostanza" e che non tenevano in debita considerazione "l'esperienza e l'impatto sociale della discriminazione". La discriminazione giuridica – prosegue il giudice – non avviene quasi mai in sfere rigidamente separate le une dalle altre, né, tanto meno, l'impatto della stessa è limitato ad una specifico aspetto. All'opposto, la natura della discriminazione deve essere valutata tenendo in considerazione il punto di vista di coloro che la subiscono[100].

Tali affermazioni confermano l'importanza di inquadrare la fattispecie discriminatoria in conformità ad un approccio qualitativo-sostanziale, sminuendo anche l'importanza di specificare la forma (diretta o indiretta) della discriminazione. Infatti, essendovi una cornice costituzionale che vieta le discriminazioni dirette e indirette, da un lato, e quelle fondate sull'orientamento sessuale e sullo *status* coniugale, dall'altro, un'analisi strettamente formale-quantitativa avrebbe probabilmente indotto il giudice a specificare che lo *statute* in esame poneva in essere: a) una prima discriminazione direttamente fondata sul *marital status*, e b) una seconda discriminazione indirettamente fondata sul *sexual orientation.* Ackerman J., al contrario, preferisce non isolare le due forme discriminatorie e, adottando il criterio del punto di vista dei soggetti colpiti – "the experience of those on whom it impacts[101]" –, inquadra la fattispecie discriminatoria sulla base di una visione onnicomprensiva: "la sezione 25(5) ac-

---

[99] *National Coalition 2*, cit., §§ 33-34.

[100] La Corte pare avere subito l'influsso della giurisprudenza canadese: in *Egan v Canada*, cit., 41, L'Hereux-Dubé J. (*dissenting*) afferma: "[t]he important principle, however, which this Court has accepted, is that discriminatori effects must be evaluated from the point of view of the victim, rather than the point of view of the state".

[101] *Ibidem*, § 35.

corda protezione alle relazioni coniugali tra eterosessuali ed esclude qualunque protezione ad unioni permanenti che implicano una relazione coniugale tra persone dello stesso sesso, l'unica forma di relazione a carattere coniugale accessibile ai gay e alle lesbiche in armonia con il loro orientamento sessuale"[102].

Il giudice conclude asserendo l'esistenza di un'unica discriminazione, ove i singoli fattori, anziché essere isolati, si sovrappongono l'un l'altro: "la visione migliore […] è che la discriminazione di cui alla sez. 25(5) costituisce una doppia e intersecante discriminazione ["overlapping or intersecting discrimination"] sulla base dell'orientamento sessuale e sullo status coniugale, entrambe specificate alla sez. 9(3) e presunte essere discriminazioni ingiuste alla luce della sez. 9(5) della Costituzione"[103]. È d'altronde molto probabile che gli stessi soggetti colpiti si fossero sentiti ingiustamente discriminati dalla disposizione contenuta nell'*Alien Control Act* in ragione di un dato di fatto, e cioè che, essendo essi omosessuali, non potessero contrarre valido matrimonio.

Tale approccio è confermato in *Du Toit and Another v Minister of Welfare and Population Development and Others*, ove Skweyiya AJ ha riconosciuto – nel dichiarare l'illegittimità di alcuni disposti contenuti nel *Child Care Act No 74 of 1983* e nel *Guardianship Act No 192 of 1993* che accordavano solo alle *opposite-sex couples* unite in matrimonio il diritto di adottare congiuntamente un bambino – che "l'effetto ingiusto della discriminazione è completamente fondata su un'intersezione dei fattori di discriminazione […]: la condizione dei ricorrenti di persone non sposate che attualmente preclude loro, come coppia, di adottare i due fanciulli è inestricabilmente collegata al loro orientamento sessuale. Tranne che per il loro orientamento sessuale che preclude loro di accedere al matrimonio, costoro

---

[102] *Ibidem*, § 36.

[103] *Ibidem*, § 40. Ackermann J. aggiunge che "the prerequisite of marriage before the benefit is available points to that element of the discrimination concerned with marital status, while the fact that no such benefit is available to gays and lesbians engaged in the only form of coniugal relationship open to them in harmony with their sexual orientation represents discrimination on the grounds of sexual orientation. I propose dealing with the present case on this bases".

soddisfano pienamente i criteri che, diversamente, li legittimerebbero all'adozione congiunta dei bambini"[104].

3.3. *Il diritto alla differenza ("right to be different")*

Il riconoscimento e l'accettazione della differenza è oltremodo importante in Sudafrica, un Paese che per lungo tempo ha negato libertà fondamentali ed altri *benefts* normativi prevalentemente in ragione dell'appartenenza razziale. È convinzione comune che alla base del percorso di transizione democratica si trovi la necessità profonda di fondare un nuovo ordinamento sociale ed istituzionale nel quale tutti i sudafricani abbiano il diritto ad una cittadinanza comune, all'interno di uno Stato che affermi l'eguaglianza di tutti a prescindere dalle origini e rispetti il mosaico etnico-linguistico, culturale, sociale e storico che caratterizza la sua popolazione. La sfida sudafricana consiste nel trasformare le differenze un tempo percepite come insormontabili, in semplici fortuità biologiche o culturali, ovvero nell'accettare le persone così come sono[105].

Sul presupposto che "il desiderio per l'eguaglianza non è l'aspirazione all'eliminazione di tutte le differenze"[106], nell'interpretare la sez. 9 cost. finale si è posto l'accento sul valore della variabilità dell'essere umano sino a desumere da questa il diritto alla differenza ("right to be different"). Più in generale può dirsi che per meglio interpretare il concetto costituzionale di eguaglianza il giudice deve considerare non solo le proprie concezioni, ma anche quelle di coloro per cui tale concetto assume un significato particolare. Il giudice deve il più possibile cercare di assumere una posizione esterna a sé stesso, e quindi più inclusiva ed ad aspirazione tendenzialmente universale. È compito dell'interprete tentare di cogliere il significato di eguaglianza dal modo in cui questo è invocato dalle persone e dai

---

[104] *Du Toit and Another v. Minister of Welfare and Population Development and Others*, cit., § 26. Cfr. anche *J and B v. Director-General, Department of Home Affairs and Others*, cit., §§ 13, 14.

[105] V. Federico, *La cittadinanza nell'esperienza sudafricana*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2003, 113-145.

[106] *National Coalition 1*, cit., § 22.

gruppi, al fine di formulare, per quanto possibile, una concezione razionale che giustifichi tale attrattiva.

Per cogliere il significato vero e la portata del diritto alla differenza non è sufficiente interpretare l'eguaglianza alla luce di convinzioni ormai consolidate che possono farvi rientrare; al contrario, è necessario porsi all'interno dello schema più generale di concezioni e atteggiamenti di coloro che danno valore al concetto di eguaglianza. In *National Coalition 1* Ackerman J. riconosce – rifacendosi al pensiero espresso da Corj J. in *Vriend v Alberta* (Corte Suprema canadese 1998) – che "è facile affermare che tutti coloro che sono proprio come 'noi' hanno diritto all'eguaglianza. Tutti trovano più arduo affermare che quelli che sono in qualche modo 'differenti' da noi hanno lo stesso diritto all'eguaglianza di cui noi godiamo. Inoltre non appena affermiamo che […] qualche gruppo è meno meritevole e degno all'eguale protezione e beneficio della legge, in quel preciso momento tutte le minoranze e i membri della società […] subiscono una perdita di dignità. È così dannatamente semplice e ingiurioso affermare che coloro che sono handicappati o appartenenti ad una razza, o religione, o colore, o orientamento sessuale diversi sono meno degni"[107].

Ciò evidenzia come in Sudafrica il diritto alla differenza si sia affermato tramite l'interpretazione dell'eguaglianza alla luce dei valori connessi di dignità umana e *ubuntu*; inteso come diritto alla differenza, l'eguaglianza racchiude anche le concezioni di coloro che per secoli hanno subito l'esperienza della discriminazione e dell'emarginazione. In tal senso "l'esperienza della subordinazione – della personale subordinazione, soprattutto – sta dietro alla concezione dell'eguaglianza"[108]. *Ergo*, trattare diversamente coloro che la società percepisce come differenti significa perpetuare la subordinazione ed il senso d'inferiorità di un gruppo minoritario, in aperta contraddizione con lo spirito di eguaglianza e dignità umana.

Eguaglianza non significa uniformità, ma "eguale considerazione e rispetto attraverso la differenza"[109]. Stando all'opinione di Albie

---

[107] *Ibidem*, § 23.
[108] *National Coalition 2*, cit., § 35.
[109] *National Coalition 1*, cit., § 132 (Sachs J., *concurring*).

Sachs in *National Coalition 1*, l'eguaglianza "non presuppone l'eliminazione o la soppressione della differenza. Il rispetto per i diritti umani richiede l'affermazione di ciò che si è, e non la sua negazione. Essa non implica il livellamento o l'omogeneizzazione del comportamento, ma il riconoscimento e l'accettazione della diversità. Nella sua essenza, l'eguaglianza richiede che la differenza non costituisca il fondamento per l'esclusione, la marginalizzazione, lo stigma e la criminalizzazione. Nell'ipotesi migliore, l'eguaglianza esalta la vitalità che la differenza apporta in ogni società[110]".

L'eguaglianza intesa come diritto alla differenza assume un'importanza singolare per le minoranze sessuali, giacché implica la necessità di una rivisitazione dell'idea di devianza sessuale: "[d]i fronte alla regola dell'eterosessualità," – si afferma in *National Coalition 1* – "gli omosessuali erano marchiati per la devianza rispetto alla norma, e in costoro si vedeva unicamente la differenza. Ciò che la Costituzione richiede è che il diritto e le pubbliche istituzioni riconoscano la variabilità dell'essere umano, e trattino con eguale rispetto e considerazione le differenti persone. Perlomeno, ciò che è statisticamente normale deve cessare di essere il parametro legale normativo. […] [L']ambito di ciò che è costituzionalmente normale è più esteso, al punto di includere la più ampia gamma di prospettive, e di riconoscere, accogliere ed accettare qualunque diversità. In una società aperta la normalità non è dunque data da una forma standardizzata o imposta di comportamento che rifiuta di riconoscere la diversità, ma dalla stessa accettazione del principio di differenza, che recepisce la mutevolezza del comportamento umano"[111].

In *Fourie*[112] – il caso concernente l'estensione del matrimonio civile alle coppie composte da persone dello stesso sesso –, la Corte rielabora l'ideale di un paradigma normativo inclusivo di molteplici forme di diversità biologica, sociale, culturale. Il fatto che il *Bill of Rights* non contempli un espresso diritto fondamentale al matrimonio non deve essere inteso – avverte la Corte – come rinuncia da par-

---

[110] *Ibidem*.

[111] *Ibidem*, § 134 (Sachs J., *concurring*).

[112] *Minister of Home Affaire and Another v. Fourie and Others*; *Lesbian and Gay Equality Project and Others v. Minister of Home Affairs and Others*, cit.

te della costituzione "sia a proteggere quel diritto sia la concomitante pretesa ad essere trattati egualmente e con dignità nell'esercizio di quel diritto"[113]. La ragione per cui i padri costituenti non disposero nulla in merito risiede nell'impossibilità di fornire un paradigma intramontabile di formazione familiare, ossia di definire, una volta per tutte, "questioni strettamente correlate alla storia, alla cultura, e alle speciali circostanze sociali"[114], ma ciò non implica la negazione dei diritti fondamentali al matrimonio e alla creazione di una famiglia in linea coi valori di dignità umana, eguaglianza e libertà.

Nella prospettiva delle minoranze sessuali – anch'esse memori "della lunga storia, nel nostro paese [in sudafrica] e all'estero, di emarginazione e persecuzione"[115] – il riconoscimento del diritto fondamentale al matrimonio conferisce pienezza ed effettività ai valori di eguaglianza, dignità e libertà, ed in tal senso la Corte costituzionale avverte che la questione dell'estensione del matrimonio "concerne il bisogno di affermare il vero carattere dell'assetto sociale, nel senso di fondarlo sui valori della tolleranza e del reciproco rispetto. Tolleranza non significa far spazio a persone e pratiche con cui la maggioranza si sente a proprio agio, ma accogliere le espressioni di ciò che di norma si avverte come fastidioso"[116].

Il diritto ad essere diversi protegge l'interesse individuale ad "esprimere se stessi senza essere costretti a subire la subordinazione imposta da valori culturali e religiosi altrui", riconoscendo così uno spazio pubblico "ai membri della comunità che non aderiscono alla norma maggioritaria"[117]. Ad un tempo "deve aggiungersi che il riconoscimento della diversità derivante dalle differenti forme di orientamento sessuale arricchisce il mosaico nazionale di un tassello ulteriore e aggiuntivo"[118], contribuendo così all'interesse generale alla realizzazione di un sistema capace di includere tutti con dignità e rispetto.

---

[113] *Ibidem*, 47.
[114] *Idem.*
[115] *Ibidem*, 59.
[116] *Ibidem*, 60.
[117] *Ibidem*, 61.
[118] *Ibidem*, 61.

L'esclusione delle *samme-sex couples* dal matrimonio lede il *right to be different* perché "rappresenta un duro, se non subdolo, mezzo normativo per asserire che le coppie dello stesso sesso sono outsider sociali, e che il loro bisogno di affermazione e protezione delle loro relazioni intime, come esseri umani, è in qualche modo minore rispetto a quello delle coppie eterosessuali. Ciò rinforza l'idea lacerante che gli omosessuali debbano essere trattati come stranezze biologiche, come esseri umani falliti o scaduti che non rientrano nella società normale, e che, come tali, non presentano i requisiti minimi per la piena considerazione morale e il rispetto che la costituzione sudafricana intende assicurare a tutti"[119].

3.4. *Le misure positive*

Stando all'opinione concorrente espressa da Sachs J. in *National Coalition 1*, dall'eguaglianza dovrebbero desumersi altri due corollari: "[i]l primo è che ai membri della comunità omosessuale deve essere dato pieno accesso al processo legislativo su questioni che li riguardano direttamente, in guisa che […] anche alle loro proposte legislative" e ai loro punti di vista sia dato eguale rilevo in sede di deliberazione. Il secondo, invece, richiede che "la selezione dei temi da affrontare in sede politica non venga compiuta sulla base di stereotipi e pregiudizi"[120]. Considerato il tenore letterale di siffatti *dicta*, l'impressione è che il giudice non alludesse a vere e proprie misure affermative volte a garantire la rappresentanza politica (sociologica) delle minoranze LGB – tra queste, ad esempio, la predisposizione di "quote queer", o il "queer gerrymandering". È invece probabile che Sachs J. alludesse a strumenti promozionali e compartecipativi, indubbiamente meno invasivi di sfere soggettive altrui, da realizzarsi anche nell'ambito del processo legislativo.

La predisposizione di azioni affermative a favore delle minoranze LGB, tuttavia, specie se in ambiti diversi dal settore spinoso della rappresentanza politica, è espressamente autorizzato, ed in certe cir-

---

[119] *Ibidem*, 71.

[120] *National Coalition 1*, cit., §§ 132-133 (Sachs J., *concurring*).

costanze imposto, dalla sez. 9(2) cost finale. In *Van Heerden*[121] – il noto caso sulle azioni affermative – Sachs J. riconosce espressamente che "l'effetto complessivo della sez. 9(2) è di ancorare il disposto di eguaglianza nella sua interezza attorno alla necessità di smantellare le strutture fonti di svantaggio conseguenti a secoli di dominazione razziale legalizzata, e millenni di strutture legali e sociali di subordinazione patriarcale. In questo senso essa fornisce un'indiscussa abilitazione costituzionale a favore di misure attive da intraprendere per proteggere o avanzare persone svantaggiate a causa della loro etnia, origine sociale, *orientamento sessuale*, età, disabilità, religione, cultura e altri fattori che hanno operato e continuano ad operare a svantaggio di persone o categorie di persone"[122].

4. *Il diritto al libero orientamento sessuale: dignità umana*

Quando l'ordinamento differenzia i trattamenti normativi in ragione dell'orientamento sessuale, la violazione costituzionale che ne consegue di norma non riguarda solo l'eguaglianza, ma coinvolge anche la dignità umana nella sua duplice dimensione giuridica, come *diritto* – la sez. 10 cost. finale afferma che "Everyone has inherent dignity and the right to have their dignity respected and protected" – e come *valore* fondante il nuovo ordine costituzionale (sezz. 7, 36, 39 cost. finale)[123]. Ciò perché la dignità umana costituisce ad un tempo il *core right* del *Bill of Rights* sudafricano e il presupposto etico-valoriale degli altri diritti e valori affermati in Costituzione[124].

---

[121] *Minister of Finance and others v. Van Heerden*, cit.

[122] *Ibidem*, § 141 (Sachs J, *partly concurring*) (corsivo aggiunto).

[123] *National Coalition 1*, cit., § 28; *Du Toit and Another v. Minister of Welfare and Population Development and Others*, cit., §§ 27-29; E. Cameron, *Constitutional Protection of sexual orientation and African conceptions of humanity*, cit., 642 (2001); S. Cowen, *Can "Dignity" guide South Africa Equality Jurisprudence?*, cit., 34; A. Fagan, *Dignity and Unfair Discrimination*, cit., 220.

[124] A. Chaskalson, *Human Dignity as a Foundational Value of Our Constitutional Order*, in 16(2) *SAJHR*, 193 (2000); D. Davis, *Dignity*, in D. Davis, H. Cheadle, N. Haysom (eds.), *Fundamental Rights in the Constitution. Commentary and Cases*, Juta & Co Ltd, Cape Town, 1997, 70; A. Cachalia, H. Cheadle, D. Davis, N. Haysom, P. Maduna, G. Marcus (eds.), *Human Dignity*, in *Fundamental Rights*

In *S v. Makwanyane and Another*, O'Regan J. asserice che "accordare un diritto alla dignità significa riconoscere il valore intrinseco degli esseri umani: gli esseri umani hanno il diritto ad essere trattati come soggetti meritevoli di rispetto e considerazione. Questo diritto pertanto costituisce il fondamento di altri diritti specificamente supportati nel *Chapter 3*[125]". "La Costituzione riconosce il diritto alla dignità" – si specifica meglio in *Dawood and another v. Minister of Home Affairs and others; Shalabi v. Minister of Home Affairs; Thomas v Minister of Home Affaire* – "per contraddistinguersi dal passato, connotato dalla costante e spietata negazione dei diritti ai neri sudafricani. La Costituzione richiede che la dignità contrassegni anche il futuro, affinché la nostra democrazia promuova il rispetto del valore inerente di tutti gli esseri umani. La dignità umana informa pertanto la tutela dei diritti e l'interpretazione costituzionale ad ogni livello. Essa è un valore che contrassegna l'interpretazione di molti – possibilmente tutti – gli altri diritti. Questa Corte ha già riconosciuto la centralità del valore costituzionale della dignità nell'interpretare diritti quali l'eguaglianza, il diritto a non essere puniti in modo cruento, disumano e degradante, il diritto alla vita. La dignità umana è altresì un valore di centrale rilievo in merito alla valutazione della limitatione dei diritti. Tuttavia, la sezione 10 chiarisce che la dignità umana non è solo un *valore* fondamentale della nostra Costituzione, ma anche un *diritto* giustiziabile che richiede rispetto e protezione. Nei diversi casi […] in cui si lede il valore della dignità umana, la principale violazione costituzionale può concernere un diritto più specifico, quale quello all'integrità fisica o il diritto a non essere assoggettati a schiavitù, servitù o lavori forzati"[126].

---

in the New Constitution, Juta & Co Ltd, Cape Town, 1994, 33; K. van Marle, *"No Last Word". Reflection on the Imaginary Domain, Dignity and Intrinsic Worth*, in 2 *STELL LR,* 299 (2002); N. Haysom, *Dignity*, in M.H. Cheadle, D.M. Davis, N.R.L. Haysom (eds.), *South African Constitutional Law*, cit., 123; G. E. Devenish, *Respect for Human Dignity*, in G.E. Devenish, *A commentary on the South African Bill of Rights*, cit., 79, 81; S. Liebenberg, *The value of human dignity in interpreting socio-economic rights*, *Conference of the SA Journal of Human Right 'Twenty Years oh Human Rights Scholarship and Ten-Years of Democracy'*, 5-7 July 2004.

[125] *S v. Makwanyane and Another*, cit., § 328.

[126] *Dawood and another v. Minister of Home Affairs and others; Shalabi v. Minister of Home Affairs; Thomas v. Minister of Home Affairs* 2000 (3) SA 936 (CC); 2000 (8) BCLR 837 (CC), § 35.

Non è operazione semplice definire il concetto di dignità ed individuarne i corollari normativi conseguenti[127]. È opportuno notare che tale operazione richiede almeno due diversi stadi. Nel primo si dovrà analizzare, anche per una questione di comprensione linguistica, quali siano i casi consolidati nei quali il concetto assume rilievo. Stando ai noti insegnamenti di Kant, ad esempio, costituisce lesione della dignità umana trattare un individuo come mezzo strumentale al raggiungimento di un fine, e non come fine in sé. Tradotto in un lingiaggio giuridico, proteggere la dignità umana significa perlomeno riconoscere l'eguale valore intrinseco di tutti gli individui come membri appartenenti alla società. Ciò richiede che le persone, a prescindere dalla loro condizione o rango sociale, vengano trattate come destinatarie di diritti, e non come oggetti o soggetti privi di capacità o autonomia decisionale[128]. Nel secondo stadio, invece, si dovrà tentare di definire la dignità umana attraverso le concezioni dibattute di coloro che rivendicano qualcosa in nome di quel concetto. In tal modo si potrebbe definire il concetto di dignità anche tramite le dottrine aristoteliche sull'autorealizzazione, o richiamando gli insegnamenti della Nussbaum in tema di capacità umane, al fine di costruire a piccoli passi una teoria generale del concetto che giustifichi razionalmente i molteplici casi in cui questo viene rievocato nei diversi contesti.

Il concetto di dignità si desume più agilmente considerando i casi in cui questa subisce compressioni o lesioni, giacché in tal modo è possibile valutare l'impatto dei trattamenti normativi sui soggetti umani destinatari. In *National Coalition 1* Ackerman J. afferma che la criminalizzazione della *same-sex activity*, ed in particolare dei rapporti sodomitici, è incostituzionale in quanto lede – oltre l'eguaglianza e la privacy – anche il fondamentale diritto alla dignità umana. Punire ogni rapporto sessuale anale tra uomini – specialmente se a prescindere dal tipo di relazione, dall'età dei soggetti, dal luogo e da ogni altra circostanza giuridicamente rilevante – significa punire la forma di condotta sessuale in cui la società identifica general-

---

[127] *National Coalition 1*, cit., § 28.

[128] G. Devenish, *Respect for Human Dignity*, in G.E. Devenish, *A commentary on the South African Bill of Rights*, cit., 82.

mente gli omosessuali. Ciò desta sia un effetto simbolico – quello di far apparire tutti gli omosessuali come criminali innanzi al sistema legale, con l'effetto di aumentare lo stigma sociale nei loro riguardi –, sia un effetto reale, quello di "[porre] gli uomini gay a rischio d'arresto, processo e condanna, semplicemente per il fatto di cercare d'intrattenere un rapporto sessuale che è parte essenziale dell'esperienza d'ogni essere umano. Allo stesso modo in cui la legislazione sull'*apartheid* rendeva la vita delle coppie miste costantemente a rischio, parimenti la penalizzazione della sodomia incrementa l'insicurezza e la vulnerabilità della vita quotidiana degli omosessuali maschi. Indubbiamente l'esistenza di una norma che punisce l'espressione sessuale omosessuale degrada e destituisce di valore sociale gli uomini gay. La criminalizzazione della sodomia realizza quindi la tangibile invasione della dignità degli omosessuali e la violazione della sezione 10 della Costituzione"[129].

Sanzionare penalmente le tipiche espressioni sessuali degli omosessuali equivale a punire condotte riflessive di un modo d'essere innato, o comunque naturale *per* le persone omosessuali. Significa costringere una categoria d'individui all'invisibilità, e quindi segnare indelebilmente il loro *personale* senso di dignità umana. L'impossibilità di esprimere affetto tramite relazioni intime sessuali, il dover dissimulare continuamente i pensieri e i desideri per effetto di una presunta adesione al modello di vita e di organizzazione sociale eterosessuali, il provare vergogna nell'inverare il proprio modo di essere e di concepire se stessi, tutti questi casi – e altri ancora – impediscono agli omosessuali di *sentirsi* – anche moralmente, oltre che giuridicamente – cittadini degni e di pari intrinseco valore umano.

5. *Il diritto al libero orientamento sessuale: privacy*

La sez. 14 cost. finale dispone, *inter alia*, che "[o]gnuno ha il diritto alla privacy"[130], e secondo accreditata dottrina tale disposto rico-

---

[129] *National Coalition 1*, cit., § 28.

[130] Il testo in lingua ufficiale della sez. 14 cost. finale è il seguente: "[e]veryone has the right to privacy, which includes the right not to have – (a) their person

noscerebbe l'essenzialità della privacy ai fini dello sviluppo della personalità di ciascun individuo[131]. In *Khumalo and others v. Holomiza* si afferma che "esiste un collegamento molto forte tra la dignità umana e la privacy", e che quest'ultimo "riconosce che ogni essere umano ha il diritto ad una sfera d'intimità ed autonomia che necessita di protezione dall'invasione altrui[132]". La privacy garantisce il diritto a compiere scelte fondamentali in piena autonomia e a mantenere la segretezza del loro contenuto, siano esse preposte al soddisfacimento di bisogni umani a carattere intellettuale, spirituale, fisico o sessuale[133].

Il diritto alla privacy non può essere interpretato in termini assoluti, poiché implica la necessità di bilanciare gli aspetti individuali con quelli sociali e collettivi che assieme ai primi contribuiscono a definire e a plasmare l'identità di un soggetto, ma che sotto tale profilo godono di un diverso grado di protezione. Gli interessi protetti dalla privacy possono essere rappresentati come un *continuum*, ma il grado di protezione diviene sempre più debole mano a mano che ci si allontana dalla sfera individuale e privata e ci si approccia, invece, alla dimensione sociale e collettiva di sé. In *Barnstein and Others v. Bester and Others No* si avverte che "è solo la parte più interna della persona, come la di lei/di lui vita privata, preferenza sessuale e ambiente familiare, che è protetta da erosioni poste in essere da interessi configgenti della comunità […] La privacy è garantita nelle sfere di vita davvero individuale, ma non appena la persona si sposta nell'ambito delle relazioni comuni, e in attività quali il commercio e le interazioni sociali, in quel preciso istante l'ambito dello spazio personale si restringe"[134].

---

or home searched; (b) their property searched; (c) their possession seized; or (d) the privacy of their communication infringed".

[131] G. Devenish, *Privacy*, in G.E. Devenish, *A commentary on the South African Bill of Rights*, cit., 135; D. Davis, A. Steenkamp, *Privacy*, in M.H. Cheadle, D.M. Davis, N.R.L. Haysom (eds.), *South African Constitutional Law: The Bill of Rights*, cit., 183.

[132] *Khumalo and others v. Holomiza*, cit., § 27; cfr. anche *S v. Jordan (Sex Workers education and Advocacy Task Force and Others as Amici Curiae)*, cit., § 81 (O'Reagan e Sachs JJ. *dissenting*).

[133] G.E. Devenish, *Privacy*, in G. Devenish, *A commentary on the South African Bill of Rights*, cit., 135 ss.; J.M.T. Labuschagne, *Sexual Orientation, Sexual Autonomy and Discrimination in Definition of Crime*, in 12(2) *SAJHR,* 321 (1996).

[134] *Barnstein and Others v. Bester and Others No* 1996 (2) SA 751 (CC); 1996 (4) BCLR 449 (CC), § 67.

Siffatte affermazioni costituiscono il *background* giuridico che consente alla Corte costituzionale, in *National Coalition 1*, di confermare l'incostituzionalità della criminalizzazione di diverse condotte sessuali intraprese in privato tra persone consenzienti dello stesso sesso non solo perché in violazione dell'eguaglianza e della dignità umana, ma anche perché lesive del diritto alla privacy: "la privacy riconosce il diritto di ognuno ad una propria sfera di intimità ed autonomia, consente di stabilire e coltivare relazioni umane ed affettive senza l'interferenza della comunità esterna. Il modo in cui ognuno esprime la propria sessualità costituisce il nucleo di siffatta area protetta d'intimità privata. Pertanto, se nell'esprimere la sessualità si agisce consensualmente e senza provocare danni ad altri, l'invasione di quell'area protetta palesa la violazione del diritto alla privacy[135]".

L'ambito di protezione accordato dalla *privacy* non concerne dunque unicamente gli spazi fisici, ma, entro certi limiti, si estende alle attività individuali e alle decisioni pertinenti la vita privata. Il "right to be left alone" non racchiude unicamente il diritto – *sic et simpliciter* negativo – di occupare luoghi privati senza l'intrusione altrui (pubblica o privata), ma protegge anche l'interesse ad esprimere la propria personalità e la facoltà di compiere scelte di vita privata senza l'invadenza esterna. *Spatial privacy* e *decisional privacy* sono aspetti tra loro connessi, sicché l'interesse protetto non riveste natura meramente spaziale, ma si estende all'attività compiuta nei luoghi privati – come le scelte di vita sessuale – se funzionali alla realizzazione e formazione dell'identità di ciascuno. E la protezione di siffatto interesse è ancor più giustificata nella misura in cui l'instaurazione di relazioni interpersonali fondamentali risulti ad un tempo innocua e priva di implicazioni negative per la libertà altrui. Sotto quest'ultimo profilo la privacy palesa il limite interno – ben specificato da Sachs J. – per cui "non c'è ragione d'estendere il concetto di privacy sino a consentire l'illimitata libertà di compiere tutto ciò

---

[135] *National Coalition 1*, cit., § 32 ; in dottrina si v. K. Botha, E. Cameron, *Sexual privacy and the Law*, cit., 219; M.P. Katz, *Close Encounters of the Third Kind: Privacy, Equality and the Expression of Homosexual Preference*, in 12(2) *SAJHR*, 308 (1996); R. Louw, *Sexual Orientation, criminal law*, cit., 375.

che piace, sempre che si tratti di attività sessuale compiuta in privato […]. Esistono davvero poche società democratiche […] che non criminalizzano rapporti intergenerazionali, interni alla famiglia, tra sessi appartenenti a specie diverse, avvengano essi in pubblico o privato. Analogamente, nelle società democratiche il sesso implicante la violenza, l'inganno, il voyeurismo, o la molestia è suscettibile di sanzione penale (a volte non in tutti i casi) o di altra natura, a prescindere dal luogo in cui avviene (è controversa la questione della prostituzione, del sado-masochismo e del feticismo pericoloso). Il danno potenziale prevale sull'interesse alla privacy[136]".

Sotto il profilo della privacy, l'interesse a coltivare relazioni affettive con persone dello stesso sesso non è equiparabile a quello – oggetto d'indagine giudiziale in *S v Jordan (Sex Workers education and Advocacy Task Force and Others as Amici Curiae*) – di ricevere denaro in cambio della prestazione sessuale offerta in privato. In merito Ngobo J. distingue la criminalizzazione della *same-sex sexual activity* – costituzionalemente illegittima stando a *National Coalition 1* – dalla penalizzazione della prostituzione, e in particolare afferma la legittimità di quest'ultima determinando i limiti interni alla privacy enfatizzando *in primis* il valore di libertà: "questo caso è diverso da *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Another v Minister of Justice and Others.* Là la fattispecie soggetta a sindacato costituzionale ledeva il diritto dei gay a non subire ingiuste discriminazioni, e anche il loro diritto alla dignità. S'intometteva nella 'sfera di intimità privata e autonomia che ci consente di stabilire e portare avanti relazioni umane liberi dall'interferenza della comunità esterna', e così facendo toccava la sessualità dei gay 'nel vero nucleo dell'area dell'intimità privata'. Nessuna delle dette considerazioni è qui presente […]. Non può accettarsi che una persona che commette un reato in privato – la cui commissione può unicamente avvenire in privato – possa necessariamente rievocare la protezione accordata dalla privacy. Ciò che accentua tale difficoltà risiede nel

---

[136] *National Coalition 1*, cit., § 118 (Sachs. J., *concurring*). Sachs prosegue affermando che "[t]he choice is not an all-or-nothing one between maintaining a spartan normality, at one extreme, or entering what has been called the post-modern supermarket of satisfactions, at the other" (§ 119).

fatto che, di norma, la prostituta invita il pubblico in un luogo privato al fine di perfezionare la condotta illegittima. Ma la legge ha a che fare sia con i reati commessi in privato, sia con quelli commessi in pubblico"[137].

Da ultimo è interessante notare che nel dichiarare l'incostituzionalità della mancata inclusione delle *same-sex couples* tra i destinatari legali del matrimonio civile, in *Fourie* la Corte costituzionale fa perno unicamente sugli imperativi di eguaglianza e dignità umana. La Corte avrebbe potuto argomentare l'incostituzionalità ricorrendo anche al *privacy argument* – sollevato dalle parti –, ma al riguardo sostiene di "non ritenere necessario considerare se, in aggiunta, [la normativa impugnata] costituisca una violazione del diritto alla privacy dei ricorrenti nei termini della sezione 14 cost. finale"[138]. Tale scelta, apparentemente sguarnita di vere e proprie motivazioni sostanziali, trova in realtà forti argomenti di supporto intuibili dal complessivo *iter* argomentativo sviluppato dalla Corte.

Sachs J. avverte, infatti, che l'oggetto del giudizio non concerne un espresso divieto, come ad esempio la proibizione di una condotta omosessuale, bensì "il dato che nessuna previsione [fosse] fatta per i ricorrenti, e per tutti coloro che viv[eva]no una condizione simile, di sposarsi reciprocamente"[139], sicché compito della Corte era stabilire, propriamente, se "la mancata inclusione delle *same-sex couples*"[140] nel matrimonio fosse costituzionalmente compatibile con le sezz. 9 e 10 cost. finale. Rispetto a tale questione, pertanto, il *privacy argument* assume un significato ambiguo, giacché la pretesa dei ricorrenti non era tanto la non ingerenza pubblica in questioni pertinenti aspetti e scelte di vita privata-familiare, quanto il solenne

---

[137] *S v. Jordan (Sex Workers education and Advocacy Task Force and Others as Amici Curiae*), cit., §§ 27-28; al § 83 (O'Reagan e Sachs JJ. *dissenting*) si chiarisce che "prostitution is quite different […] central to the character of prostitution is that it is indiscriminate and loveless. It is accordingly not the form of intimate sexual expression that is penalized, nor the fact that the parties possess a certain identity. It is that the sex is both indiscriminate and for reward".

[138] *Minister of Home Affaire and Another v. Fourie and Others*; *Lesbian and Gay Equality Project and Others v. Minister of Home Affairs and Others*, cit., § 114 (nota n. 110).

[139] *Ibidem*, § 5.

[140] *Ibidem*, § 12, 35, 36.

riconoscimento pubblico, di fronte allo Stato e alla collettività, della loro unione.

Autonomia decisionale e isolamento dal mondo esterno sono indubbiamente componenti essenziali alla conduzione di una sana vita familiare, ma il pieno rispetto dei valori di eguaglianza e dignità postula altresì il riconoscimento della libertà, di fatto negata alle minoranze sessuali, di scegliere quando nascondersi o esporsi in pubblico, specie quando, stando anche a Mill, tale libertà non implica limitazioni ai diritti altrui[141]. La Corte evita quindi di ricorrere alla privacy perché doveva fornire risposta ad una questione diversa dal determinare se un ordinamento democratico dovesse rifiutarsi di prendere parte attiva alle pratiche di stigmatizzazione ai danni delle minoranze sessuali; questa doveva invece stabilire se un sistema autenticamente democratico dovesse spingersi anche oltre, sino a *proteggere positivamente*, tramite l'estensione della disciplina statale del matrimonio, l'eguaglianza e la dignità di una categoria vulnerabile di cittadini, contribuendo così alla creazione di un ambiente facilitante e visibile in cui tutti possano vivere le loro relazioni affettive liberi dai marchi della vergogna e dello stigma ("[t]heir love that was once forced to be clandestine, may now dare openly to speak its name"[142]).

6. *Il diritto al libero orientamento sessuale: famiglia e matrimonio*

La famiglia, intesa come nucleo sociale intermedio fra lo Stato e il singolo individuo, da sempre esercita un ruolo primario sia nella crescita e sviluppo dei minori, sia nel fornire supporto morale e materiale e cura alle vecchie generazioni. Nella famiglia si distribuiscono le ricchezze disponibili fra i vari componenti: in genere i membri adulti provvedono ai bisogni dei bambini, degli anziani e in alcuni casi delle donne madri, le quali sovente contribuiscono in larga misura alla cura e prosperità familiari[143].

---

[141] J.S. Mill, *Sulla libertà*, a cura di G. Mollica, Bompiani, Milano, 2000, 245.

[142] *Minister of Home Affaire and Another v. Fourie and Others*; *Lesbian and Gay Equality Project and Others v. Minister of Home Affairs and Others*, cit., § 78.

[143] S.A. Law, *Homosexuality*, cit., 220-221.

La Corte costituzionale sudafricana ha chiaramente riconosciuto il duplice ruolo di famiglia e matrimonio, definendoli come "*fondamentali istituzioni sociali che forniscono ai membri della società sicurezza, sostegno e compagnia, e detengono un ruolo importante nella crescita dei minori*. La celebrazione del matrimonio pone in essere obblighi morali e legali, quali in particolare il dovere, posto in capo ai coniugi, di sostegno reciproco e la loro responsabilità congiunta nel mantenimento e crescita dei figli nati in costanza di matrimonio. Questi obblighi legali esplicano un'importante funzione sociale, testimoniata almeno in parte dal fatto che quel matrimonio è di solito celebrato nell'ambito di una cerimonia pubblica, spesso di fronte alla famiglia e agli amici più stretti"[144].

Sotto un primo aspetto la sez. 28(1)(b) cost. finale garantisce al minore il diritto alla cura familiare e genitoriale ("the right […] to family care or parental care"), e così facendo riconosce alla famiglia un ruolo di rilievo primario nella crescita delle nuove generazioni. La sez. 28(1)(c) cost. finale accorda inoltre al minore il diritto alla soddisfazione di bisogni essenziali quali alimentazione di base, riparo, servizio sanitario minimo, servizi sociali ("basic nutrition, shelter, basic health care services and social services"), ed accolla primariamente ai genitori e ai membri della famiglia il dovere di provvedere alla loro soddisfazione; solo in seconda battuta – a mo' di alternativa imprescindibile nel caso in cui il minore, per ipotesi, non viva o non possa vivere in un contesto familiare – il predetto dovere incombe sullo Stato e sulle istituzioni pubbliche[145].

---

[144] *Dawood and another v. Minister of Home Affairs and others; Shalabi v. Minister of Home Affairs; Thomas v. Minister of Home Affairs*, cit., § 31 (corsivo aggiunto). Similmente, in *Du Toit and Another v. Minister of Welfare and Population Development and Others*, cit., § 19 si è affermato che "[t]he institutions of marriage and family are important social pillars that provide for security, support and companionship between members of our society and play a pivotal role in the rearing of children".

[145] *Government of RSA and Others v. Grootboom and Others* 2001 (1) SA 46 (CC), § 77: "[t]t follows from subsection 1(b) that the Constitution contemplates that a child has the right to parental or family care in the first place, and the right to alternative appropriate care only where that is lacking"; per un commento della decisione si v., *inter alia*, P. de Vos, Grootboom, *the Right to access to Housing and Substantive Equality as Contextual Fairness*, in 17(2) *SAJHR,* 258 (2001); Id., *Substantive equality after "Grootboom": the emergence of social and econom-*

Oltre a creare un ambiente idoneo alla cura delle giovani generazioni, le relazioni affettive che si sviluppano nella famiglia rendano dignitosa e densa di significato e valore la vita di ciascuno, ciò che è di cardinale importanza in una democrazia costituzionale fondata sui pilastri assiologici di dignità umana, eguaglianza e libertà. *Dawood and another v. Minister of Home Affairs and others, Shalabi v Minister of Home Affairs, Thomas v Minister of Home Affairs* afferma che "la decisione di contrarre matrimonio e di mantenere in vita tale relazione è una questione che contraddistingue il significato della vita di molte, se non della maggioranza delle persone, sicché proibire l'instaurazione di tale relazione significa pregiudicare la possibilità degli individui di conseguire soddisfazioni personali in un aspetto di vita molto importante" [146], ovvero contraddire la lettera e lo spirito dei valori fondanti il nuovo ordine costituzionale. Il diritto alla famiglia rinviene dunque un fondamento costituzionale implicito nei valori di dignità umana, eguaglianza e libertà, e nei corrispondenti diritti[147], con conseguenza per lo Stato di dover anche intervenire positivamente per proteggere e promuovere tale formazione sociale tramite misure legislative e di altra natura (sez. 7(2) cost. finale).

6.1. *Diritti "del" matrimonio*

A dispetto della rilevanza sociale e costituzionale dell'istituzione familiare, il *family law* sudafricano ha per secoli considerato come incluse nel concetto di famiglia solo quelle formazioni sociali conformi al modello tradizionale incentrato sul matrimonio etero-

---

ic context as a guiding value in equality jurisprudence, in *Acta Juridica*, Juta, Cape Town, 2001, 52.

[146] *Dawood and another v. Minister of Home Affairs and others; Shalabi v. Minister of Home Affairs; Thomas v. Minister of Home Affairs*, cit., § 37; cfr. anche § 30.

[147] Si ricorda che la sez. 39(3) cost. finale prevede che "[t]he Bill of Rights does not deny the existence of any other rights or freedoms that are recognized or conferred by common law, customary law or legislation, to the extent that they are consistent with the Bill".

sessuale, lasciando priva di tutela qualunque tipologia di famiglia di fatto[148]. Il legislatore, infatti, non ha mai definito positivamente il concetto di matrimonio – il *Marriage Act No 25 of 1961* ne disciplina unicamente la forma e la celebrazione, non fornendone alcuna nozione legislativa –, ma stando alla definizione elaborata dalla *common law* per matrimonio doveva intendersi l'unione permanente e volontaria tra un uomo e una donna ad esclusione di ogni altra persona ("lifelong voluntary union between one man and one woman to the exclusion of all others persons")[149].

L'esclusione delle unioni omosessuali – comprese quelle permanenti e/o "a vita" – dal concetto di famiglia ha certamente implicato sia l'impossibilità per due partner dello stesso sesso di accedere al matrimonio civile (diritto *al* matrimonio), sia l'esclusione da una congerie di benefici di natura familiare connessi al matrimonio (diritti *del* matrimonio)[150]. Tale circostanza ha determinato un fenomeno discriminatorio a cascata di amplissima portata[151], perché ogni-

---

[148] A.H. Barnard, D.S.P. Cronje, P.J.J. Olivier, *The South African Law of Persons and Family Law*, Durban, Butterworths, 1990[5], 157: "an extra marital relationship where a man and a woman live together […] is not regulated by family law, as it is not based on the existence of a valid marriage".

[149] *Ibidem*, 149; *Bronn v. Frits Bronn's Executors* 1860 3 SC 313; *Nalana v. R* 1907 TS 407; *Estate Canham v. The Master* 1909 26 SC 166; *R v. Fatima* 1912 TPD 59-63; *Seedat's Executors v. The Master (Natal)* 1917 AD 302, 309; *Ismail v. Ismail* 1983 (1) SA 1006 (A), 1019-1024; *W v. W*, cit.

[150] C. Lind, *Sexual Orientation, Family Law*, cit., 484-485: l'A. distingue tra matrimonio come istituzione legale e matrimonio come istituzione morale-religiosa, e, data la profonda diversità, suggerisce due termini distinti. Con *marriage* si dovrebbe propriamente indicare l'istituzione morale-religiosa, mentre l'istituzione legale dovrebbe essere denominata *domestic partnership.* Si veda anche J.D. Sinclair, *Marriage: is it Still a Commitment for Life Entailing a Lifelong Duty of Support?*, in *Acta Juridica*, Juta, Cape Town, 1983, 75.

[151] *Fourie and Bonthuys v. Minister of Home Affairs and Another*, 2003 (10) BCLR 1092 (CC), §§ 9-12; L. Steynberg, M. Mokotong, *Extension of Duty of Support to Include Homosexual Cohabitants – Du Plessis v Motorvoertuigongelukkefonds*, in 67(1) *THRHR,* 123 (2004) affermano in merito che "the effect of this exclusion is that homosexuals cannot marry and therefore the legal consequences of marriage do not apply to them. The denial invites a constitutional attack on the ground that the lack of duty of support amounts to unfair discrimination on the ground of sexual orientation and marital status". Tuttavia, le *same-sex couples* avrebbero potuto conseguire alcuni *benefits* tipici del regime matrimoniale mediante contratto, testamento, o *power of attorney*, ma in tal caso si poneva il dubbio concernente la *judicial enforceability* di tali strumenti: C. Lind, *Sexual Orientation,*

qualvolta gli *statutes* parlamentari, i regolamenti attuativi, o la *common law* facevano rinvio al concetto di "marriage", o ad espressioni ad esso connesse quali "husband", "wife", "widow", "widower", "spouse", "marital relationship", "dependant", ed altre ancora, di fatto privavano le *same-sex couples* di una serie corposa di opportunità e benefici[152]. Solo in tempi molto recenti il legislatore ha iniziato ad includere fra i destinatari di specifici *benefits* anche le *same-sex couples*, oltre che le coppie di fatto di sesso opposto, pur decidendo di non disciplinare in via generale il fenomeno delle convivenze familiari[153].

Family Law, cit., 486-487. Cfr. anche C. VAN WYK, *The Constitution, unfair discrimination and the right to underwrite*, in 38(1) *Codicillus,* 34 (1997); L. MARKOVITZ, *Should the law of Intestate Succession Accommodate Same-sex Couples?*, in *Responsa Meridiana*, 2001, 122; C. LIND, *Politics, Partnership Rights and the Constitution in South Africa… (and the problem of sexual identity)*, in R. WINTEMUTE, M. ANDENÆS (eds.), *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships*, cit., 279-294; E. STEYN, *Women who love women. A female perspective on gay family law*, in 2 *Tydskrif Vir Die Suid-Afrikaanse Reg,* 341 (2001).

[152] *South African Citizenship Act No. 88 of 1995*; *Prevention of Family Violence Act No. 133 of 1993*; *Sexual Offences Act No. 23 of 1957*; *Insolvency Act No. 24 of 1936*; *Child Care Act No. 74 of 1983*; *Children's Act No. 33 of 1960*; *Children's Status Act No. 82 of 1987*; *Divorce Act No. 70 of 1979*; *Marriage Act No. 25 of 1961*; *Matrimonial Affairs Act No. 37 of 1953*; *Matrimonial Property Act No. 88 of 1984*; *Recognition of Customary Marriages Act No. 120 of 1998*; *Banks Act No. 94 of 1990*; *Mutual Banks Act No. 124 of 1993*; *Mental Health Act No. 18 of 1973*; *Income Tax Act No. 58 of 1962*; *Compensation for Occupational Injuries and Diseases Act No. 130 of 1993*; *Deeds. Registries Act No. 47 of 1937*; *Mining Titles Registration Act No. 16 of 1967*; *Civil Proceedings Evidence Act No. 25 of 1965*; *Criminal Procedure Act No. 51 of 1977*; *Criminal Law and the Criminal Procedure Act Amendment Act No. 39 of 1989*; *Law of Evidence Amendment Act No. 45 of 1988*; *Merchant Shipping Act No. 57 of 1951*; *Friendly Societies Act No. 25 of 1956*; *Railways and Harbours Service Act No. 28 of 1912*; *Railways and Harbours Acts Amendment Act No. 15 of 1956*; ed il *Black Administration Act No. 38 of 1927* (quest'ultimo dichiarato parzialmente incostituzionale in *Bhe v. Magistrate, Khayelitsha and others*, Case CCT 49/03, 15 october 2004).

[153] Si pensi a: 1) le espressioni "spouse, partner or associate" contenute nella sez. 6(1)(f) dell'*Independent Media Commission Act 148 of 1993* e nelle sezz. 5(1)(e) ed (f) dell'*Independent Broadcasting Authority Act 153 of 1993;* 2) la locuzione "life-partner" delle sezz. 3(7)(a)(ii), 3(8) e 7(5) del *Lotteries Act 57 of 1997* e della sez. 27(2)(c)(i) del *Basic Conditions of Employment Act 75 of 1997*; 3) la definizione di "spouse" inserita nella sez. 31 dello *Special Pensions Act 69 of 1996* che prevede "the partner […] in a marriage relationship" e "a continuous cohabitation in a homosexual or heterosexual partnership for a period of at least 5 years" (si v. A. Pantazis, *Lesbian and gay elders and the law*, in 119(3) *SALJ* 534 (2002)); 4) la

Sino a *Fourie and Bonthuys v. Minister of Home Affairs and Another*[154] – decisione con cui, il 30 novembre 2004, la Corte Suprema d'Appello ha sviluppato la *common law definition of marriage* nel senso di includere anche l'unione fra due persone dello stesso sesso –, i *same-sex partners* discriminati hanno preferito agire per via legale-contenziosa limitandosi a richiedere il riconoscimento di alcune opportunità connesse al matrimonio (diritti *del* matrimonio), anziché allargare l'indagine alla fonte originaria del problema (diritto *al* matrimonio). Le coppie di fatto omosessuali sono riuscite ad ottenere tutela per via legale e contenziosa appellandosi, di volta in volta, ai disposti costituzionali e richiedendo rimedi *ad hoc.*

In *Du Plessis v Road Accident Fund*[155], ad esempio, la Corte Suprema d'Appello ha annullato la precedente decisione della *High Court*[156] e sviluppato la "common law action for loss of support" –

---

definizione di "family responsibility" contenuta nella sez. 1 dell'*Employment Equity Act 55 of 1998* che comprende "responsibilities of employees in relation to their spouse or partner"; 5) la definizione di "spouse" recepita dalla sez. 8(6)(e)(iii)(aa) dell'*Housing Act 107 of 1997* che include "a person with whom the member lives as if they were married or with whome the member habitually cohabits"; 6) la definizione di "domestic relationship" inserita nella sez. 1(vii) del *Domestic Violence Act No 116* del 1998: "they (whether they are of the same or the opposite sex) live or lived together in a relationship in the nature of marriage, although they are not, or were not, married to each other, or are not able to be married to each other" (su quest'ultimo si v. A. Pantazis, *Home and the world: Lesbian and gay places in the law*, in 119(2) *SALJ,* 305 (2002)). Inoltre, a conferma dell'imperativo costituzionale che estende il principio di non discriminazione anche al settore privato (cd. "horizontal application"), la sez. 4(1) del *Rental Housing Act No. 50 of 1999* recita che "[i]n advertising a dwelling for purposes of leasing it, or in negotiating a lease with a prospective tenant, or during the term of the lease, a landlord may not unfairly discriminate against such prospective tenant or tenants, or the member's of such tenant houshold or bona fide visitors of such tenant, on one or more grounds, including […] sexual orientation […]". Per una lista di tali sviluppi legislativi, si v. anche P. Gerber, *Case Comment: South Africa: Constitutional Protection for Homosexuals*, cit., 49-52.

[154] *Fourie and Bonthuys v. Minister of Home Affairs and Another*, cit. (*Supreme Court of Appeal*).

[155] *Du Plessis v. Road Accident Fund*, cit.

[156] *Du Plessis v. Motorvoertuigongelukkefonds* 2002 (4) SA 596 (T): De Klerk J. sostiene, fra l'altro, che il legislatore *de jure condendo* avrebbe dovuto predisporre un apposito registro al fine di dimostrare l'esistenza di un reciproco *duty of support* (§ 599B); per un commento si v. L. Steynberg – M. Mokotong, *Extension of Duty of Support*, cit., 115-123.

un'azione mediante la quale il coniuge a carico ("dependant") può chiedere il risarcimento "for loss of support" a seguito dell'uccisione illecita dell'altro coniuge, per ipotesi conseguente ad incidente stradale avvenuto per negligenza del conducente. In particolare, *Du Plessis* ha incluso fra i legittimati attivi all'azione anche il *same-sex partner* economicamente più debole che dimostri l'esistenza di un reciproco *duty of support*, analogo a quello scaturente dal rapporto di coniugio[157].

È interessante notare che i riconoscimenti ottenuti dalle *same-sex couples* per via contenziosa furono addirittura maggiori di quelli ottenuti dalle *opposite-sex couples*. Alle prime, infatti, la giurisprudenza costituzionale ha esteso benefici in tema d'immigrazione, pensione, adozione, procreazione artificiale appellandosi all'argomento dell'impossibilità giuridica a contrarre matrimonio, argomento, questo, certamente non sostenibile riguardo alle coppie eterosessuali, laddove la convivenza appare emintemente il frutto di una scelta consapevole più che l'unica alternativa possibile per mantenere una relazione affettiva[158].

---

[157] In *Du Plessis v. Road Accident Fund*, cit., § 1223D-E, la Corte Suprema d'Appello ha precisato che "the submission made on behalf of the plaintiff fell short of requesting this court to extend the common-law definition of marriage, which requires that the union be between a man and a woman, to person of the same sex. The submission on behalf of the plaintiff were rather directed toward the narrower question whether the common-law action for damages for loss of support should be developed to include a person such as the plaintiff"; la stessa Corte ha altresì affermato che "it is not necessary for purposes of this judgment to consider whether the dependants's action should be extended to unmarried persons in a heterosexual relationship or to any other relationship; and I expressly leave those question open".

[158] Con *Robinson and Another v. Volks No and Others*, Case No 7178/2003 (*Cape High Court*), 18th March 2004 (non pubblicata sui *law reports*), per la prima volta una Corte ha accordato tutela ad una coppia eterosessuale dichiarando la sez. 2(1) del *Maintenance of Surviving Spouses Act 27 of 1990* incompatibile col divieto di discriminazione in ragione dello stato coniugale (sez. 9(3) cost. finale) e con il diritto alla dignità umana (sez. 10 cost. finale). La disposizione impugnata prevedeva che "if a marriage is dissolved by death […] the survivor shall have a claim against the estate of the deceased spouse for the provision of his reasonable maintenance needs. until his death or remarriage insofar as he is not able to provide therefore from his own means and earnings", e a tal stregua accordava il *benefit* del mantenimento solo al coniuge sopravvissuto, previamente unito in matrimonio col defunto, escludendo il convivente di fatto di una relazione stabile assimilabile al matrimonio. L'Alta Corte ha ritenuto che sovente, nel contesto sociale sudafri-

6.2. *Diritto "al" matrimonio*

In Sudafrica il riconoscimento alle coppie composte da persone dello stesso sesso del diritto fondamentale al matrimonio costituisce l'esito conclusivo di un'intricata vicenda legale, che nella sua fase finale vede impegnati la Suprema Corte d'Appello, la Corte costituzionale e il legislatore nazionale. Mentre la prima corte sviluppa la tradizionale nozione di matrimonio contenuta nella *common law*, nel senso di consentirne l'accesso anche a due persone dello stesso sesso ("Marriage is the union of two persons to the exclusion of all others for life")[159], la seconda dichiara incostituzionali – rispetto alle sezz. 9(1), 9(3) e 10 cost. finale – sia la definizione di *common law* di matrimonio, nella misura in cui questa non consentiva alle coppie dello stesso sesso di beneficiare dello *status* giuridico e dei diritti-doveri riconosciuti alle coppie eterosessuali, sia la sez. 30(1) del *Marriage Act*, che imponeva al celebrante di pronunciare una formula coniata secondo un paradigma esclusivamente etero-

---

cano, la mancata unione matrimoniale non sia il frutto di una scelta consapevole, intesa specificamente ad escludere l'applicazione del diritto matrimoniale, ma il risultato di un'ineguaglianza di genere, ignoranza della legge e povertà che colpiscono prevalentemente le donne; in tali casi, l'esclusione delle coppie permanenti da un beneficio normativo si porrebbe in contrasto coi disposti costituzionali. Nel caso *de quo*, Davis D. ha asserito che "[i]t is surely trite to claim that one of the core commitments of our constitutional society is the recognition of the dignity of difference. It accords respect to the existence of a domestic life partnership and those who live within this arrangement. If there was clear evidence that parties expressely, by choice, decided to eschew any possible financial benefits which flowed from a marriage and for this reason […] chose to live within the context of a domestic life partnership, there may be an argument […] that a surviving partner as first applicant could not successfully launch a constitutional challenge to the Act. Were this case to be based upon these facts, it would have been open to respondents to contend that the laws should respect the choice of those who seek to arrange their lives differently. But in this case there is little beyond the speculation of first respondent that a conscious choice was made […]to live in terms of a relationship in which none of the benefits of marriage now sought were to apply. […] For a range of reasons […] domestic partnerships are a significant part of the South African family life. To ignore the arrangement and impose a particular religious view on their world is to undermine the dignity of difference and to render the guarantee of equality somewhat illusory insofar as a significant percentage of the population is concerned".

[159] *Fourie and Another v. Minister of Home Affairs and Others* (SCA), cit.

sessuale. Quest'ultima tuttavia sospende entrambe le declaratorie per dodici mesi – il tempo ritenuto sufficiente per un l'auspicabile approvazione dei necessari adeguamenti legislativi in materia di diritto matrimoniale –, decorsi i quali sarebbe intervenuta l'automatica correzione del *Marriage Act* nel senso di includere nella formula matrimoniale, dopo i *nomina* di "moglie" e "marito", anche il termine – sessualmente neutro – di "coniuge"[160]. Il 14 novembre 2006 il Parlamento nazionale approva il *Civil Union Act*[161], evitando così il detto meccanismo di correzione automatica, e ad oggi si definisce l'unione civile ("civil union") come "l'unione volontaria di due persone di 18 o più anni, celebrata e registrata o tramite il matrimonio ["marriage"] o tramite l'accordo civile ["civil partnership"] conformemente alla procedura indicata in questo Act, ad esclusione di ogni altro per tutto il tempo della sua durata"[162]. Le coppie etero od omosessuali possono dunque optare di unirsi civilmente o tramite il matrimonio o tramite la *civil partnership*, entrambe equiparate sotto il profilo degli effetti legali[163]. Le differenze – si è già detto – riguardano principalmente la forma della celebrazione: il matrimonio può essere celebrato tanto da funzionari pubblici secondo il rito civile quanto da ministri di culto religiosi accreditati dallo Stato secondo il rito scelto dalla confessione d'appartenenza; la *civil partnership*, invece, è celebrata unicamente da *officer* dello stato[164]. In conformità al riconoscimento della libertà di coscienza, religione, pensiero, credenza e opinone (sez. 15 cost. finale), non s'impone alle confessioni religiose alcun obbligo di celebrazione del matrimonio tra persone dello stesso sesso. Né, tanto meno, s'impedisce agli ufficiali civili di esercitare il diritto all'obiezione di coscienza alla celebrazione di una qualunque unione civile tra persone dello stesso sesso[165].

---

[160] *Minister of Home Affaire and Another v. Fourie and Others; Lesbian and Gay Equality Project and Others v. Minister of Home Affairs and Others* (CC), cit.; per un commento critico della decisione si rinvia a M. Montalti, *Il felice epilogo del* same-sex marriage *in Sudafrica*, in *Quaderni costituzionali*, 2006, 2, 344-347.

[161] *Civil Union Act No. 17 of 2006* (29th November 2006).

[162] *Ibidem*, art. 1.

[163] *Ibidem*, art. 13.

[164] *Ibidem*, artt. 4, 5.

[165] *Ibidem*, art. 6.

6.2.1. *Matrimonio e separazione dei poteri*

Partendo dall'analisi dei motivi che hanno condotto la Corte Suprema d'Appello e la Corte costituzionale a congegnare i predetti *remedies*, al fine di ristabilire l'ordine violato, è possibile compiere alcune considerazioni circa il dibattuto problema di *chi* – giudice o legislatori? – abbia il potere di estendere il matrimonio alle coppie composte da soggetti di sesso identico.

Sovente, infatti, gli oppositori al *same-sex marriage* argomentano, a mo' d'obiezione preliminare, che le Corti non possano estendere l'istituto matrimoniale, giacché ciò costituirebbe un'interferenza col potere legislativo. Nell'ottica degli oppositori, estendere l'accesso al matrimonio a due soggetti dello stesso sesso equivarrebbe a ricreare completamente la nozione di matrimonio – se non a distruggerla –, sicché tale operazione esulerebbe, secondo la *sedes materiae* in cui si trova la disciplina matrimoniale, dalle funzioni giudiziali di sviluppo della *common/customary law* e/o d'interpretazione dello *statutory law*.

Due sono i profili su cui occorre riflettere per valutare la plausibilità dell'obiezione preliminare: (a) è essenziale determinare la linea di demarcazione tra i poteri giudiziari *lato sensu* normativi e la funzione legislativa *tout court*, al fine di delinerare una teoria costituzionale della separazione dei poteri in grado di determinare se, e in quale misura, ai giudici sia consentito creare *ex novo* o cambiare radicalmente la natura di consolidate tradizioni giuridiche; (b) occorre ragionare sul significato di creazione e trasformazione di un istituto, per stabilire se l'estensione matrimoniale a due persone dello stesso sesso possa costituirne una fattispecie. I due momenti d'indagine appaiono compiuti simultaneamente nelle argomentazioni giudiziali, sebbene, in realtà, il secondo presenti punti di connessione evidenti anche con altre obiezioni all'estensione matrimoniale.

Può già anticiparsi che dalla vicenda giudiziale sudafricana sul *same-sex marriage* emergono almeno due dati. Il primo è la destituzione di fondamento dell'obiezione – di gran voga anche altrove fra gli oppositori del *same-sex marriage* – che a priori nega alle Corti il potere di apportare mutamenti percepiti come radicali ad un istituto tradizionale quale il matrimonio, essendo questa, semmai, un'opzio-

ne disponibile unicamente al legislatore (se non addirittura al corpo elettorale). Il secondo è il delinearsi di un disegno istituzionale in cui giudici e legislatori hanno entrambi poteri nell'estensione del diritto fondamentale al matrimonio, secondo ruoli che si dipanano a mo' di un rapporto dialettico e i cui contorni trovano la loro giustificazione nella teoria delle fonti normative e nel principio di separazione dei poteri, e quindi nel più generale principio democratico.

Partendo proprio da quest'ultimo, infatti, una costituzione democratica dovrebbe negare ai giudici la possibilità di creare diritto dal momento che costoro non sono, nella maggioranza dei casi, eletti dal popolo, e per il fatto che, nella pratica, non sono responsabili verso l'elettorato nel modo in cui lo sono i legislatori. Da tale enunciato dovrebbero discendere almeno due corollari, in base ai quali i rapporti tra giudici e assemblee legislative sarebbero così strutturati: (a) alle corti dovrebbe spettare l'interpretazione della legge, da intendersi tuttavia come operazione che presuppone un dato normativo certo da cui partire e che consente, seguendo un *continuum razionale* in armonia con la lettera e lo spirito dei valori costituzionali, di addivenire per inferenza ad un tassello normativo incrementale; (b) alle assemblee rappresentative spetterebbe la funzione legislativa, da intendersi come attività creativa di nuovi istituti o trasformatrice di quelli tradizionali.

Tale tesi, pur valida in principio, non tiene tuttavia conto di almeno due aspetti tipici dei regimi politici democratici contemporanei: (i) del graduale passaggio dall'idea di sovranità parlamentare all'idea di supremazia della costituzione, ossia del consolidamento del principio di sovranità dei diritti fondamentali; (ii) della differente natura delle fonti normative, non potendosi ridurre il diritto al mero comando scritto di estrazione legislativa, sottovalutando dunque l'esistenza di sistemi di *common law* o misti. Ed è su questi due profili che l'analisi dell'ordinamento sudafricano risulta particolarmente utile, dal momento che ci consente di aggiungere importanti tasselli alla teoria di base.

Il Sudafrica attuale, infatti, si riconosce nei valori fondanti dello stato democratico e sovrano, ivi inclusi la "supremacy of the constitution" e l'inviolabità dei diritti fondamentali (sez. 1 cost. finale), e può includersi fra i sistemi giuridici misti, ove giudici e legislato-

ri concorrono in vario modo alla formazione delle regole nel rispetto di specifi ambiti costituzionalmente individuati o individuabili. A quest'ultimo riguardo l'*application clause* stabilisce che, quando si applicano le disposizioni del *Bill of Rights* ad una persona fisica o giuridica, le corti, al fine di dare effetto al diritto contenuto nel *Bill*, devono applicare, o se necessario sviluppare, la *common law* nella misura in cui la legislazione non dia effetto a tale diritto (sez. 8(3) cost. finale). Nell'interpretare la legislazione, o nello sviluppare la *common law* o la *customary law*, le corti devono promuovere lo spirito, il significato e i fini del *Bill of Rights* (sez. 39 cost. finale).

La costituzione attribuisce alla Corte costituzionale, alla Corte Suprema d'Appello e alle Alte Corti il potere implicito ("inherent power") di sviluppare la *common law* tenendo in considerazione gli interessi della giustizia (sez. 173 cost. finale). Inoltre, nel delinerare i poteri giudiziali nelle decisioni di costituzionalità, si stabilisce che "ciascuna corte (a) deve dichiarare che ogni norma o condotta incompatibile con la costituzione è invalida nella parte della sua incompatibilità; e (b) può adottare qualunque provvedimento giusto ed equo, incluso – […] (ii) un ordine che sospende la dichiarazione di invalidità per un certo periodo e a qualunque condizione, al fine di consentire all'autorità competetene di correggere il difetto" (sez. 172(1) cost. finale).

Di là della lettera, lo spirito delle predette disposizioni suggerisce l'esigenza di principi volti a cautelare i poteri giudiziario e legislativo da eventuali reciproche interferenze, ed è alla luce di tale *background* che la Corte costituzionale rammenta, in *Carmichele v. Minister of Safety and Security*, che sebbene "il motore principale delle riforme legali debba essere il legislatore e non il giudiziario", è in ogni caso essenziale che la *common law* si adegui "ad una serie di norme completamente nuove e diverse", e che dunque i giudici "rimangano vigili" e "non esitino ad assicurare che questa sia sviluppata in modo da riflettere lo spirito, il significato e gli obiettivi del *Bill of Rights*"[166]. Ciò perché la "Costituzione contempla" – si dice in *Daniels v. Campbell NO* – "l'esistenza di un sistema coerente di diritto

---

[166] *Carmichele v. Minister of Safety and Security (Centre for Applied Legal Studies intervening)* 2001 (4) SA 938 (CC), § 36.

costruito sui fondamenti del *Bill of Rights*, in cui la *common law* e il diritto indigeno devono essere sviluppati e la legislazione deve essere interpretata in modo da essere compatibili con il *Bill of Rights* e con i vincoli internazionali. In tal senso la Costituzione impone un cambiamento nelle norme giuridiche e nei valori sociali"[167].

Il significato e le implicazioni sull'ordinamento delle disposizioni costituzionali non trapelano dunque istantaneamente al momento dell'adozione del testo, bensì richiedono un processo dialettico di discussione e di applicazione che coinvolge tanto la cornice costituzionale quanto l'ordinamento sottostante. Sviluppare la *common law* non è una semplice scelta dei giudici, ma un vero e proprio dovere che le corti sono tenute ad assolvere laddove né la legislazione, né la stessa *common law* abbiano provveduto ad allinearsi con quanto stabilito nel *Bill of Rights.* Sul punto, infatti, la sez. 8(3) cost. finale prevede che i giudici *debbano* "applicare, o se necessario sviluppare, la *common law* nella misura in cui la legislazione non dia effetto" al diritto enunciato nel *Bill*. Tutto ciò, chiaramente, non esclude in principio l'intervento del legislatore: questo potrebbe decidere di dare effetto a un diritto sancito nel *Bill of Rights* prima che la questione si presenti davanti al giudice, oppure potrebbe decidere di positivizzare, recepire, o anche integrare *ex post* una norma di provenienza giurisprudenziale.

Tornando dunque al merito della vicenda sul matrimonio omosessuale, deve notarsi che la Corte Suprema d'Appello nel caso *Fourie* è investita di una funzione nevralgica, giacché – dovendo questa rimediare all'incostituzionalità della *common law definition of marriage* nella parte in cui, di fatto, non consentiva a due persone dello stesso sesso di accedere al matrimonio –, dal tipo di *remedy* giudiziale concepito dalla corte sarebbe dipesa l'effettività del principio democratico, nella misura in cui questo include l'idea di supremazia costituzionale e di sovranità dei diritti fondamentali.

Nel giudizio di fronte alla Corte Suprema d'Appello, Cameron J. rileva che lo sviluppo della *common law* implica "l'attivazione di una funzione che è simultaneamente dichiarativa e creativa, con cui

---

[167] *Daniels v. Campbell NO and Others* 2004 (5) SA 331 (CC); 2004 (7) BCLR 735 (CC), § 56.

la corte mette la parola finale in un processo di sviluppo normativo incrementale che la Costituzione ha già stabilito"[168], tanto che la giustificazione ultima dei poteri giudiziali risiede propriamente nell'idea di sovranità dei diritti insita nella democrazia costituzionale. "I giudici" – continua Cameron – "sono abilitati a porre fede nelle scelte sagge che i padri costituenti fecero nello scrivere la Costituzione per conto di tutti i sudafricani. I giudici possono dunque fare affidamento sul fatto che i sudafricani siano preparati ad accettare le continue implicazioni che quelle scelte comportano. Il compito di applicare i valori del *Bill of Rights* alla *common law* richiede dunque ai giudici d'avere fiducia sia nei valori medesimi, sia nei rappresentanti eletti dal popolo che crearono l'aspirazione ad una struttura costituzionale inclusiva che offra accettazione e giustizia attraverso la diversità. I cittadini sudafricani e i loro rappresentatati hanno in gran parte accettato alcune decisioni di vasta portata prese in merito all'orientamento sessuale e altri diritti costituzionali negli ultimi dieci anni. Non è quindi presuntuoso ritenere che costoro accetteranno anche l'ulteriore sviluppo della *common law* che la Costituzione richiede"[169].

La decisione della Suprema Corte d'Appello applica diritti esistenti; dunque la storia costituzionale non agisce come limite di quel giudizio, bensì come una componente, nella misura in cui i valori costituzionali delineano quello sfondo politico che ogni plausibile giudizio sui diritti deve considerare[170]. Così argomentando Cameron J. dimostra come lo sviluppo della *common law* non implichi né l'attivazione del procedimento legislativo, né l'interferenza con la funzione legislativa. I giudici performano il loro obbligo di sviluppo della *common law* giacché mancava, al momento della decisione, una leg-

---

[168] *Fourie and Another v. Minister of Home Affairs and Others* (SCA), cit., § 23.

[169] *Ibidem*, §§ 24-25.

[170] Similmente, *Minister of Home Affaire and Another v. Fourie and Others; Lesbian and Gay Equality Project and Others v. Minister of Home Affairs and Others* (CC), cit., § 171 (O'Regan J, *partly dissenting*): "[t]he legitimacy of an order made by the Court does not flow from the status of the institution itself, but from the fact that it gives effect to the provisions of our Constitution. Time and again, there will be those in our broader community who do not wish to see constitutional rights protected, but that can never be a reason for a court not to protect those rights".

ge che desse effetto al diritto fondamentale al matrimonio riconosciuto dal *Bill of Rights*.

Tale tesi trova conferme ulteriori in almeno altre due circostanze. La prima è che la Corte Suprema d'Appello svolge una funzione che per sua natura non può dirsi estranea al tipico dominio giudiziale, quali la formazione e lo sviluppo della *common law*. La seconda è che, sebbene anche in ambito legislativo siano stati compiuti passi in avanti per l'affermazione del diritto al libero orientamento sessuale riconosciuto dalla costituzione, al momento della decisione mancava una disciplina esaustiva delle formazioni familiari omosessuali, la quale, tra l'altro, fu oggetto di sollecito anche da parte della Corte costituzionale[171].

Certamente l'inerzia legislativa può talora dipendere dall'esistenza di alcune priorità nell'agenda politica. Altre volte, però, l'inerzia può dipendere dalla volontà, politicamnente assai significativa, di non decidere questioni che richiedono l'assunzione di un rischio troppo elevato in termini elettorali. Perciò "non è inconcepibile" – aggiunge Cameron – "che il legislatore possa essere contento, o anche preferire, che il processo di realizzazione della garanzia costituzionale in tema di orientamento sessuale debba procedere incrementalmente lasciando alle corti lo sviluppo della *common law*. E se così non fosse, la decisione ad effetto immediato della corte non preclude una legislazione successiva in linea con la Costituzione"[172].

Il legislatore sudafricano, tuttavia, preferisce non intervenire nemmeno dopo la pronuncia della Corte Suprema d'Appello, sicché

---

[171] *J and B v. Director-General, Department of Home Affairs and Others*, cit., § 23. Prima della pronuncia della Corte Suprema d'appello, la *South Africa Law Reform Commission* postulò diverse alternative da sottoporre all'approvazione parlamentare per il raggiungimento dell'eguaglianza e dignità delle *same-sex couples*: South African Law Reform Commission, *Discussion Paper 104 – Project 118: Domestic Partnership*, 1 December 2003. Per un commento del documento cfr.: B. Clark, *Families and domestic Partnership*, in 119(3) *SALJ,* 634 (2002); B. Goldblatt, *Regulating domestic partnership. A necessary step in the development of South African family law*, in 120(3) *SALJ,* 610 (2003); E. Bonthuys, *The South African Bill of Rights and the development of family law*, in 119(4) *SALJ,* 748 (2002); L. Wolhuter, *Equality and the Concept of Difference: Same-sex Marriages in the Light of the Final Constitution*, in 114(2) *SALJ,* 389 (1997).

[172] *Fourie and Another v. Minister of Home Affairs and Others* (SCA), cit., § 47.

la situazione legislativa si presenta pressoché invariata anche alla vigilia del giudizio della Corte costituzionale, chiamata, l'anno successivo, a pronunciarsi su una questione parzialmente diversa. Il giudice costituzionale, infatti, deve decidere della legittimità costituzionale sia della *common law definiotion of marriage* – su appello di *Fourie* della *Supreme Court of Appeal* –, sia della formula matrimoniale sessualmente connotata contenuta nel *Marriage Act* – su istanza presentata in via diretta alla Corte costituzionale dall'*Equality Project*. Questioni, entrambe, che richiedono di "essere considerate insieme e secondo un approccio complessivo e non frammentario"[173].

Tradotto in termini processuali ciò significa che la questione dello sviluppo della *common law* non deve più essere affrontata separatamente e indipendentemente da quanto espressamente disposto dal *Marriage Act*, e che pertanto la questione, essendo così traslata dalla *common law* allo *statutory law* – *ergo* dal diritto di derivazione giudiziale a quello di provenienza legislativa –, richiede alla Corte costituzionale di riflettere su quali possano essere i rimedi più cauti, al fine di evitare l'interferenza del potere giudiziario in una funzione che, in principio, è di dominio delle assemblee rappresentative. Inoltre tutto ciò consente alla Corte costituzionale di incidere con i suoi poteri *lato sensu* normativi solo sulla disciplina legislativa, posto che la correzione di questa produce di per sé anche un impatto sul significato da attribuire alla *common law*[174].

Il risultato è che la Corte dichiara l'incostituzionalità della sez. 30(1) del *Marriage Act* e della definizione di matrimonio elaborata dalla *common law*, senza tuttavia rimediare a siffatta lesione sviluppando la *common law* impugnata e, anzi, evitando "di decidere se

---

[173] *Minister of Home Affaire and Another v. Fourie and Others; Lesbian and Gay Equality Project and Others v. Minister of Home Affairs and Others* (CC), cit., § 119.

[174] È partendo da considerazioni diametralmente opposte che Kate O'Regan J. trae le mosse per consegnare un'opinione parzialmente dissenziente sull'individuazione del rimedio finale, ma non sui motivi determinanti l'incostituzionalità: "[w]e are concerned in this case with a rule of the common law developed by the courts, the definition of marriage. The provisions of section 30 of the Marriage Act rest on that definition, the definition does not arise from the provision of the legislation. As a definition of the common law, the responsibility for it lies, in the first place, with the courts"; *Ibidem*, § 167 (O'Regan J., *partly dissenting*).

la Corte costituzionale abbia il potere di sviluppare la *common law* unicamente in modo incrementale"[175]. Sachs J. ritiene costituzionalmente necessario, in ossequio alla dottrina della separazione dei poteri, sospendere per dodici mesi entrambe le dichiarazioni d'incostituzionalità, al fine di consentire al Parlamento, qualora lo voglia, di approvare i necessari adeguamenti legislativi. Ma quali riflessioni hanno spinto Sach J., relatore dell'opinione di maggioranza, a ritenere "giusto ed equo" (sez. 173 cost. finale) sospendere per dodici mesi le due dichiarazioni d'invalidità?[176]

In principio, un rimedio giusto ed equo per le parti vincitrici sembrerebbe militare a favore dell'inopportunità dell'ordine di sospensione, perché solo così il connesso rimedio del *reading-in* del *Marriage Act* consentirebbe alle parti e alle altre *same-sex couples* di esaudire il desiderio di accedere all'istituto matrimoniale. Un siffatto rimedio non creerebbe sostanzialmente nemmeno un *vulnus* al principio che vuole i poteri fra loro separati, poiché – lasciandosi intatto il tenore letterale dell'atto parlamentare in questione – non si negherebbe al legislatore piena libertà di intervenire *ex post* sullo *statute book* per porre rimedio all'occorsa lesione tramite un atto dal contenuto formale intermante parlamentare[177].

Tuttavia, nella concezione di Sachs J. un rimedio giusto ed equo richiede "di guardare alle precise circostanze del caso pensando al modo migliore in cui è possibile promuovere i valori costituzionali"[178], sicché non è pretestuoso ritenere che la pratica dell'eguaglianza e delle dignità richiedano, oltre al riconoscimento di opzioni, opportu-

---

[175] *Ibidem*, § 121.

[176] *Contra*, *Minister of Home Affaire and Another v. Fourie and Others; Lesbian and Gay Equality Project and Others v. Minister of Home Affairs and Others* (CC), cit., § 169 (O'Regan J, *partly dissenting*): "[i]n my view, this Court should develop the common-law rule as suggested by the majority in the Supreme Court of Appeal, and at the same time read in words to section 30 of the Act that would with immediate effect permit gays and lesbians to be married by civil marriage officers".

[177] *Minister of Home Affaire and Another v. Fourie and Others; Lesbian and Gay Equality Project and Others v. Minister of Home Affairs and Others* (CC), cit., § 171 (O'Regan J, *partly dissenting*).

[178] *Minister of Home Affaire and Another v. Fourie and Others; Lesbian and Gay Equality Project and Others v. Minister of Home Affairs and Others* (CC), cit., § 135.

nità e benefici tangibili – che certamente ne realizzano il significato –, anche il raggiungimento di un benessere psicologico e di una sicurezza personale che costituiscono il portato di un'effettiva emancipazione.

In tale contesto, la rivendicazione del diritto al matrimonio deve intendersi "come parte di una complessiva aspirazione alla possibilità di vivere apertamente e liberamente come donne lesbiche emancipate da tutti i taboo legali, che storicamente hanno loro impedito di sentirsi parte integrante della vita sociale. Il diritto di celebrare la loro unione significa dunque molto di più del diritto di accedere ad un istituto legale assieme a tanti ospiti e con conseguenze rilevanti, quantunque questo possa essere importante. Rappresenta la maggiore tappa simbolica nel loro lungo cammino verso l'eguaglianza e la dignità. Tanto maggiore e più certa è l'approvazione istituzionale della loro unione, quanto più solida sarà il salvataggio di questa e altre unioni dall'oblio legale, e quindi più tranquille e meno vulnerabili risulteranno queste formazioni"[179].

La sospensione delle declaratorie d'incostituzionalità, e del connesso rimedio per via interpretativa del *Marriage Act*, risponde all'esisgenza di imporre il minor sacrficio a due distinti obiettivi costituzionali. Risponde ad una concezione sostanziale di equità e giustiza, laddove la legge ha il potere, se non di eliminare immediatamente gli stereotipi sociali e i pregiudizi, "di servire come grande maestro, di stabilire norme pubbliche che gradatamente vengono assimilate nella prassi quotidiana e che proteggono gli individui vulnerabili da emarginazioni e abusi ingiusti"[180]. Rispetta la separazione dei poteri, dato che la costituzione assegna al Parlamento un ruolo nell'implementazione dei valori istituzionali che non può essere relegato ad un mero intervento *ex post*.

A quest'ultimo proposito, infatti, occorre tenere a mente che la giustificazione di un provvedimento legislativo può risiedere in argomentazioni di diversa natura. Può rinvenirsi nel merito politico, e in tal modo si giustifica una scelta legislativa nella misura in cui la decisione promuova o tuteli alcune finalità collettive e della comunità nel

---

[179] *Ibidem*, 137.
[180] *Ibidem*, 138.

suo insieme. Può rinvenirsi in argomenti di principio, e in tal caso si giustifica una delibera legislativa nella misura in cui si dimostri la sua finalizzazione al rispetto, protezione, promozione e realizzazione dei valori fondanti e supremi della comunità politica costituita. Logica vuole che gli argomenti politici si discostino da quelli di principio circa il modo di orientare la decisione. I primi ricalcano forme di flessibilità, giacché diversi possono essere i modi per conseguire il bene collettivo. I secondi sono parametri rigidi, giacché o un valore giuridico supremo o è rispettato, oppure semplicemente non lo è.

Certamente i legislatori devrebbero cercare di legifererae perseguendo ad un tempo obiettivi politici e di principio, così come, d'altro canto, pure i giudici dovrebbero scegliere, fra i possibili provvedimenti dal contenuto giuridicamente ammissibile, quello che realizzi il maggiore bene collettivo possibile. Tuttavia, nelle questioni giuridicamente e politicamente controverse in cui giudici e legislatori si contendano l'un l'altro spazi decisionali, una genuina interpretazione della separazione dei poteri sembra suggerire che ai primi spettino le decisioni fondate su argomenti di principio, mentre ai secondi spettino la scelte di merito politico nel rispetto dei vincoli di principio. In tal modo anche la teoria tradizionale secondo cui la sentenza dovrebbe essere il meno creativa possibile si svuota di gran parte di fondamento nei casi in cui la decisione giudiziale trovi la sua *ratio* giustificativa in argomenti di principio. Infatti, mentre le decisioni politiche necessitano di essere assunte attraverso un qualche processo politico designato a realizzare un'accurata selezione dei differenti interessi in gioco, le decisioni giurisdizionali che si rifanno ad argomenti di principio mirano ad accertare la lesione puntuale di un diritto presistente, e non a creare *tout court* un nuovo diritto.

Tale teoria è condivisibile anche alla luce della *majority opinion* di *Fourie*, laddove la Corte costituzionale asserice che il "provvedimento giudiziale serve a stabilire i diritti dei ricorrenti dichiarando il modo in cui l'ordinamento, allo stato attuale, non rispetta i vincoli discendenti dall'eguaglianza. Al contempo, […] l'eguaglianza sarebbe meglio realizzata tramite il rispetto della separazione dei poteri e fornendo al Parlamento l'opportunità di affrontare in modo appropriato la questione. Al riguardo è necessario ricordare che esistono modalità differenti in cui il legislatore può colmare la lacu-

na normativa"[181]. Durante il periodo di sospensione annuale il Parlamento sudafricano avrebbe potuto decidere, per ipotesi, di estendere il matrimonio tramite una sorta di legge d'interpretazione autentica del *Marriage Act*, ovvero, in buona sostanza, anticipando l'efficacia del *reading-in* indicato dalla Corte costituzionale come rimedio alternativo all'inerzia parlamentare. Oppure, avrebbe potuto scegliere di novellare l'intera disciplina familiare, regolamentando, oltre al matrimonio civile etero ed omosessuale, anche il matrimonio delle diverse tradizioni religiose, forme di convivenza parificate a quelle coniugali, altre formazioni a carattere familiare, e altre opzioni ancora, ivi inclusa quella accolta nel *Civil Union Act*[182].

Anche al di là del contesto sudafricano non vi sono ragioni per negare, in principio, la possibile pluralità di opzioni politiche per ristabilire l'ordine costituzionale violato, e risulterebbe inappropriato per le corti tentatare un giudizio prognostico sulla legittimità costituzionale delle possibili alternative legislative. D'altro canto, però, un intervento giudiziale può sovente agevolare il compito del legislatore, specialmente quando ai giudici si presenti tale opportunità, ed è per questo che la Corte costituzionale sudafricana decide di "elaborare certi principi giuda di speciale rilevanza costituzionale al fine di ridurre il rischio di una sequela interminata di processi su una questione che ad un tempo solleva opinioni accese e divise, da un

---

[181] *Ibidem*, 139. *Contra*, *ibidem*, § 168 (O'Regan J, *partly dissenting*): "[i]t is true that there a choice for the Legislature to make, but on the reasonong of the majority judgment, there is not a wide range of options. If as Sachs J. correctly concludes, it is not appropriate to deny gays and lesbians the right to the same status as heterosexuals couples, the consequence is that, whatever the legislative choice, it is a narrow one which willò affect either directly or indirectly all marriages. The choice as to how to regulate to these relationships will always lie with Parliament and will be unaffected by any relief we might grant in this case".

[182] Come detto il 14 novembre 2006 il Parlamento nazionale ha approvato il *Civil Union Act* scegliendo di definire l'unione civile ("civil union") come "l'unione volontaria di due persone di 18 o più anni, celebrata e registrata o tramite il matrimonio ["marriage"] o tramite l'accordo civile ["civil partnership"] conformemente alla procedura indicata in questo Act, ad esclusione di ogni altro per tutto il tempo della sua durata", e dunque riconoscendo alle coppie etero od omosessuali di optare o tramite per matrimonio o per la *civil partnership*, entrambe equiparate sotto il profilo degli effetti legali.

lato, e richiede una risoluzione certa e chiara, dall'altro"[183]. Due sono, in particolare, i *guiding principles* che la Corte costituzionale desume da argomenti di principio per arginare il pericolo di arbitrario esercizio della discrezionalità legislativa.

In primo luogo si nega la possibilità di rimediare alla sotto-inclusività ("under-inclusivness") del diritto matrimoniale tramite l'*equalizing-down*, ossia negando a tutti indiffrentemente – omosessuali, bisessuali, eterosessuali –, il diritto fondamentale al matrimonio. Ciò perché il livellamento al ribasso non promuoverebbe la dignità umana, il raggiungimento dell'eguaglianza e l'avanzamento dei diritti e delle libertà (sez. 1 cost. finale), bensì creerebbe parità nell'esclusione e nell'oppressione[184]. In secondo luogo si avverte il Parlamento della "necessità di evitare un rimedio che all'apparenza sembri garantire eguale protezione, ma che nel far ciò finisca, per il suo contesto o il modo in cui è applicato, per riprodurre nuove forme di emarginazione". È il caso della disciplina legislativa delle unioni civili, sovente riservate esclusivamente agli omosessuali e parificate in tutto o in parte al matrimonio, il quale permane appannaggio esclusivo delle coppie eterosessuali.

6.2.2. *Concetto/concezioni di famiglia e matrimonio nella società aperta e democratica*

In Sudafrica la concezione strettamente eterosessuale di famiglia è posta in discussione solo a seguito dell'emanazione del *Bill of Rights* del 1993. Il divieto di discriminazione in ragione dell'orientamento sessuale e dello stato coniugale (sez. 9(3) cost. finale) provoca infatti un forte indebolimento dei fondamenti giustificativi del consolidato modello di famiglia coniugale esclusivamente eterosessuale, creando al contempo i presupposti essenziali al fine del riconoscimento sia del matrimonio omosessuale, sia delle relazioni a carattere non coniugale[185].

---

[183] *Ibidem*, § 148.

[184] *Ibidem*, § 149.

[185] La sez. 8(3) cost. transitoria non contemplava – a differenza della sez. 9(3) cost. finale – il "marital status" fra i *prohibited grounds of discrimination.* In

In assenza del vigente quadro costituzionale non si sarebbe potuto sostenere tanto agilmente – come invece si è fatto in *National Coalition 2* – che "negli ultimi dieci anni ha avuto luogo un processo accelerante di trasformazione sia nelle relazioni familiari sia nelle concezioni legale e sociale di famiglia e di ciò che questa comprende"[186]. Né, tanto meno, si sarebbero trovati argomenti sufficientemente persuasivi per sostenere – come invece afferma T. Mosikatsana in un noto articolo pubblicato negli anni nevralgici della transizione – che il modello di famiglia coniugale eterosessuale costituisce una "indiscussa presunzione volta ad idealizzare la dominante concezione di famiglia che tradizionalmente ha trovato appli-

---

National Coalition 2, cit., § 60, Ackerman J. asserì di aver affrontato unicamente la posizione dei "partners in a permanent same-sex life partnerships", di aver lasciato volutamente aperta la questione della legittimità costituzionale dell'esclusione delle coppie di fatto eterosessuali dai *benefits* normativi, e di non aver voluto considerare "se, e fino a che punto, il diritto dovesse accordare riconoscimento istituzionale formale alle same-sex partnerships". In *Satchwell v. The President of the Republic of South Africa and Another* 2002, cit., Madala J. confermò, almeno implicitamente, tanto la necessità costituzionale di riconoscere il *same sex-marriage* – "[i]n terms of our common law, marriage creates a physical, moral and spiritual community of law which imposes reciprocal duties of cohabitation and support. The formation of such relationships is a matter of profound importance to the parties, and indeed to their families and is of great social value and significance. However, as I have indicated above, historically our law has only recognized marriages between heterosexual spouses. This narrowness of focus has excluded many relationships which create similar obligations and have a similar social value" (§ 22) – quanto la necessità di un intervento legislativo volto a regolamentare le convivenze *more uxorio*, di natura eterosessuale ed omosessuale. La stessa Corte ritenne nevralgico, ad esempio, determinare "when and how to regard a partnership as permanent and when it began and ceased" (§ 31).

[186] *National Coalition 2*, cit., § 47. La Corte prosegue, sempre al § 47, citando J.D. Sinclair (assisted by J. Heaton), *The law of Marriage*, vol. I, Kenwyn, Juta, 1996, 6-7: "[b]ut the current period of rapid change seems to 'strike at the most assumptions' underlying marriage and family […] Its heterogeneous society is 'fissured by differences of language, religion, race, cultural habit, historical experience and self-definition' and, consequently, reflects widely varying expectations about marriage, family life and the position of women in society". In *Satchwell v. The President of the Republic of South Africa and Another* 2002, cit., § 11, Madala J. – riprendendo *Miron v. Trudel* (1995) 124 DLR (4th) 693, § 102 (Suprema Corte canadese) – afferma che "[f]amily means different things to different people, and the failure to adopt the traditional family form of marriage may stem from a multiplicity of reasons – all of them equally valid and all of them equally worthy of concern, respect, consideration, and protection under the law".

cazione nella legge e negli usi sociali", e che questa, tuttavia, "non tiene conto della diversità culturale e del valore del pluralismo, tanto importanti per il nuovo Sudafrica liberale e democratico. Nella realtà ci sono molteplici forme come le coppie omosessuali, i matrimoni tradizionali africani, i matrimoni Indù, Ebraico e Musulmano che non si conformano all'invalso modello tradizionale di famigla"[187].

È risaputo come confliggenti valori religiosi, ideologici e culturali militino in favore di concezioni diversificate di famiglia, che spaziano dal rigido modello fondato esclusivamente sul matrimonio eterosessuale a forme flessibili inclusive delle convivenze *more uxorio* etero ed omosessuali, per non dire delle formazioni familiari tribali e poligamiche[188]. In maniera analoga, "se il matrimonio è concepito come un'istituzione rigida che è rimasta fondamentalmente immutata nel corso della storia, allora è pressoché inconcepibile comporre le differenze e favorirne una reinterpretazione. Se, al contrario, è visto come un'istituzione flessibile che da sempre riflette le convinzioni politiche, sociali o religiose del momento, allora è

---

[187] T.L. Mosikatsana, *The Definitional Exclusion*, cit., 550-551 e similmente Id., *Comment on the* Adoption by K and B, Re, in 12(4) *SAJHR,* 582 (1996). Cfr.: P. de Vos, *Same-Sex Sexual Desire and the Re-Imagining of the South African Family*, in 20(2) *SAJHR,* 179-206 (2004); Id., *Same-sex marriage, the right to Equality and the South African Constitution*, in 11(1-2) *SAPR/PL,* 355 (1996); K. Bruns, V. Kannelly, *The Legal Definition of Marriage*, in *Responsa Meridiana,* 487 (1995); B. Grant, *Homosexual Marriage and the Constitution*, in 12(4) *SAJHR,* 568 (1996); A. Pantazis, *An Argument for the Legal Recognition of Gay and Lesbian Marriage*, in 114(3) *SALJ,* 556 (1997); D. Wides, *Family and equality in post-constitutional South Africa: an argument for same-sex marriage*, in *Responsa Meridiana* 81-108 (2003); E. Steyn, *From Closet to Constitution*, cit., 97; Id., *On the international recognition of gay love*, in 2 *Tydskrif Vir Die Suid-Afrikaanse Reg* 340 (2003); JMT Labuschagne, *Eengeslaghuwelike:'n Menseregtelike en Regsevolusionere Perpektief*, in 12(4) *SAJHR* 534 (1996); S. Noble, *Same-sex marriage under the Final Constitution*, in *Responsa Meridiana,* 91 (1997); A.M.O. Griffiths, *In the shadow of marriage: gender and justice in an African community*, Chicago, University of Chicago Press, 1998, 1-310; R. Kruger, *Appearance and reality: constitutional protection of the institutions of marriage and the family*, in 66(2) *THRHR,* 285 (2003); H. Wildenboer, *The status of same-sex unions in South Africa*, in 41(2) *Codicillus,* 54 (2000); B. Silver, *'Til Deportation Do Us Part: The Extension of Spousal Recognition to Same-sex Partnership*, in 12(4) *SAJHR,* 575 (1996).

[188] R. Manjoo, *Legislative Recognition of Muslim Marriages in South Africa*, in 32 *Int'l J. Legal Info.* 271-282 (2004).

possibile concettualizzarlo anche al di fuori dei suoi attuali confini istituzionali"[189].

La costituzione sudafricana esclude certamente una visione statica del matrimonio, tanto che non ne definisce espressamente i contorni per evitare di costituzionalizzare concezioni "che si collegano alla storia, alla cultura, e alle speciali circostanze di ogni società", ed il cui inveramento presuppone un prototipo elastico di famiglia[190]. I negoziatori della costituzione finale preferirono, al pari di altri legislatori costituenti del nordeuropa e nordamerica, concepire i diritti fondamentali al matrimonio e alla vita familiare come interessi vitali non adatti ad una definizione cristallizzata in costituzione, giacché le famiglie si costituiscono, funzionano e si sciolgono secondo una tale molteplicità di variabili che ogni tentativo di definizione potrebbe risultare inopportuno e scarsamente rispondente alla realtà e alle esigenze sociali[191]. Tuttavia, nonostante il *Bill of Rights* eviti di definire espressamente il matrimonio, ciò non implica che la costituzione abbia escluso la protezione di quel diritto fondamentale e, con questo, i concomitanti interessi ad essere trattati egualmente e con dignità nell'esercizio di quel diritto, o a scegliere liberamente se, quando e con chi sposarsi[192].

Il modo in cui i giudici sudafricani interpretano i concetti di dignità, eguaglianza e libertà dimostra non solo l'insostenibilità della tesi che nega il riconoscimento del diritto fondamentale al matrimonio, siccome non espressamente affermato in costituzione, ma anche la centralità di quei valori nel valutare questioni pertinenti l'esclusione delle coppie omosessuali da istituti strumentali alla realizzazione di una famiglia. L'estensione del matrimonio civile alle coppie dello stesso sesso avviene, infatti, grazie alla fruttuosa applicazione giudiziale dei valori/diritti costituzionali di eguaglianza – specialmente nella misura in cui questa valorizza la differenza e accorda il "right to be diffe-

---

[189] T.L. Mosikatsana, *The Definitional Exclusion*, cit., 549; K. Williams, *'I do' or 'we won't': Legalising same-sex marriage in South Africa*, in 20(1) *SAJHR,* 34 (2004).

[190] *Certification of the Constitution of the republic of South Africa, 1996, In Re: Ex parte Chairperson of the Constitutional Assembly 1996* 1996 (4) SA 744 (CC); 1996 (10) BCLR 1253 (CC), § 99.

[191] *Idem.*

[192] *Ibidem*, § 100.

rent" –, dignità umana e libertà (*equal liberty argument*). Detto diversamente, il riconoscimento delle *same-sex partnerships* come nucleo familiare – sottolinea la Corte corte costituzionale sin da *National Coalition 2* – "dà espressione a norme e valori […] fondati sulla dignità umana, eguaglianza e libertà che […] esprimono la crescente preoccupazione, comprensione, e sensibilità per la diversità umana in generale e ai gay, alle lesbiche, e alle loro relazioni in particolare"[193].

Il Sudafrica presenta una moltitudine di formazioni familiari che si evolvono rapidamente, e pertanto "è inappropriato consentire il radicamento di una fra le possibili forme come l'unica socialmente e giuridicamente accettabile"[194]. Inoltre l'utilizzo di un paradigma normativo esclusivamente eterosessuale nel definire, a livello di diritto sottostante (*common law*, *statutory law*, *customary law*) i contorni del diritto al matrimonio "arreca un danno ai gay e alle lesbiche poiché implica un giudizio su di loro. Questo non solo suggerisce che le loro relazioni e legami affettivi siano di minor valore intrinseco, ma che essi stessi non possano mai completamente essere parte di una comunità di eguali morali che la Costituzione promette di creare"[195]. Il riconoscimento della diversità derivante da diverse forme di orientamento sessuale e da differenti modelli e stili di vita familiare rappresenta dunque una tappa fondamentale all'interno del multiarticolato processo di transizione verso una società aperta e democratica, posto che "la forza della nazione immaginata dal costituente si fonda sulla sua capacità di includere tutti i suoi membri con dignità e rispetto"[196].

Se, da un lato, la sez. 15 cost. finale garantisce a tutti "il diritto alla libertà di coscienza, religione, pensiero, convinzione e opi-

---

[193] *National Coalition 2*, cit., § 48.

[194] *Minister of Home Affaire and Another v. Fourie and Others; Lesbian and Gay Equality Project and Others v. Minister of Home Affairs and Others* (CC), cit., § 59.

[195] *Fourie and Another v. Minister of Home Affairs and Others* (SCA), cit., § 15. Per uno sviluppo di tale argomentazione si v. anche *Submission on Behalf of The Lesbian and Gay Equality Project*, §§ 36-50, in http://www.equality.org.za/archive/landmarks/highcourt/02fourie.htm (17-08-2004), presentata in pendenza del caso *Fourie and Bonthuys v. Minister of Home Affairs and Another*, Case No 17280/2002, cit., (*High Court – Transvaal Provincial Division*).

[196] *Minister of Home Affaire and Another v. Fourie and Others; Lesbian and Gay Equality Project and Others v. Minister of Home Affairs and Others* (CC), cit., § 61.

nione", dall'altro la medesima sezione precisa, al comma 3, come la predetta libertà "non [possa] impedire atti legislativi intesi a riconoscere (i) matrimoni conclusi sotto ogni tradizione, o sistemi di regole religiose, personali o familiari; o (ii) sistemi di regole personali o familiari sotto ogni tradizione, o a cui aderiscono persone che professano una religione particolare"[197]. Una tale disposizione sta dunque a significare "che non esiste un modello egemonico di matrimonio che inesorabilmente ed automaticamente si applica a tutti i sudafricani"[198], ed abilita il legislatore, nel tentativo ambizioso di realizzare la diversità nell'unità, nonché "un certo grado di pluralismo legale" nelle formazioni familiari, ad intervenire per "riconoscere i matrimoni tradizionali africani, islamici o indù come parte del diritto di questa terra, diversi nella concezione, ma eguali nello *status* ai matrimoni contratti ai sensi del diritto generale"[199].

Il pluralismo dei modelli familiari non può negarsi nemmeno allargando l'indagine al diritto internazionale, di cui i giudici *devono* tener conto ogniqualvolta si interpreti il *Bill of Rights* (sez. 39 (1)(b) cost. finale). L'art. 16 UDHR – come si è già detto – accorda espressamente il diritto a contrarre matrimonio a "uomini e donne in età adatta", ma siffatto riferimento ai sessi "è descrittivo di un'assunta realtà, e non prescrittivo di una struttura normativa valida in ogni tempo. La lettera complessiva della norma chiarisce come l'intento

---

[197] Il testo integrale in lingua ufficiale della sez. 15 cost. finale è il seguente: "(1) [e]veryone has the right to freedom of conscience, religion, thought, belief and opinion. (2) Religious observance may be conducted at state or state-aided institutions, provided that – (a) those observances follow rules made by the appropriate public authorities; (b) they are conducted on an equitable basis; and (c) attendance at them is free and voluntary. (3) (a) This section does not prevent legislation recognizing (i) marriages concluded under any tradition, or a system of religious, personal or family law; or (ii) systems of personal and family law under any tradition, or adhered to by persons professing a particular religion. (2) Recognition in terms of paragraph (a) must be consistent with this section and the other provisions of the Constitution". Per un commento: D. Davis, *Religion, Belief and Opinion*, in M.H. Cheadle, D.M. Davis, N.R.L. Haysom (eds.), *South African Constitutional Law: The Bill of Rights*, Butterworths, Durban, 2002, 203.

[198] *Minister of Home Affaire and Another v. Fourie and Others; Lesbian and Gay Equality Project and Others v. Minister of Home Affairs and Others* (CC), cit., § 107.

[199] *Ibidem*, § 108.

principale sia quello di vietare i matrimoni minorili, rimuovere gli impedimenti nel contrarre matrimonio dovuti alla religione o alla nazionalità, assicuare che l'accesso al matrimonio sia libero e garantire eguali diritti prima, durante e dopo il matrimonio"[200].

La stessa disposizione afferma che "[l]a famiglia è il nucleo naturale e fondamentale della società e ha diritto ad essere protetta dalla società e dallo Stato" (art. 16, c. 3, UDHR), ma questa "di per sé non ha implicazioni definitorie intrinseche"[201]. Questa non restringe l'ambito della sua copertura alla famiglia nucleare monogamica, né contiene per sua natura intrinseche limitazioni a favore, per sempre e inesorabilmente, delle unità familiari eterosessuali. Non vi è alcun indizio nella dichiarazione internazionale dal quale possa arguirsi che il nucleo fondamentale della società debba costituirsi in sintonia con un particolare modello o concezione. E quandanche lo scopo originario della dichiarazione fosse di garantire protezione ad un particolare tipo di formazione familiare, l'intento originario non potrebbe implicare l'assenza di protezione legale *sine die* di tutti gli altri modi di costituzione della famiglia.

La creazione di una società aperta e democratica postula quindi, in principio, l'abbandono di un approccio di stampo originalista nell'interpretazione dei diritti fondamentali, perché diversamente si finirebbe per atrofizzare e congelare il sistema di garanzia dei diritti al loro significato storico e a riconoscere come degna di considerazione e rispetto solo la concezione di umanità dei vecchi padri costituenti: "[c]osì come mutano le condizioni dell'umanità e si evolvono le idee di equità e giustizia, così i concetti dei diritti acquistano nuova trama e significato. L'orizzonte dei diritti è senza limiti al pari delle speranze e aspettative dell'umanità. Ciò che ieri era visto dall'ordinamento come giusto è oggi giorno condannato come ingiusto. Ai tempi dell'adozione della Dichiarazione Universale, il colonialismo e la discriminazione razziale erano visti come fenomeni naturali, incorporati nelle leggi delle cosiddette nazioni civilizzate, e ad un tempo benedetti e denunciati da molti capi religiosi. Il patriarcato, vecchio almeno quanto la maggioranza dei sistemi matrimoniali, difeso in nome di fattori biologici, e sostenuto in

---

[200] *Ibidem*, § 100.
[201] *Ibidem*, § 101.

ragione di convinzioni religiose, non è più accettato come paradigma normativo in gran parte del mondo. Un tempo atroci castighi perpetrati nei confronti di donne e bambini furono tollerati dal diritto di famiglia e dagli organismi internazionali, mentre oggi sono considerati intollerabili. Similmente, sebbene molti valori della vita familiare siano rimasti immutati, tanto la famiglia quanto il diritto relativo alla famiglia sono stati oggetto di radicali trasformazioni"[202].

A detrimento della tesi che afferma il pluralismo dei modelli familiari e l'abbandono di interpretazioni originaliste non può richiamarsi, a mo' di precedente rilevante per l'interpretazione del diritto internazionale (e quindi del diritto costituzionale sudafricano (sez. 39(1)(b) cost. finale)), nemmeno la decisione *Joslin*[203], con cui il Comitato dei Diritti dell'Uomo ha sostanzialmente negato l'estensione del diritto matrimoniale a due lesbiche neozelandesi desiderose di convolare a nozze. Quella decisione è chiaramente *distinguishable* per il fatto che il Comitato sostenne l'inesistenza nella ICCPR di disposizioni espresse vietanti le discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale, ma "ciò è tutt'altra cosa dal sostenere che la ICCPR vieti il riconoscimento del *same-sex marriage* e dunque escluda le *same-sex couples* dall'accesso al matrimonio o dalla formazione di famiglie"[204].

Stando alla *majority opinion* di Sachs J. in *Fourie*, l'impossibilità di abbandonare un approccio originalista nell'interpretazione dell'art. 23 ICCPR è riconducibile all'assenza di un puntuale ed esplicito riferimento all'orientamento sessuale nella clausola d'eguaglianza (art. 26 ICCPR), che a sua volta avrebbe positivizzato il valore etico-giuridico della differenza. Al riguardo, infatti, si è già visto come la pregressa giurisprudenza del Comitato avesse in parte sopperito alla mancanza di un riferimento testuale all'orientamento sessuale includendolo nel concetto di sesso, finendo così per negare anche la legittimità delle discriminazioni fondate su questo fattore di distinzione[205]. Tutta-

---

[202] *Ibidem*, § 102.

[203] *Joslin* et al. *v New Zealand*, U.N. Human Right Committee Doc. CCPR/C/75/D/902/1999, Communication No. 902/1999 New Zealand 30/07/2002.

[204] *Minister of Home Affaire and Another v. Fourie and Others; Lesbian and Gay Equality Project and Others v. Minister of Home Affairs and Others* (CC), cit., § 103.

[205] *Toonen v. Australia*, U.N. Human Right Committee Doc. CCPR/C/50/D/488/1992, Communication No. 488/1992 Australia 4/4/1994.

via, proprio l'assenza di una clausola antidiscriminatoria esplicita in tal senso impedì al Comitato di superare il tenore testuale dell'art. 23 ICCPR, il quale afferma, seppur in modo solo apparentemente intelleggibile e insuscettibile d'interpretazioni evolutive, che "[i]l diritto di sposarsi e di fondare una famiglia è riconosciuto agli uomini e alle donne che abbiano l'età per contrarre matrimonio". Viceversa, la Costituzione sudafricana enuncia esplicitamente il diritto a non subire arbitrarie discriminazioni in ragione dell'orientamento sessuale, "diritto che non è supportato *nel testo* della ICCPR. Inoltre la Costituzione dispone esplicitamente che le discriminazioni fondate sull'orientamente sessuale si presumono ingiuste"[206].

Senza dubbio sarebbe risultata anomala un'interpretazione costituzionale che in ossequio al diritto internazionale avesse finito per negare un diritto già garantito, specialmente laddove, come in Sudafrica, quel diritto fu apertamente, espressamente ed intenzionalmente riconosciuto dai costituenti come parte integrante dei diritti/valori espressivi di una società aperta e democratica, quali la dignità umana, l'eguaglianza e la libertà. Di qui Sachs J. trae vigore per affermare che "sebbene sia vero che il diritto internazionale protegga espressamente il diritto al matrimonio eterosessuale, non può sostenersi che siffatta protezione sia tale da escludere necessariamente l'eguale riconoscimento, ora o in futuro, del diritto delle *same-sex couples* a beneficiare dello *status*, diritti connessi e responsabilità accordate dal matrimonio alle coppie eterosessuali"[207].

6.2.3. *Matrimonio e libertà/concezione religiosa*

La Corte Suprema d'Appello riconosce che – "implicitamente, se non espressamente"[208] – è convinzione diffusa ritenere giustificabile l'esclusione delle *same-sex couples* dal *civil marriage* in virtù del

---

[206] *Minister of Home Affaire and Another v. Fourie and Others; Lesbian and Gay Equality Project and Others v. Minister of Home Affairs and Others* (CC), cit., § 103.

[207] *Ibidem*, § 105.

[208] *Fourie and Another v. Minister of Home Affairs and Others* (SCA), cit., § 20.

"fatto che molti sudafricani ancora intendono il matrimonio come istituto eterosessuale, e che molti possono percepire la sua estensione a gay e lesbiche con apprensione e contrarietà"[209]. Stando a queste diffuse convinzioni, o più propriamente alle radicate paure della maggioranza, l'istituzione matrimoniale non potrebbe includere al suo interno, vuoi per invalsa tradizione, o per natura, o finanche per essenza definitoria, l'intruso delle unioni omosessuali. Ne consegue che per costoro tali unioni non possono essere considerate matrimonio, perché altrimenti si finirebbe per alterare irreversibilmente un'istituzione radicata nella storia e nella cultura dell'umanità, o per trasformare il significato di un valore fondamentale per moltissimi credenti e per la dottrina morale delle confessioni religiose. Di qui l'emersione di una questione nodale: può invocarsi la libertà di coscienza morale e/o religiosa (sez. 15 cost. finale) al fine di contrastare una concezione flessibile di matrimonio, ossia per legittimare una concezione tradizionale e/o religiosa del matrimonio civile?

Sempre ammesso che sia individuabile un'omogenea concezione tradizionale e/o religiosa di matrimonio – il che, razionalmente, appare assai difficile considerata la pluralità di tradizioni e culture, dei punti di vista morale e delle confessioni religiose –, le corti investite della questione hanno risposto negativamente al quesito. Due sono le argomentazioni di principio elaborate a sostegno di tale tesi. Da un lato si sottolinea la necessità di interpretare le disposizioni costituzionali alla luce del substarto assiologico laico e plurale riflesso in costituzione. Dall'altro si enfatizza il principio di libertà inteso in senso milliano, rilevandosi come il riconoscimento del *same-sex marriage* non implichi alcuna lesione di interessi e/o diritti fondamentali altrui. I due argomenti sono tra loro collegati.

Posto che l'interpretazione del *Bill of Rights* debba essere compiuta in modo da promuovere i valori che sottostanno ad una società aperta e democratica (sez. 39(1) cost finale), è dovere giudiziale "muoversi con cautela e rispetto, e con la consapevolezza del fatto che una società composita e pluralistica è tale proprio perché non tutti concordano su ciò che la Costituzione comporta. Il rispetto per la dif-

---

[209] *Ibidem*, § 20.

ferenza necessita anche il rispetto di concezioni diverse circa i valori costituzionali e i suoi esiti"[210]. Ma quali criteri interpretativi sono cauti e rispettosi, in guisa da garanire la coesistenza di concezioni diverse sui valori costituzionali? Come può garantirsi a ciascuna concezione il proprio spazio impedendo che l'una invada arbitrariamente la sfera dell'altra? Possono congegnarsi massime di universalizzazione interpretative capaci di garantire il multiculturalismo dei valori?

Sempre più spesso i rappresentati di confessioni religiose o di associazioni intervengono a vario titolo nei processi costituzionali rilevando la necessità di interpretare i valori riflessi in costituzione alla luce dei precetti contenuti nei testi sacri. Ciò accade sovente quando l'oggetto di definizione riguarda il diritto fondamentale al matrimonio. Tuttavia, a fronte di tali o simili richieste, da un puno di vista costituzionale è compito del giudice assicurare che gli intervenienti siano protetti nel loro diritti: (a) a concepire il loro matrimonio secondo i significati sacri della loro dottrina (sez. 15 cost. finale); (b) di appartenere a una comunità religiosa che celebra il matrimonio in consonanza coi postulati morali della loro dottrina (sez. 31(1) cost. finale)[211]; (c) di esprimere liberamente le loro visioni sia in pubblico sia di fronte alle corti (sez. 16 cost. finale)[212]. Le Corti non possono andare oltre a ciò, né tanomeno sono tenute a interpretare la costituzione alla luce di quanto espresso nei testi sacri[213].

---

[210] *Ibidem*, § 21.

[211] Il testo integrale in lingua ufficiale della sez. 31 cost. finale è il seguente: "(1) [p]ersons belonging to a cultural, religious or linguistic community may not be denied the right, with other members of that community – (a) to enjoy their culture, practise their religion and use their language; and (b) to form, join and maintain cultural, religious and linguistic associations and other organs of civil society. (2) the rights in subsection (1) may not be exercised in a maner incosistent with any provision of the Bill of Rights".

[212] Il testo integrale in lingua ufficiale della sez. 16 cost. finale è il seguente: "(1) [e]veryone has the right to freedom of expression, which includes – (a) freedom of the press and other media; (b) freedom to receive or impart information or ideas; (c) freedom of artistic creativity; and (d) academic freedom and freedom of scientific research. (2) The right in subsection (1) does not extend to – (a) propaganda for war; (b) incitement of imminent violence; or (c) advocacy of hatred that is based on ace, ethicity, gender or religion, and that constitutes incitement to cause harm".

[213] *Minister of Home Affaire and Another v. Fourie and Others; Lesbian and Gay Equality Project and Others v. Minister of Home Affairs and Others* (CC), cit., § 93.

"Il sistema si incepperebbe se si impiegassero i sentimenti religiosi di alcuni come guida dei diritti costituzionali di altri"[214]. La costituzione richiede dunque di riconoscere la diversità di opinioni e di punti di vista su questioni che sollevano un acceso dibattito pubblico, ma il limite oltre al quale non è possibile spingersi è segnato dai valori di libertà, eguaglianza e dignità umana, i quali implicano l'assenza di lesioni ai diritti fondamentali riconosciuti ai singoli o ai gruppi. "Sottolineo il fatto che non debbano esserci lesioni ai diritti fondamentali", insiste Sachs J. in *Fourie*: "l'opinione maggioritaria è sovente pregiudizievole alle minoranze che orbitano fuori dalla corrente principale. Ed è proprio compito della Costituzione e dell'ordinameno intervenie e neutralizzare, piuttosto che rafforzare, le ingiuste discriminazioni perpetrate a danno della minoranza. Il criterio di giudizio, qualora siano in ballo posizioni della maggioranza e della minoranza, deve sempre essere quello di valutare se la misura indubbiata promuove o ritarda il raggiunimeno della dignità umana, eguaglianza e libertà. L'elemento di distinzione di una società aperta e democratica consiste nella sua capacità di favorire e gestire la differenza di radicate concezioni del mondo e stili di vita in modo giusto e ragionevole. L'obiettivo della Costituzione è di consentire a differenti concezioni sulla natura umana di coabitare il medesimo spazio pubblico, secondo modalità che ad un tempo assicurino l'assenza di lesioni reciproche e il funzionamento del governo in base a canoni espressivi di eguale considerazione e rispetto per tutti"[215].

Tutto ciò, è evidente, "presuppone fede nella capacità di ognuno ad adattarsi e ad accettare i *new entrants* alla parità morale e all'eguale dignità del costituzionalismo. I giudici pertanto devono avere fede nelle scelte sagge fatte dai padri costituenti in nome di tutti i sudafricani. Essi possono anche contare sul fatto che tutti i sudafricani saranno preparati ad accettare le conseguenze che tali scelte comportano"[216].

La necessità di coesistenza e rispetto della diversità nelle convinzioni trova piena espressione nel diritto matrimoniale sudafrica-

---

[214] *Ibidem*, § 92.
[215] *Ibidem*, §§ 94-95.
[216] *Fourie and Another v. Minister of Home Affairs and Others* (SCA), cit., § 24.

no così come risultante in seguito alle decisioni giudiziali sul caso *Fourie.* Infatti l'estensione giudiziale alle *samme-sex couples* del diritto al matrimonio civile, imposto dagli imperativi costituzionali di eguaglianza e dignità umana, non cozza in alcun modo col valore di libertà, dato che in tal caso resta interamente salvaguardata la sfera morale e/o religiosa di coloro che non condividono il *lifestyle* omosessuale. L'estensione dell'istituto matrimoniale "non impone ad alcuna confessione religiosa o ministro di culto di approvare o celebrare il *same-sex marriage*"[217] (sez. 31 del *Marriage Act*[218]), restando inoltre salva la possibilità riconosciuta ai ministri di culto di celebrare il matrimonio in base ad una formula scelta dalla confessione religiosa d'appartenenza, sempre che questa ottenga il *placet* del Ministero dell'Interno. Sotto tale profilo, anzi – avverte Cameron J a nome della Corte Suprema d'Appello – lo sviluppo della *common law definition of marriage* avrebbe addirittura incrementato lo spazio di libertà delle confessioni religiose, giacché si sarebbero eliminati anche gli ostacoli di ordine politico e/o sociale all'approvazione ministeriale di una formula religiosa di sostegno al matrimonio omosessuale[219].

Emerge quindi come il riconoscimento del matrimonio a due persone dello stesso sesso non implichi sacrifici a nessuno dei valori sottostanti alla società aperta e democratica, e come eguaglianza, dignità umana e libertà religiosa possono (e debbano) convivere, ciascuna entro i rispettivi spazi. Da un lato, i precetti costituzionali d'eguaglianza e dignità umana impongono l'estensione del matri-

---

[217] *Ibidem*, § 36; *Minister of Home Affaire and Another v. Fourie and Others; Lesbian and Gay Equality Project and Others v. Minister of Home Affairs and Others* (CC), cit., § 97.

[218] La sez. 31 del *Marriage Act* dispone che "[c]ertain marriage officers may refuse to solemnize certain marriages. Nothing in this Act contained shall be construed so as to compel a marriage officer who is a minister of religion or a person holding a responsible position in a religious denomination or organisation to solemnise a marriage which would not conform to the rites, formularies, doctrines or discipline of his religious denomination or organisation".

[219] Il *Civil Union Act* approvato nel novembre 2006 stabilisce, al riguardo, che in conformità alla sez. 15 cost. finale le confessioni religiose restano libere di non celebrare il matrimonio tra persone dello stesso sesso e, similmente, gli ufficiali civili possono esercitare il diritto all'obiezione di coscienza alla celebrazione di una qualunque unione civile tra persone dello stesso sesso.

monio civile alle coppie omosessuali; dall'altro, invece, la libertà di coscienza religiosa consente ai ministri di culto di negare la celebrazione religiosa di matrimoni in contrasto con la loro dottrina morale. Alla stessa stregua, la richiesta da parte delle coppie omosessuali di un trattamento eguale e dignitoso è legittima nella misura in cui non sconfini nella pretesa alla celebrazione religiosa del matrimonio, e, parimenti, la scelta condivisa da alcuni gruppi religiosi di negare la celebrazione religiosa del *same-sex marriage* non può estendersi sino a richiedere che anche lo stato od altri gruppi religiosi neghino *tout court* il *benefit* matrimoniale.

Certamente non vi è uniformità di vedute in tema di matrimonio omosessuale. Lo Stato che considerasse valido ed efficace il *same-sex marriage* – tramite un rito civile accessibile a tutti, o un rito religioso offerto "liberamente" da una data confessione ai suoi proseliti – non violerebbe la libertà di coscienza e religione di coloro che, sinceramente o meno, si oppongono alla celebrazione del matrimonio omosessuale. *Ex adverso*, lo Stato che, per via politica o contenziosa, negasse *tout court* il *same-sex marriage* finirebbe per imporre a tutti indistintamente convinzioni morali e/o religiose non liberamente scelte, e per porre una breccia al principio cardine di separazione fra Stato-ordinamento e religione: potrebbe, ad esempio, una confessione religiosa progressista scegliere di celebrare il matrimonio omosessuale? E soprattutto, tale matrimonio sarebbe considerato valido ed efficace ai fini civili?

6.2.4. *Contenuti/finalità del matrimonio*

Un'altra obiezione sovente avanzata contro il riconoscimento del *same-sex marriage* è il "procreation argument", dietro al quale si nasconde sostanzialmente l'idea di matrimonio come istituto eterosessuale e sessualmente connotato. Con l'argomento della procreazione si asserisce che caratteristica essenziale, costitutiva e definitoria del matrimonio è la sua potenzialità e/o finalità procreativa. A tal stregua il matrimonio istituzionalizzerebbe, come è avvenuo nel corso di millenni e nell'ambito di contesti sociali trasversali, l'inerente relazione procreativa tra un uomo e una donna, sicché lo Stato dovrebbe proteggerlo esclusivamente come tale. Mancando tale poten-

zialità procreativa le coppie omosessuali non potrebbero mai essere incluse fra i destinatari del matrimonio, potendo, semmai, costituire unicamente formazioni sociali diverse variamente denominabili.

Siffatta obiezione è irragionevole e infondata. Al riguardo *National Coalition* 2 specifica *incidenter tantum* che "da un punto di vista legale e costituzionale" la capacità a procreare "non è una caratteristica in grado di definire la relazione coniugale"[220]: tra *procreatio prolis* e natura familiare di un legame affettivo non sussiste un rapporto necessariamente simmetrico, in guisa che non si ha *familia* in assenza di capacità a procreare, e viceversa. Siffatta visione, infatti, lederebbe tanto le coppie che non vogliono (o sono incapaci di) concepire figli, quanto quelle che iniziano la loro relazione in età particolarmente avanzata. Inoltre, il collegamento tra famiglia e capacità a procreare confermerebbe – a torto – lo stereotipo secondo cui la famiglia adottiva, paragonata a quella naturale, è necessariamente un nucleo di minore valore intrinseco. In ultimo, tale concezione è umiliante anche per quelle coppie che deliberatamente decidono di non avere figli e/o di non avere rapporti sessuali, opzioni, queste, interamente ricomprese nella protetta sfera privata di libertà e privacy[221]. *Ergo*, le coppie omosessuali "sono capaci di costituire una famiglia, sia questa nucleare o estesa, e di trarre benefici e soddisfazioni da una vita familiare che non è distinguibile in alcun aspetto significativo da quella composta da coniugi eterosessuali"[222].

---

[220] *National Coalition 2*, cit., § 51.

[221] *Minister of Home Affairs and Another v. Fourie and Others*; cit., §§ 86-87: "[t]he Court held in that matter that however persuasive procreative potential might be in the context of a particular religious world-view, from a legal and constitutional point of view, it is not a defining characteristic of conjugal relationships. To hold otherwise would be deeply demeaning to couples (whether married or not) who, for whatever reason, are incapable of procreating when they commence such relationship or become so at any time thereafter. It is likewise demeaning to couples who commence such a relationship at an age when they no longer have the desire for sexual relations or the capacity to conceive. It is demeaning to adoptive parents to suggest that their family is any less a family and any less entitled to respect and concern than a family with procreated children. It is even demeaning of a couple who voluntarily decide not to have children or sexual relations with one another; this being a decision entirely within their protected sphere of freedom and privacy".

[222] *National Coalition 2*, cit., § 53(viii). Conformemente, in *Du Toit and Another v. Minister of Welfare and Population Development and Others*, cit, la Corte,

Negatosi che il diritto fondamentale al matrimonio sia strutturalmente e intrinsecamente finalizzato alla procreazione, e che dunque questo rappresenti "per natura", "per definizione", "per tradizione storica/culturale/morale" una istituzione sessualmente connotata, *National Coalition 2* specifica che il matrimonio mira a "crea[re] una vitale comunione fisica, morale e spirituale, un *consortium omnis vitae*" dal quale derivano ai coniugi benefici essenziali di natura materiale ed immateriale[223], e che tutti, a prescindere dal loro orientamento sessuale, "hanno le stesse capacità di creare un *consortium omnis vitae*"[224].

---

riferendosi ad una coppia lesbica, affermava che "on the evidence presented in this case, the applicants costitute a stable, loving and happy family" (§ 29); in *Satchwell v. The President of the Republic of South Africa and Another* 2002, cit., § 24, si specificava che l'elemento unificante tutte le relazioni a carattere familiare – e che si poneva a fondamento dei numerosi *benefits* normativi – consisteva nell'esistenza di un reciproco "duty of support", da valutare necessariamente di volta in volta nel caso di relazioni giuridicamente non riconosciute: "la sezione 9 non richiede che i benefici normativi accordati ai coniugi vengano estesi generalmente a tutti i same-sex partners, a prescindere dall'esistenza di un dovere reciproco al mantenimento. La Costituzione non può imporre obblighi nei confronti di partners che a loro volta non intendono assumersene". La Corte sosteneva che, ai fini dell'estensione anche ai same-sex partners dei benefici normativi oggetto di scrutinio – accordati, questi ultimi, unicamente ai coniugi – non poteva prescindersi dall'accertamento del reciproco *duty of support*, poiché solo in tal modo poteva verificarsi la sostanziale analogia fra lo *status* familiare dei coniugi eterosessuali e quello dei conviventi omosessuali, ergo appurarsi l'esistenza di un trattamento discriminatorio dei secondi rispetto ai primi. In *Robinson and Another v. Volks No and Others*, cit., Davis D. affermava che esistono delle differenze tra il matrimonio e la convivenza: "[a]part from the profound religious significance attached to the institution of marriage, there are important definitional differences. For example, upon the conclusion of a marriage ceremony, the relationship between the two parties has immediate legal significance. In the case of a domestic partnership, the determination of the nature of the relationship can only take place after a lenghty period of time […] the enquiry requires the benefit of evidence which illustrate that the relationship is of a permanent nature at which stage it can be concluded that the parties are involved in a domestic life partnership".

[223] *National Coalition 2*, cit., § 42.

[224] *National Coalition 2*, cit., § 46. In *Fourie and Another v. Minister of Home Affairs and Others* (SCA), cit., § 19 Cameron J. avverte che un punto dolente della questione è semmai quello di stabilire se "the capacity for commitment, and the ability to love and nurture and honour and sustain, transcends the incidental fact of sexual orientation. The answer suggested by the Constitution itself and by ten years of development under it is Yes".

Se tutti gli individui adulti hanno le stesse capacità di creare un *consortium omins vitae*, allora a tutti deve essere riconosciuta la possibilità di scegliere liberamente la persona con cui intraprendere questo cammino di vita a due. È pertanto "un'astrazione priva di senso" ritenere che il mancato riconoscimento del *same-sex marriage* non neghi agli omosessuali il diritto fondamentale a contrarre matrimonio, essendo consentito a costoro di unirsi con persone del sesso opposto: "tal assunto ignora il precetto costituzionale secondo cui gay e lesbiche non possono subire discriminazioni in ragione del loro orientamento sessuale e il diritto costituzionale ad esprimere quell'orientamento in una relazione affettiva da loro stessi scelta"[225]. La capacità di poter sciegliere se, quando e con chi contrarre matrimonio accresce inoltre la libertà, l'autonomia e la dignità di coloro che desiderano intraprendere un cammino di vita affettiva a due ad esclusione di tutti gli altri, ed offre alle coppie la possibilità di ottenere un riconoscimento non solo sociale o simbolico, ma anche legale e di fronte allo Stato.

Riconosciutasi espressamente ad ognuno la facoltà di decidere liberamente il proprio coniuge, incluso il suo sesso, si finisce dunque, implicitamente, per negare una volta di più che il matrimonio rappresenti "per natura", "per definizione" o "per tradizione storica/culturale/morale" un'istituzione eterosessuale e sessualmente connotata, richiedente necessariamente la diversità sessuale tra due individui.

6.2.5. *Matrimonio contro regimi civili separati*

L'opposizione al riconoscimento del *same-sex marriage* è alle volte argomentata tramite l'affermazione della necessità costituzionale di regimi alternativi *ad hoc* per le *same-sex couples*. Stando a

---

[225] *Ibidem*, § 38. In *Fourie and Another v. Minister of Home Affairs and Others*, cit., §§ 14 e 15 la Corte Suprema d'Appello rileva che il divieto imposto alle *same-sex couples* di contrarre matrimonio è una *unfair discrimination*; infatti, a differenza di quelle eterosessuali, le coppie omosessuali sono private sia di una scelta che "remain central to our self-definition as humans", sia di "a host of benefits, protection and duties" conseguenti al matrimonio.

questa obiezione si asserisce che il rispetto del diritto costituzionale al matrimonio richiederebbe – in virtù della sua vera natura, e/o evoluzione storica, e/o definizione, eccetera – che qualunque affermazione delle unioni omosessuali fosse realizzata esclusivamente al di fuori del diritto matrimoniale. Altre volte questa obiezione assume forge mascherate, ma sostanzialmente identiche. Si sostiene, ad esempio, che l'ipotetica lesione costituzionale non risiederebbe propriamene nella mancata estensione della disciplina matrimoniale alle coppie dello stesso sesso, bensì nell'inerzia legislativa nel congegnare una disciplina legale separata dal matrimonio. Come a dire che l'illegittimità non riguarderebbe propriamente il diritto matrimoniale in vigore, bensì un'ipotetica disciplina legale a favore delle unioni omosessuali che non è ancora stata deliberata.

A parte l'evidente insostenibilità di quest'ultima affermazione – giacché l'incostituzionalità può rinvenirsi nella mancata inclusione di una categoria soggettiva da un determinato trattamento normativo *esistente*, ma non nel "diritto come mera astrazione"[226] –, l'obiezione è nel complesso priva di un legittimo fondamento giustificativo. L'idea di un regime civile separato dal matrimonio ad esclusivo beneficio delle coppie omosessuali non risponde, infatti, alla "necessità di evitare un rimedio che all'apparenza sembri garantire eguale protezione, ma che nel far ciò finisca, per il suo contesto o il modo in cui è applicato, per riprodurre nuove forme di emarginazione". È il caso delle unioni civili, o di istituti giuridici i più vari che i legislatori recenti hanno spesso scelto di riservare unicamente agli omosessuali e che sono in tutto o in parte parificati al matrimonio eterosessuale.

Unioni civili o istituti simili non sono ammissibili perché "[s]toricamente l'idea del '*separate but equal*' servì come specchietto per le allodole per mascherare il disgusto o il ripudio dei potenti nei confronti di un gruppo sottoposto a segregazione. La semplice idea che l'integrazione avrebbe condotto all'incrocio di razze, all'imbastardimento, o alla contaminazione, era offensivo in principio e ingiurioso nella pratica. Inoltre, proprio come si è verificato anche nei casi in

---

[226] *Minister of Home Affaire and Another v. Fourie and Others; Lesbian and Gay Equality Project and Others v. Minister of Home Affairs and Others* (CC), cit., § 81.

cui furono avanzate proposte di riconoscimento delle unioni omosessuali secondo forme risicate o marginali, quelli che propugnavano la segregazione erano soliti negare con veemenza qualunque intenzione denigratoria. Al contrario, costoro erano soliti giustificare la separazione come un riflesso dello stato delle cose voluto dalla divinità o dalla natura. Oppure, alternativamente, affermavano che la separazione era neutrale giacché i benefici garantiti dalla legge erano sostanzialmente gli stessi per i membri di entrambi i gruppi"[227]. Qualunque sia l'opzione scelta dal legislatore, questa "deve esprimere nei confronti delle *same-sex couples* lo stesso livello di generosità e di accettazione accordato alle coppe eterosessuali, nei termini di benefici sia intangibili che tangibili. Nel contesto delle precedenti e pesanti forme discriminatorie e della presente omofobia, si richiede una speciale sensibilità nel congegnare un rimedio che realmente e palesemente sia rispettoso della dignità delle *same-sex couples*"[228].

7. *Il diritto al libero orientamento sessuale: diritti genitoriali*

In merito al rapporto fra orientamento sessuale e clausola del "child's best interests" (sez. 28(2) cost. finale) si è già riferito, ed è dunque nel contesto della giurisprudenza *Du Toit and Another v. Minister of Welfare and Population Development and Other* – così come riaffermata anche in *Fourie* – che occore condurre più in dettaglio l'indagine circa i diritti genitoriali dei soggetti con orientamento sessuale minoritario.

Detto sommariamente, *Du Toit* afferma anzitutto l'obbligo di interpretare e determinare il miglior interesse del bambino alla luce dei valori emblema delle società aperte e democratiche (dignità umana, eguaglianza e libertà), sicché diviene costituzionalmente necessario – anche al fine di definire i contorni dei correlativi diritti genitoriali – considerare sia i genitori omosessuali/bisessuali sia le loro relazioni di coppia come normali, degni e di eguale valore intrinseco. Ciò implica a sua volta la necessità costituzionale di ritenere tali

---

[227] *Ibidem*, § 150.
[228] *Ibidem*, 153.

coppie, al pari di quelle eterosessuali, potenzialmente capaci di fornire supporto morale e materiale al bambino, di garantire stabilità, affetto e dedizione fondamentali ad un idoneo sviluppo del minore. A tal stregua, "escludere i partner omosessuali di una relazione permanente dalla possibilità di adottare congiuntamente bambini, anche laddove costoro risulterebbero idonei a far ciò, è in contrasto col principio racchiuso nella sez. 28(2) cost. finale. Ciò è evidente […] giacché l'ordinamento impedisce in ogni caso alle ricorrenti [due lesbiche in coppia] di adottare congiuntamente dei minori, anche quando costoro fossero idonee a tal scopo e capaci di fornire al minore la cura familiare"[229].

Il ruolo centrale dei nuovi valori costituzionali nell'affermazione di un diritto al libero orientamento sessuale comprensivo di opzioni collegate alla condizione di genitore (omosessuale/bisessuale) è oltremodo evidente se si raffrontano l'atteggiamento giudiziale antecedente l'entrata in vigore della costituzione transitoria e quello immediatamente successivo. I valori di dignità umana, eguaglianza e libertà richiedono, infatti, che il giudice abbandoni il pregiudizio e adotti pertanto una visione più aperta ed inclusiva anche in rapporto alla determinazione dei soggetti giuridici capaci di assolvere al delicato compito dello sviluppo delle giovani generazioni[230].

---

[229] *Du Toit and Another v. Minister of Welfare and Population Development and Others*, cit., §§ 21-22; v. anche *J and B v. Director-General, Department of Home Affairs and Others*, cit., § 16 e la decisione *Re. K and B* (1995) 125 DLR 4th 653 della *Provincial Division of Ontario Court* (Canada), in cui si afferma che "[w]hen one reflects on the seemingly limitless parade of neglected, abandoned and abused children who appear before our courts in protection cases daily, all of whom have been in the care of heterosexual parents in a traditional family structure, the suggestion that it might not ever be in the best interest of the children to be raised by loving, caring and committed parents, who might happen to be lesbian or gay, is nothing short of ludicrous" (683, § 93).

[230] F. Viljoen, *Signs of the times*, cit., 232; A.M. Ramolotja, *Determining the best interest of the child*, cit., 10; E. Bonthuys, *Clean Breaks*, cit., 486; T. Mosikatsana, *Gay/lesbian adoptions and the best interest standard*, cit., 114; per una prospettiva allargata del principio del "best interest of the child" si v. J. Sloth-Nielsen, *Children*, in M.H. Cheadle, D.M. Davis, N.R.L. Haysom (eds.), *South African Constitutional Law: The Bill of Rights*, cit., 507; A. Barratt, S. Burman, *Deciding the best interest of the child*, 556; B. de Viliers, *The right of children in international law*, cit., 289; C. Breen, *The Standard of the Best Interest of the Child.*, cit.

Il 12 marzo 1993, prima dell'entrata in vigore della costituzione transitoria, in *Van Rooyen v. Van Rooyen*[231] – la prima decisione stampata sui *law reports* in tema di diritti del genitore omosessuale[232] – la *Witwatersrand High Court* affrontò il delicato problema del rapporto tra orientamento sessuale del genitore e il miglior interesse del minore al fine di definire il diritto di visita del genitore omosessuale. In particolare la ricorrente, madre di due minori nati in costanza di matrimonio, dopo cinque anni dal decreto di divorzio aveva chiesto al giudice di definire il suo *right to access* nei confronti dei minori, in origine affidati in custodia al padre. Al momento del ricorso la madre era impegnata sentimentalmente con una donna, con la quale conviveva da tempo, ed in funzione di tale circostanza il giudice decise di garantire alla ricorrente l'accesso ai minori ogni due weekend "a condizione che quando i bimbi dormivano nella residenza della ricorrente, costei non avrebbe dovuto condividere la camera da letto con G.M.", e in alcuni periodi di vacanza scolastica purché "durante tali vacanze G.M. non avesse condiviso la medesima residenza e/o dormito sotto lo stesso tetto"[233].

In *Van Rooyen* si trattò di definire la delicata questione "di ciò che è desiderabile nei termini di interessi migliori per due bambini"[234], tenuto presente che in assenza della nuova cornice costituzionale (riflessiva di un'etica pubblica aperta e democratica) e della giurisprudenza *Du Toit* prevalse l'idea in base alla quale l'omosessualità del genitore era considerata alla stregua di un elemento negativo di

---

[231] *Van Rooyen v. Van Rooyen* 1994 (2) SA 325 (W); per una critica alla sentenza si v. E. Bonthuys, *Awarding access and custody to homosexual parents*, cit., 298; P. de Vos, *The Right of a Lesbian Mother to Have Access to Her Children*, cit., 687.

[232] C. Lind, *Sexual Orientation, Family Law*, cit., 481: "[t]hat there were no reported South African cases in which homosexual parents sought to retain custody of or have access to their children until *Van Rooyen v. Van Rooyen* is unsurprising, given the moral and the legal climate predating the transitional constitution".

[233] *Ibidem*, § 331F-H: "on a condition that when the children sleep at the applicant's residence, the applicant will not share a bedroom with G.M".; "during such holidays G M does not share the same residence and/or slept under the same roof as the applicant and the children".

[234] *Van Rooyen v. Van Rooyen* 1994, cit., § 326B.

valutazione[235]. L'idea, assai diffusa in società, dell'omosesualità come disvalore pervase – inconsapevolmente o meno poco importa – l'intero impianto argomentativo di *Van Rooyen*, tanto che Flemming J. asserì, a mo' di premessa valoriale, che "[i]l mondo è uno solo, *con difficoltà e imperfezioni*, e il meglio che [si] possa fare è affrontare tale circostanza nella maniera più equilibrata e accettabile"[236]. È quindi alla luce di tale premessa che Flemming J. finì per rifiutare apertamente "l'idea di definire la relazione creata fra due femmine come famiglia"[237] e per criticare aspramente la visione, avanzata dall'avvocato della ricorrente, secondo cui l'omosessualità non è da considerarsi né una malattia mentale né un peccato[238].

Convinto che l'omosessualità debba essere valutata alla stregua di un fenomeno anormale[239], ad un tempo dannoso per i fanciulli[240] e segnale di uno stile di vita sbagliato[241], Flemming J. fece delle sue personali convinzioni il parametro valoriale di valutazione delle questioni pendenti di fronte a lui, giungendo così ad affermare che "ciò che gli esperti dicono è così auto-evidente *per me* che, *anche senza quelle*, *io credo* che qualunque persona ben pensante riconoscerebbe l'importanza che i bambini stiano lontani da segnali fuorvianti su come la sessualità del maschio e della femmina debbano sviluppare"[242]. Stando alle convinzioni del giudice la madre poteva "vivere in qualunque modo a lei congeniale", e "la Corte deve[va] cercare di rispettare e proteggere anche quell'interesse. Ma, nella misura in cui gli interessi del bambino lo richiedono"[243], la madre

---

[235] J.A. Robinson, *The best interest of children in custody litigation where homosexualism of a parent is a consideration*, in 30(2) *Tydskrif vir Regswetenskap-Journal for Juridical Science* 109 (2005).

[236] *Ibidem*, § 326C (corsivo aggiunto).

[237] *Ibidem*, § 326I.

[238] *Ibidem*, § 327F: "I have certain difficulties with the report of Mrs Garb. She states that homosexuality is no longer regarded as a mental illness or as a sin. I accept the former but nobody has brought that in issue so I do not know why she comments on that. As to whether it is a sin, I defer to her view but perhaps I would prefer to leave that to the Heavenly Father to decide".

[239] *Ibidem*, § 329I.

[240] *Ibidem*, § 328H.

[241] *Ibidem*, § 330A.

[242] *Ibidem*, §§ 328J-329E.

[243] *Ibidem*, § 329F.

doveva scegliere fra il mantenimento della sua relazione di coppia e la possibilità di vedere i bambini presso la sua abitazione. Detto diversamente, la madre poteva optare di adottare uno stile di vita moralmente criticabile agli occhi di Flemming J. e della società civile, ma non poteva pretetendere che tale scelta morale e di vita privata fosse rispettata sino al punto di pregiudicare ciò che – sempre nella prospettiva valoriale di Flemming J. e della società maggioritaria – si presumeva realizzare il miglior interesse del minore.

Con l'avvento della costituzione transitoria, e soprattutto con la previsione del divieto di discriminazione in funzione dell'orientamento sessuale, l'atteggiamento dei giudici – non solo di quelli costituzionali – risulta sensibilmente mutato. Lo stesso caso *Van Rooyen* (1993) è stato oggetto di revisione giudiziale, sicché la madre omosessuale dopo faticosi tentativi ha ottenuto la custodia dell'unica figlia minore. In *Van Rooyen v Van Rooyen* (2001)[244], Bertelsmann J. ha affermato che "è evidente che Flemming J. considerò il fatto che le ricorrenti vivessero in una relazione lesbica come un fattore che potesse comunicare segnali fuorvianti ai minori, qualora costoro ne fossero a contatto, giacché tale relazione è anormale. La sentenza fu emanata prima dell'avvvento della costituzione transitoria […] Non può esservi giustificazione circa la considerazione di un ambiente familiare lesbico come *per se* meno adatto di uno in cui prevale un altro orientamento sessuale. Quella decisione […] è chiaramente insostenibile da un punto di vista costituzionale giacché impedisce alla ricorrente e alla partner di vivere una vita normale, di condividere una camera da letto, di esprimere affetto l'una verso l'altra e di usare qualunque abitazione e oggetti personali che costoro utilizzerebbero normalmente in presenza di minori"[245].

Analogamennte, in *V v V*[246] si è riconosciuto che "non esiste alcuna prova che l'orientamento sessuale come tale costituisca una minaccia 'morale' o psicologica al benessere dei minori. La condotta sessuale inappropriata pregiudizievole per i minori, posta in essere da persone di qualunque orientamento sessuale, è una questio-

---

[244] *Van Rooyen v. Van Rooyen* (2001) 2 All SA 37 (T).
[245] *Ibidem*, §§ 40-41.
[246] *V v. V,* cit.

ne diversa"[247]. Ciò perché la sez. 9 cost. finale richiede che "da un punto di vista legale sia sbagliato descrivere l'orientamento sessuale omosessuale come anormale"[248].

8. *La limitazione del diritto al libero orientamento sessuale*

Stando alla prassi del processo costituzionale sudafricano – già illustrata in precedenza –, dopo essersi accertata la lesione di uno o più disposti del *Bill of Rights* è compito dei giudici procedere al secondo stadio di indagine concernente la *limitation enquiry*. Quest'ultima fase si focalizza eminentemente sullo scopo della limitazione, e, in ossequio alla sez. 36 cost. finale, la lesione dei summenzionati diritti si ritiene giustificabile se è funzionale e proporzionale al perseguimento di un legittimo obiettivo pubblico.

Correlativamente, a fronte dell'accertata lesione del diritto al libero orientamento sessuale – *ergo* delle sezz. 9, 10, 14, 28, ecc., cost. finale –, gli oppositori all'affermazione di tale diritto hanno di norma fatto appello ad alcune argomentazioni sussumendole come legittimi scopi pubblici giustificatori, ossia dimostrando la proporzionalità della misura al raggiungimento dell'obiettivo avanzato. Si è, per esempio, sostenuta la legittima limitazione del diritto al libero orientamento sessuale in ragione di una presunta pericolosità o innaturalità della condizione o del *lifestyle* omosessuale, in guisa che lo Stato avrebbe il dovere di proteggere le categorie vulnerabili – in particolare i minori – per evitare la propagazione del fenomeno e la conversione delle giovani generazioni. Altre volte si è partiti dalla presunzione di immoralità dell'omosessualità e delle connesse scelte di vita per giustificare limitazioni del suddetto diritto, ovvero per

---

[247] *Ibidem*, § 181I-J: il giudice fonda le sue argomentazioni sulla perizia tecnica consegnata dal *Child Guidance Clinic* dell'Università di Cape Town, rappresentata dal professor Dowdall.

[248] *Ibidem*, § 189B. Similmente, si v. anche *Greyling v. Minister of Welfare and Population Development*, Case No 8197/98 WLD (Witwatersrand High Court) (non pubblicato nei *law reports*).

scongiurare il pericolo di una non ben precisata deriva morale dello Stato e della società[249].

Fra gli argomenti avanzati a sostegno di una legittima compressione del diritto al libero orientamento sessuale, quelli proposti a giustificazione di una connotazione esclusivamente eterosessuale del matrimonio assumono certamente un significato paradigmatico. Si è per esempio sostenuto – è bene ripeterlo – che matrimonio e famiglia sarebbero per definizione, natura, tradizione, cultura, essenza, ecc., importanti istituzioni sociali eterosessuali, sicché l'esclusione normativa degli omosessuali ricalcherebbe semplicemente lo stato delle cose. Si è detto che le summenzionate formazioni sociali sarebbero volte a perseguire importanti funzioni sociali come la procreazione e la crescita delle generazioni future, con conseguenza per lo Stato di tutelare e rafforzare le unioni eterosessuali, le uniche con potenzialità procreative. Si è inoltre argomentata la necessità di limitare il diritto a contrarre matrimonio fra persone dello stesso sesso al fine di proteggere e assicurare l'esistenza vitale di un'importante istituzione sociale – come se, di converso, la sua estensione determinasse inevitabilmente una *deminutio* del suo significato –, o

---

[249] In *Du Toit and Another v. Minister of Welfare and Population Development and Others* la Corte costituzionale affronta la *limitation analysis* considerando argomenti parzialmente diversi e conclude negando che le disposizioni del *Child Care Act* e del *Guardianship Act* – che impedivano alle same-sex couples di adottare congiuntamente un bambino – potessero essere giustificate dall'inesistenza di una disciplina normativa che, in caso di rottura del legame affettivo omosessuale, fosse in grado di proteggere gli interessi del minore. In merito la Corte esprime l'idea secondo cui "[i]mportant as a consideration like this is, I am satisfied that there are adequate mechanisms available for determining and protecting the best interest of minor children upon termination of a same-sex partnership in which the participants are joint adoptive parents […] Although it clearly would be preferable to have statutory guidelines and procedures governing the situation, there is no reason why existing procedures could not be used in appropriately adapted form […] The absence of statutory regulation concerning the protection of children in cases where same-sex adoptive parents break up, is not sufficient to render the limitations of the constitutional rights identified in this case justifiable. In the circumstances, then, I conclude that the limitations of the rights to equality, dignity and the paramountcy of the best interest of the children in cases concerning them are not justifiable ": *Du Toit and Another v. Minister of Welfare and Population Development and Others*, cit., §§ 34-37.

per rispettare le convinzioni (religiose e non) e le sensibilità di molti sudafricani.

Allora il punto è: sino a che punto le dottrine religiose, gli insegnamenti morali, i pregiudizi culturali della maggioranza, le definizioni date, o finanche le tradizioni radicate – tutte accomunate da un sentimento di disapprovazione nei confronti degli orientamenti sessuali minoritari e delle loro espressioni – possono costituire, a loro volta, una giustificazione costituzionalemte accettabile al libero esercizio del diritto al libero orientamento sessuale? Quale ruolo esercitano i condivisi valori supremi costituzionali nel difficile compito giudiziale di determinare la giustificatezza delle scelte legislative espressive di scelte o visioni maggioritarie? A queste e a simili domande la prassi giurisprudenziale ha fornito interessanti risposte.

In *National Coalition 1*, Ackerman J. – dopo aver sottolineato che la criminalizzazione dell'attività sessuale privata tra maschi adulti consenzienti si pone in contrasto con molteplici libertà garantite dal *Bill of Rights*, quali l'eguaglianza, la dignità e la privacy[250] – precisa che "l'imposizione delle concezioni morali di una frazione della comunità, che per gran parte non sono altro che l'espressione del pregiudizio, non possono rappresentare un legittimo obiettivo pubblico. Di conseguenza, nel giudizio di proporzionalità non vi è nulla da controbilanciare alla portata delle lesioni e del loro dannoso impatto sugli omosessuali"[251]. Esistono persone che per svariati motivi, di natura religiosa e non, non desiderano l'espressione fisica di orientamenti sessuali diversi da quello eterosessuale, ma tale visione – sebbene onestamente e sinceramente espressa – non può influenzare ciò che la Costituzione detta a proposito delle discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale[252].

In *National Coalition 2*, la Corte aggiunge che l'esclusione delle coppie omosessuali da un *benefit* normativo non può essere giustificata avanzando come *legittimate government purpose* quello di proteggere il consolidato istituto matrimoniale. Infatti, "non è possibile proteggere la tradizionale istituzione matrimoniale, così come rico-

---

250 *National Coalition 1*, cit., § 36.
251 *National Coalition 1*, cit., § 37.
252 *National Coalition 1*, cit., § 38.

nosciuta dal diritto, limitando ingiustificatamente i diritti costituzionali dei partner uniti in una relazione omosessuale permanente[253]", nè, tanto meno, l'estensione di certi benefici a coppie meno tradizionali implica "lo svilimento dell'istituzione tradizionale del matrimonio" in sè e per sè[254]. La *limitation enquiry* richiede alla Corte di bilanciare i diversi interessi in gioco, ma innanzi ad un valore costituzionale che impone l'irrilevanza legale dell'orientamento sessuale, pare difficile individuare un *legittimate government purpose* capace di giustificare l'esclusione degli omosessuali dalla società e dalle sue istituzioni.

Stando inoltre all'opinione della Corte Suprema d'Appello, l'*unfair discrimination* posta in essere dalla definizione tradizionale di matrimonio – al contempo lesiva delle sezz. 9 e 10 cost. finale – non è giustificabile in alcun modo, perché si finirebbe per limitare irragionevolmente l'esercizio di diritti fondamentali in assenza di altri scopi e/o contro-interessi costituzionalmente rilevanti. Infatti, le coppie omosessuali "non intendono limitare in alcun modo la capacità procreativa del matrimonio eterosessuale. Essi desiderano essere ammessi [al matrimonio] a loro esclusivo vantaggio, a prescindere dalla relazione con una persona dello stesso sesso. Il loro intento non è quello di privare diritti altrui. Essi chiedono di accedere loro stessi al matrimonio, senza limitare tale facoltà ad altri"[255].

---

[253] *National Coalition 2*, cit., §§ 55, 59.

[254] *Ibidem*, §§ 56, 59.

[255] *Fourie and Bonthuys v. Minister of Home Affairs and Another*, cit., (SCA), § 18. Al riguardo, significative paiono le considerazioni avanzate in qualità di *amicus curiae* da "The Lesbian and Gay Equality Project" – in origine denominato *National Coalition for Gay and Lesbian Equality* (NCGLE) – di fronte alla *High Court* del Transvaal nel primo caso concernente il *same-sex marriage*: *Submission on Behalf of The Lesbian and Gay Equality Project*, in http://www.equality.org.za/ archive/landmarks/highcourt/02fourie.htm (17-08-2004). L'associazione a tutela dei diritti delle minoranze sessuali, dopo aver precisato che la mancata previsione del *same-sex marriage* costituisce una "multiple, overlapping and mutually reinforcing violations of constitutional rights" (§ 59) – *i.e.* una multipla violazione dell'eguaglianza, della dignità umana e della privacy –, procedendo al secondo stadio di indagine sottolinea la necessità di considerare "for the sake of completness […] two commonly used arguments against same-sex marriage" (§ 65): (1) l'interesse alla procreazione e alla crescita della prole; (2) il rispetto dei valori religiosi. Riguardo al primo profilo, l'*Equality Project* ribadisce quanto già precisato in *National Coalition 2* – "la *common law* non ha mai considerato la capacità a procreare come requisito essenziale di un matri-

Affermazioni simili sono ribadite anche in *Fourie* da Albie Sachs. Qui, tuttavia, la Corte cosituzionale destituisce di fondamento giustificativo anche all'argomentazione per cui la limitazione del diritto fondamentale al matrimonio nei confronti delle coppie omosessuali troverebbe la sua *ratio* nel mantenere ed assicurare il valore di un'importante istituzione sociale. Qualunque siano le origini di tale e simili affermazioni, e in qualunque modo queste siano espresse – con quanta forza, buona fede o sincerità nulla importa –, "queste convinzioni non possono per mezzo del diritto statale essere imposte all'intera società in una modalità tale da non riconoscere i diritti fondamentali a coloro che sono negativamente colpiti. L'espressa o implicita asserzione secondo cui portare le *same-sex couples* sotto la protezione matrimoniale significherebbe macchiare coloro che già vi rientrano può essere fondata unicamente su un giudizio a priori, o un pregiudizio contro l'omosessualità. Questo è esattamente ciò che la sezione 9 della Costituzione intende impedire. Ben potrebbe essere che idee negative sull'omosessualità continuino ancora a perversare in certe parti del nostro tessuto sociale. Tuttavia, l'ubiquità del pregiudizio non può essere avanzata a sostegno della sua legittimità"[256].

---

monio valido" (§ 66) – ma soprattutto rileva che, considerata anche la possibilità da parte di coppie omosessuali sudafricane di ricorrere alla procreazione artificiale o di adottare minori, ritenere i genitori omosessuali incapaci di assolvere ai loro compiti è irragionevole: "the most important parenting needs. of children are love, care, nutrition, shelter, clothing and emotional support. To suggest that lesbian and gay parents are incapable of satisfying these needs. is absurd and insulting" (§ 69). Infine, in merito all'obiezione *sub* (2), da un lato l'associazione *non-profit* giustifica il rifiuto da parte di alcune confessioni religiose a celebrare matrimoni omosessuali, dall'altro ritiene che tali obiezioni non possano esimere lo Stato dal celebrare e dal registrare, ai soli fini civili, il *same-sex marriage*: "[t]he fact that Islam, Judaism and Christianity refuse to marry certain categories of people does not relieve the State of its duty to solemnize and register such marriages. Similarly, the fact that certain religious teachings do not recognize the validity of lesbian and gay relationships does not relieve the State of its duty to solemnize and register same-sex marriage" (§ 76). Ciò precisato, si afferma che "there is no justification for refusing to recognize the lawfulness of same-sex marriage, thereby limiting the rights of lesbian and gay people to equality, to dignity and to privacy" (§ 77).

[256] *Minister of Home Affaire and Another v. Fourie and Others; Lesbian and Gay Equality Project and Others v. Minister of Home Affairs and Others* (CC), cit., § 113.

9. *Il diritto al libero orientamento sessuale nei rapporti interprivati*

La creazione di una costituzione che esprima una gamma coerente di principi e di ideali è sovente solo l'inizio di un ambizioso progetto di trasformazione sociale, giacché l'implementazione del nuovo sistema è un processo costante e progressivo che necessita della più ampia partecipazione. Soprattutto nei processi di transizione da un regime autocratico ad uno democratico, il riesame complessivo dell'ordinamento giuridico preesistente e il suo riallineamento ai principi democratici sono fasi necessarie, ma da sole non sufficienti a diffondere i valori di libertà, eguaglianza e dignità umana. La trasformazione radicale in direzione democratica di un sistema richiede lo sforzo congiunto delle istituzioni pubbliche e della società civile, in guisa che ciascuno modifichi i propri atteggiamenti quotidiani.

È indubbio che il nuovo assetto di valori costituzionali stia facilitando il recupero del senso di dignità ed eguale valore personale delle minoranze sessuali, imponendo alle istituzioni pubbliche di cessare le politiche fondate sul pregiudizio e facendo sentire tale categoria meno minacciata e parimenti meritevole di considerazione e rispetto. Soprattutto grazie agli interventi della Corte costituzionale, la legislazione ordinaria si sta necessariamente adeguando al paradigma normativo di neutralità rispetto all'orientamento sessuale. La decriminalizzazione della sodomia, l'accesso al matrimonio, all'adozione, alla procreazione assistita e più in generale tutte le altre conquiste legali hanno consentito agli omosessuali di uscire allo scoperto ed esprimere la loro personalità, anche se l'aspettativa sociale di eterosessualità ed il pregiudizio omofobico continuano talora a minacciarne l'esistenza. Non va comunque sottaciuto il fatto che il sentimento collettivo nei confronti delle minoranze sessuali appare, soprattutto negli ultimi anni, maggiormente tollerante ed inclusivo[257].

---

[257] I mutamenti della reazione sociale nei confronti dell'omosessualità sono testimoniati principalmente da tre fattori: 1) dall' "atteggiamento più liberale dei media", 2) dall'"aperta accettazione di un orientamento sessuale minoritario in capo a persone che ricoprirono ruoli di responsabilità nella società", 3) dal riconoscimento della "realtà di fatto che […] molti omosessuali contribuiscono ampiamente al benessere del genere umano". I tre parametri, menzionati in *National Coalition*

La costituzione sudafricana si è dotata di appositi meccanismi giuridici al fine di proteggere il diritto al libero orientamento sessuale e le altre libertà fondamentali anche nei rapporti interprivati. La sez. 8 cost. finale dispone infatti l'applicazione orizzontale del *Bill of Rights*, e tal fine stabilisce che "(1) [i]l *Bill of Rights* si applica a tutte le leggi, e vincola il legislatore, l'esecutivo, il giudiziario e tutti gli organi dello stato. (2) Una disposizione del *Bill of Rights* vincola una persona fisica o giuridica se, e nella misura in cui, questa sia applicabile, considerati la natura del diritto e la natura di ogni dovere scaturente dal diritto. (3) Quando si applica una disposizione del *Bill of Rights* ad una persona fisica o giuridica ai sensi del comma (2), ciascuna corte – (a) al fine di dare effetto al diritto contenuto nel *Bill*, deve applicare, o se necessario sviluppare, la *common law* nella misura in cui la legislazione non dia effetto a tale diritto; e (b) può sviluppare regole di *common law* volte a limitare il diritto, sempre che la limitazione sia compatibile con la sezione 36(1). (4) Una persona giuridica è titolare dei diritti contenuti nel *Bill of Rights* nella misura richiesta dalla natura del diritto e di quella persona giuridica".

Come è desumibile dalla sez. 8(2) cost. finale, il difficile compito di decidere se un soggetto privato sia o meno vincolato da una specifica previsione del *Bill of Rights* spetta preliminarmente al giudice, il quale deve bilanciare "la natura del diritto" con "la natura di ogni dovere scaturente dal diritto". L'esistenza di una normazione applicabile ai rapporti interprivati, interamente o parzialmente attuativa della previsione costituzionale, è un possibile indice della potenziale capacità di un disposto del *Bill of Rights* di essere applicato orizzontalmente: la *law of defamation*, ad esempio, è sintomatica dell'applicabilità del diritto alla dignità umana (sez. 10 cost. finale) nei rapporti tra privati cittadini[258]. Altre volte è lo stesso tenore

---

for Gay and Lesbian Equality and Others v. Minister of Justice and Others, cit., sono analizzati dettagliatamente in P. Gerber, *Case Comment: South Africa: Constitutional Protection for Homosexuals*, cit., 52-55; l'A. distingue tra a) *Media Representation*, b) *Acceptance of homosexuals in positions of responsability*, c) *The "Pink Dollar"* e su tutti e tre i versanti esprime un giudizio sostanzialmente positivo circa la maggiore accettazione sociale dell'omosessualità in Sudafrica.

[258] *Khumalo and others v. Holomiza*, cit., § 26

letterale del disposto costituzionale il *litmus test* per determinare la potenziale applicabilità del diritto alle relazioni interprivate: si pensi, ad esempio, agli "arrested, detained and accused persons rights" (sez. 35 cost. finale), palesemente concepiti per vincolare solo il potere pubblico[259]. Infine, ci sono libertà che per espressa specificazione costituzionale hanno applicazione orizzontale[260]: la sez. 12(1)(a) cost. finale contempla il diritto "di essere liberi da tutte le forme di vilenza provenienti da fonti sia pubbliche che private"; la sez. 29(3) cost. finale vincola espressamente le scuole private al rispetto di determinati obblighi, tra cui quello di non discriminare in ragione della razza; la sez. 32(1)(b) garantisce l'accesso alle informazioni custodite "by another person and that is required for the exercise and protection of any rights"[261].

Tipico esempio di libertà suscettibile di applicazione orizzontale è il diritto a non essere arbitrariamente discriminati – data anche la natura negativa del dovere imposto ai soggetti passivi[262] – e ne è una riprova il fatto che molti ordinamenti hanno implementato legislazioni antidiscriminatorie nei più disparati settori (impiego ed imprenditoria, assicurazione, credito, servizi sociali, abitazione, ecc.); altre volte, invece, le Corti nazionali hanno interpretato estensivamente il principio d'eguaglianza in modo da allargarne l'applicazione ai rapporti interprivati[263]. La costituzione sudafricana ha adottato una soluzione innovativa al riguardo, prevedendo distintamente ed espressamente l'applicazione dell'*Equality Clause* sia nei confronti dello Stato che verso i cittadini. La sez. 9(3) cost. finale – lo ribadia-

---

[259] M.H. Cheadle, D.M. Davis, *The Application of the 1996 Constitution in the Private Sphere*, in 13(1) *SAJHR,* 59 (1997).

[260] *Du Plessis and Others v. De Klerk and Another* 1996 (3) SA 850 (CC); 1996 (5) BCLR 658 (CC), §§ 62, 107, 152.

[261] C. Sprigman, M. Osborne, *Du Plessis is* Not *Dead: South Africa's 1996 Constitution and the Application of the Bill of Rights to Private Disputes*, in 15(1) *SAJHR,* 38 (1999).

[262] S. Liebenberg, *The interpretation of Socio-Economic Rights*, in M. Chaskalson, J. Kentridge, J. Klaaren, G. Marcus, D. Spitz, A. Stein, S. Woolman (eds.), *Constitutional Law of South Africa*, Juta, Cape Town, 2004, 33-57.

263 In merito, significativo è l'esempio canadese che ha esteso l'applicazione del principio di eguaglianza ai privati sia tramite la via legislativa sia tramite quella giurisprudenziale: S. Volterra, *La donna nella Suprema Corte federale del Canada*, in *Quaderni costituzionali*, 1996, 2, 245.

mo – precisa che "allo stato non è consentito discriminare ingiustamente persone sulla base, direttamente o indirettamente, di uno o più fattori, inclusi la razza, il genere, il sesso, la gravidanza, lo *status* coniugale, l'origine etnica e sociale, il colore, l'orientamento sessuale, l'età, la condizione di disabile, la religione, la coscienza, il credo, la cultura la lingua e la nascita", e la sez. 9(4) cost. finale aggiunge che "nessuna persona può discriminare ingiustamente altri individui sulla base, direttamente o indirettamente, di uno o più fattori elencati al comma 3. La legislazione nazionale deve intervenire al fine di prevenire o proibire la discriminazione ingiusta".

In tal modo, il diritto al libero orientamento sessuale può essere fatto valere sia nei confronti dello Stato che verso proprietari immobiliari, datori di lavoro, compagnie di assicurazione, banche, ecc.[264], ma – si noti – la sez. 9(4) richiede l'implementazione della previsione costituzionale mediante l'intervento del legislatore, rifacendosi al modello di applicazione orizzontale (indiretta) già esplicitato nella sez. 8(3). Chiunque voglia agire contro un soggetto privato per lamentare una discriminazione subita dovrà fondare la sua azione sugli *statutes* attuativi della sez. 9(4) – *in primis* il *Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act*[265], l'*Employment Equity Act*[266] e il *Labour Relation Act*[267] – ed il giudice adotterà un rimedio espressamente contemplato dal legislatore. Tuttavia, non può escludersi a priori che l'attore utilizzi una *cause of action*[268] diversa da quelle contemplate nella legislazione attuativa (*common*

---

[264] S. Liebenberg, M. O' Sullivan, *South Africa's new equality legislation*, cit., 75; Gli Autori sottolineano efficacemente che "powerful private actors (such as banks, insurance companies, employers and landlords) control access to many socio-economic rights and have a major impact on people economic security".

[265] *Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act No. 4 of 2000*, in *Republic of South Africa Government Gazette*, 416, 20876, Cape Town 9 february 2000.

[266] *Employment Equity Act, No. 55 of 1998* in *Republic of South Africa Government Gazette*, 400, 19370, Cape Town 19 october 1998.

[267] *Labour Relation Act No 66 of 1995* in *Republic of South Africa Government Gazette*, 366, 16861, Cape Town 13 december 1995.

[268] La locuzione "cause of action" è definita in F. de Franchis, *Law Dictionary (1)*, Giuffrè, Milano, 1984, 435 come "fondamento dell'azione, diritto sostanziale in genere; ma si tratta di concetto assai confuso per gli stessi *common lawyers* e, in sostanza, privo di equivalenza nella *civil law*. Secondo la più accettata defini-

law/constitutional cause of action), come, ad esempio, nei casi in cui quest'ultima non tuteli adeguatamente fattispecie discriminatorie coperte dall'*equality provision.* In tali ipotesi residuali la vittima della discriminazione potrà avvalersi della protezione accordata dalla sez. 9(4) cost. finale in combinato disposto con le sezz. 8(2) e 8(3), ed il giudice investito della questione sarà tenuto a sviluppare la *common law* individuando un *appropriate relief* in linea coi disposti summenzionati[269].

---

zione, esso indica una situazione di fatto che dà diritto ad ottenere un *remedy* nei confronti di un altro soggetto".

[269] C. Albertyn, *Equality*, in M.H. Cheadle, D.M. Davis, N.R.L. Haysom (eds.), *South African Constitutional Law*, cit., 117: "[t]he Enactment of the Promotion of Equality and prevention of Unfair Discrimination Act means that claims of unfair discrimination are more likely to take place under this Act than they are under the Constitution". Sull'applicazione orizzontale dell'*equality clause* cfr. anche L. Ackermann, *Equality and the South African Constitution: The Role of Dignity*, *ZaoRV Heidelberg Journal for International Law* (2000) 60 Nr. 3-4, 537. Anche in giurisprudenza si è sostenuta l'applicazione orizzontale della sez. 9(4) cost. finale in mancanza della legislazione attuativa: in *Low v. BP Southern Africa Pension Fund*, Case No PFQ/WE/9/98 (2-12-98), in http://www.fsb.co.za/pfa/low.htm (30-03-2004) si afferma che "[t]he claim that a discriminatory decision or rule is invalid is primarly a claim that the decision or rule is unreasonable or unlawful by virtue of being contrary to the Bill of Rights. Section 8(2) of the Constitution provides: 'A provision of the Bill of Rights binds a natural or a juristic person if, and to the extent that, it is applicable, taking into account the nature of the right and the duty imposed by the right' This provision means that the rights in the Bill of Rights may bind pension funds directly in their dealings with members. To determine whether a particular right is applicable in a complaint, one has to take account of the nature of the right and the duty imposed by it. The right potentially at issue in this matter is the right to non-discrimination in section 9(4) of the Constitution. It reads […] Section 9(3) reads […] The right in section 9(4) explicitely applies to persons other than state, and strongly suggests that the anti-discrimination provision should be applied horizontally between citizens. It is relatively safe to assume that the right to equality can be applied suitably in this complaint. Anti-discrimination provisions are applied horizontally in other jurisdictions, frequently by means of anti-discrimination legislation, but also through the common law and the process of judicial interpretation […] Besides this direct application of the Bill of Rights, section 39(2) of the Constitution requires me to apply the Bill of Rights indirectly in the following terms: When interpreting any legislation and when developing the common law or customary law, every court, tribunal or forum must promote the spirit, purport and objects of the Bill of Rights". Una volta chiarita la questione relativa all'applicabilità della sez. 9(4) cost. finale a soggetti od organi diversi dallo stato, il giudice procede a chiarire il profilo del *remedy* esperibile: "[i]f one proceeds. on the assumption that unfair discrimination is a constitutional mat-

9.1 *La protezione legislativa contro le "unfair discriminations" fondate sull'orientamento sessuale. Il "Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act".*

Il *Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act* è stato adottato dal Parlamento sudafricano in ottemperanza alla sez. 9(4) cost. finale[270], e sin dal Preambolo esprime la volontà "di abbattere le ineguaglianze economiche e sociali, specialmente quelle di natura sistemica, che furono generate in passato dal colonialismo, dall'apartheid e dalla struttura sociale patriarcale, e che condussero alla sofferenza la maggioranza della popolazione". Il legislatore è consapevole che "sebbene significativi progressi siano stati compiuti nella ristrutturazione e trasformazione della società e delle sue istituzioni, le ineguaglianze sistemiche e le discriminazioni ingiuste persistano nella struttura sociale, nei comportamenti e nella prassi, ponendo a rischio gli obiettivi della […] democrazia costituzionale". Lo *statute* è applicabile nei confronti di tutti i soggetti di diritto privato, con o senza personalità giuridica, ed anche alle istituzioni pubbliche, tranne i casi di discriminazione legislativa per i quali si applicano direttamente le disposizioni costituzionali nell'ambito del processo costituzionale. L'atto parlamentare non si applica nemmeno ai casi di discriminazione sui luoghi di lavoro, per i quali il legislatore ha adottato una legislazione specifica[271].

Le fattispecie in esso disciplinate riguardano diverse forme di condotta lesive del diritto all'eguaglianza e al libero orientamento sessuale, incluse la *unfair discrimination*[272], l'*hate speech*[273], l'*ha-*

---

ter, the question is regulated by section 172(1) of the Constitution. […] In terms of section 172(1)(b), when deciding a constitutional matter within my power, I am permitted to make any order that is just and equitable, including those specifically mentioned in the section".

[270] *Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act*, cit., sez. 2

[271] Sez. 5.

[272] Sezz. 6-9.

[273] Sez. 10; sulla necessità di simili misure e l'ampiezza del problema in letteratura si v.: Human Rights Watch, *Hatred in the Hallways. Violence and Discrimination against Lesbian, Gay, Bisexual, and Transgender Students in U.S. Schools*, Human Rights Watch, New York-Washington-London-Brussels, 2001, 1-203; A.

rassment[274] e la *dissemination and publication of information that unfairly discriminates*[275]. Lo *statute* assegna la competenza a risolvere le controversie nelle materie in esso disciplinate a "ogni *magistrate court* e ogni *High Court*"[276], prevede specifiche norme procedurali per le cd. *equality courts*[277], ed individua rimedi *ad hoc* di varia natura[278]. Infine il *Chapter 5* pone una responsabilità generale, in capo allo Stato e ai soggetti privati, alla promozione dell'eguaglianza[279] ed individua un piano di attuazione di azioni positive in ambito sia pubblico che privato[280].

Scahill, *Can Hate Speech be Free Speech?*, in *Australasian Gay and Lesbian Law Journal*, The Federation Press, Auckland, 1994, 4, 1-29; D. Marr, *How can We Square Freedom with Anti-Vilification Laws?*, in *Australasian Gay & Lesbian Law Journal*, The Federation Press, Auckland, 2000, 9, 9-21; J.D. Wilets, *Conceptualizing private violence against sexual minorities as gendered violence: an international and comparative law perspective*, in 60 *Albany Law Review* 989-1050 (1997); R.M. Fogle, *Is Calling Someone "Gay" Defamatory?: The Meaning of Reputation, Community Mores, Gay Rights, and Free Speech*, in *Law & Sexuality: A Review of Lesbian & Gay Legal Issue*, 1993, 3, 165 ss; R. Takach, *Gay and Lesbian Inequality. The Anti-vilification Measures*, in *Australasian Gay and Lesbian Law Journal*, The Federation Press, Auckland, 1994, 4, 30-49; W.B. Rubenstein, *Since When Is the Fourteenth Amendment Our Route to equality? Some Reflections on the Construction of the "Hate-Speech" Debate from a Lesbian/Gay Perspective*, in *Speaking of Race, Speaking of Sex. Hate Speech, Civil Rights, and Civil Liberties*, H.L. Gates, A.P. Griffin, D.E. Lively, R.C. Post, W.B. Rubenstein, N. Strossen (eds.), New York University Press, New York-London, 1994, 280-299.

[274] Sez. 11; più ampiamente si v. G. Mason, *Boundaries of Sexuality: Lesbian Experience and Feminist Discourse on Violence Against Woman*, in *Australasian Gay and Lesbian Law Journal*, The Federation Press, Auckland, 1997, 7, 41-56.

[275] Sez. 12.

[276] Sez. 16; si vedano anche sezz. 17, 18.

[277] Sezz. 19, 20.

[278] Sez. 21. Fra i rimedi contemplati ve ne sono alcuni di natura non propriamente punitiva, volti, ad esempio, a promuovere l'eguaglianza tramite l'educazione di coloro che continuano a discriminare. La Corte può, ad esempio, rimediare tramite "an order requiring the respondent to undergo an audit of specific policies or practices", o richiedendo "the implementation of special measures to address the unfair discrimination, hate speech or harassment".

[279] Sez. 24.

[280] Sezz. 25-28. Per un esame esaustivo del *Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act,* cit., si rinvia, per ovvi motivi, a A. Kok, *The Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act: Why the controversy?*, in 2 *Tydskrif Vir Die Suid-Afrikaanse Reg* 294 (2001); B. Pityana, *The Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act 4 of 2000*, in 44(1) *Codicillus,* 2 (2003); M. Pieterse, *The Promotion of Equality and Prevention*

L'atto parlamentare definisce preliminarmente il concetto di discriminazione – "any act or omission, including a policy, law, rule, practice, condition or situation which directly or indirectly –

imposes burdens, obligations or disadvantage on; or

withholds benefits, opportunities or advantages from,

any person on one or more of the prohibited grounds"[281] – e successivamente specifica i fattori di discriminazione vietati seguendo sostanzialmente il modello delineato dalla sez. 9(3) cost. finale e dall'*equality jurisprudence*: "prohibited grounds are –

race, gender, sex, pregnancy, marital status, ethnic or social origin, colour, sexual orientation, age, disability, religion, conscience, belief, culture, language and birth; or

any other ground where discrimination based on that other ground –

causes or perpetuates systemic disadvantage;

undermines human dignity; or

(iii) adversely affects the equal enjoyment of a person's rights and freedoms in a serious manner that is comparable to discrimination on ground in paragraph (a)"[282].

Analogamente al giudizio costituzionale di eguaglianza, lo *statute* pone in capo alla vittima l'onere di dimostrare l'esistenza di un "prima facie case of discrimination" (*discrimination enquiry*), mentre assegna al convenuto l'obbligo di provare che la discriminazione non ha natura *unfair*[283]. La sez. 14(1) dello *statute* precisa prelimi-

---

of Unfair Discrimination Act 4 of 2000: Final nail in the customary law coffin?, in 117(3) *SALJ,* 627 (2000); N. Bohler, *Equality courts: Introducing the possibility of listening to different voices in South Africa?*, in 63(2) *THRHR,* 288 (2000); N. Bohler-Muller, *What the Equality Courts can Learn from Gilligan's Ethic of Care: a Novel Approach*, in 16(4) *SAJHR,* 623 (2000); S. Liebenberg, M. O' Sullivan, *South Africa's new equality legislation*, cit., 70.

[281] Sez. 1(viii).

[282] Sez. 1(xxii).

[283] Sez. 13: "(1) If the complainant makes out a prima facie case of discrimination –

(a) the respondent must prove, on the facts before the court, that the discrimination did not take place as alleged; or

(b) the respondent must prove that the conduct is not based on one or more of the prohibited grounds.

(2) If the discrimination did take place –

narmente che "it is not unfair discrimination to take measures designed to protect or advance persons or categories of persons disadvantaged by unfair discrimination or the members of such groups or categories of persons", e prosegue affermando che, al fine di provare la *fairness* della discriminazione, occorre prendere in considerazione: (a) "the context", (b) "the factors referred to in subsection (3)", (c) "whether the discrimination reasonably and justifiably differentiates between persons according to objectively determinable criteria, intrinsic to the activity concerned".

Tuttavia, il *Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act* si distingue nettamente dal modello costituzionale di determinazione della *fairness* o *unfairness* della discriminazione, poiché, nell'indicare alla sez. 14(3) gli elementi oggetto di valutazione e di cui occorre tener conto in virtù del rinvio operato dalla sez. 14(2), unisce in un'unica indagine profili che, in sede di procedimento costituzionale, sarebbero sussumibili distintamente in sede di *unfairness test* e di *limitation enquiry*[284]. Da un lato, infatti, si richiede alle Corti di valutare fattori concernenti l'impatto della discriminazione sulla vittima e sul gruppo di appartenenza[285] – tali elementi coincidono sostanzialmente con quelli delineati nel test costituzionale di *unfairness* –, dall'altro si allarga l'indagine anche al comportamento e alle giustificazioni del convenuto[286] – profili, que-

---

(a) on a ground in paragraph (a) of the definition of 'prohibited grounds', then it is unfair, unless the respondent prove that the discrimination is fair;

(b) on a ground in paragraph (b) of the definition of 'prohibited grounds', then it is unfair –

(i) if one or more of the conditions set out in paragraph (b) of the definition of 'prohibited grounds' is established; and

(ii) unless the respondent proves that the discrimination is fair".

[284] Liebenberg – M. O' Sullivan, *South Africa's new equality legislation*, cit., 96.

[285] La sez. 14(3), alle lett. (a)-(e), impone di considerare: "(a) [w]hether the discrimination impairs or is likely to impari human dignity; (b) the impact or likely impact of the discrimination on the complainant; (c) the position of the complainant in society and whether he or she suffers from patterns of disadvantage or belongs to a group that suffers from such patterns of disadvantage; (d) the nature and extent of the discrimination; (e) whether the discrimination is systematic in nature".

[286] La sez. 14(3), alle lett. (f)-(i) allarga l'indagine e impone di valutare: "(f) whether the discrimination has a legittimate purpose; (g)whether and to what extent the discrimination achieves its purpose; (h) whether there are less restrictive

sti ultimi, che in sede di giudizio costituzionale di eguaglianza rileverebbero ai fini della sez. 36 cost. finale. Ciò ha indotto parte della dottrina a ritenere che il concetto di *unfair discrimination* applicabile ai rapporti interprivati (sez. 79(4) cost. finale) vada interpretato in maniera sensibilmente diversa rispetto a quello vincolante il legislatore e richiamato dalla sez. 9(3) cost. finale[287].

9.1.1. *(Segue:) La protezione legislativa contro le "unfair discriminations" fondate sull'orientamento sessuale nel lavoro*

Prima dell'avvento della costituzione democratica, l'ordinamento sudafricano non accordava alcuna protezione antidiscriminatoria alle minoranze sessuali nel settore del lavoro e dell'impiego, in guisa che gay, lesbiche e bisessuali non erano tutelati nei casi in cui avessero subito pratiche quali la mancata assunzione, la negata promozione o il licenziamento a cagione del loro orientamento sessuale. Solo con l'emanazione del *Labour Relation Act No 66 of 1995*[288] (LRA), il legislatore ha vietato i licenziamenti discriminatori, inclusi quelli fondati sull'orientamento sessuale, e siffatto regime protettivo è stato esteso dall'*Employment Equity Act No 55 of 1998*[289] (EEA). Le disposizioni contenute in tali *statutes* rivestono natura speciale, ed attuano una deroga alla generale disciplina antidiscriminatoria contenuta nel *Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act*.

La sez. 185 del LRA accorda al lavoratore il diritto a non essere arbitrariamente licenziato ("right not to be unfairly dismissed")[290], e la sez. 187 dispone che il licenziamento sia automaticamente *unfair*

---

and less disadvantageous means to achieve the purpose; (i) whether and to what extent the respondent has taken such steps as being reasonable in the circumstance to – (i) address the disadvantage which arises from or is related to one or more of the prohibited grounds; or (ii) accommodate diversity".

[287] C. Albertyn, *Equality*, in M.H. Cheadle, D.M. Davis, N.R.L. Haysom (eds.), *South African Constitutional Law*, cit., 117.

[288] *Labour Relation Act No 66 of 1995*, cit.

[289] *Employment Equity Act No 55 of 1998,* cit.

[290] Sez. 185: "Every employee has the right not to be unfairly dismissed".

("automatically unfair dismissal"), *inter alia*, nel caso in cui venga determinato dalla volontà del datore di lavoro di discriminare, direttamente o indirettamente, in ragione di fattori arbitrari ed espressamente proibiti, incluso l'orientamento sessuale[291]. Inoltre, la sez. 5 dell'EEA pone in capo ad ogni datore di lavoro il dovere specifico di promuovere le pari opportunità mediante l'eliminazione di qualunque prassi discriminatoria[292], e la sez. 6 sancisce il divieto di discriminare *unfairly*, attraverso "any employment policy or practice"[293], in ragione di specifici *prohibited grounds*, incluso l'orientamento sessuale.

Analogamente al *Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act*, anche gli *statutes* summenzionati pongono in capo al lavoratore l'onere di provare l'esistenza di un caso di di-

---

[291] Sez. 187: "(1) A dismissal is automatically unfair if […] the reason of the dismissal is […] (f) that the employer unfairly discriminated against an employee, directly or indirectly, on any arbitrary ground, including, but not limited to race, gender, sex, ethnic or social origin, colour, sexual orientation, age, disability, religion, conscience, belief, political opinion, culture, language, marital status or family responsibility".

[292] Sez. 5: "Every employer must take steps to promote equal opportunity in the workplace by eliminating unfair discrimination in any employment policy or practice".

[293] Sez. 6: "(1) No person may unfairly discriminate, directly or indirectly, against an employee, in any emplyment policy or practice, on one or more grounds, including race, gender, sex, pregnancy, marital status, family responsibility, ethnic or social origin, colour, sexual orientation, age, disability, religion, HIV status, conscience, belief, political opinion, culture, language and birth". (2) It is not unfair discrimination to – (a) take affirmative action measures consistent with the purpose of this Act; or (b) distinguish, exclude or prefer any person on the basis of an inherent requirement of a job. (3) Harassment of an employee is a form of unfair discrimination and is prohibited on any one, or a combination of grounds of unfair discrimination listed in subsection (1)". Si noti che la sez. 1 definisce la locuzione "employment policy or practice" in termini molto ampi, includendo "(a) recruitment procedures, advertising and selection criteria; (b) appointments and the appointment process; (c) job classification and grading; (d) remuneration, employment benefits and terms and condition of employment; (e) job assignements; (f) the working environment and facilities; (g) training and development; (h) performance evaluation system; (i) promotion; (j) transfer; (k) demotion, (l) disciplinary measures other than dismissal; and (m) dismissal". In dottrina si v.: D. Zalense, *The Effectiveness of the Employment Equity Act and The Code of Good Practice in Reducing sexual Harassment*, in 17(4) *SAJHR,* 503 (2001); M. Naidu, *The causes of indirect discrimination against women in employment*, in 39(1) *Codicillus,* 33 (1998).

scriminazione, mentre assegnano al datore di lavoro l'obbligo di dimostrare che la *discrimination* non è *unfair*, o che essa è giustificabile nei termini di cui alla *limitation clause*[294]. In dottrina si è sottolineato che le disposizioni del LRA e dell'EEA non consentono di stabilire con precisione se, nella struttura del giudizio, l'*unfairness test* debba rimanere o meno distinto dalla *limitation enquiry*[295]. Tuttavia, la giurisprudenza giuslavoristica sembra propendere per la confusione dei due tests. In *Leonard Dingler Employee Representative Council v. Leonard Dingler (Pty) Ltd*, ad esempio, si è affermato che "la discriminazione è ingiusta se risulta reprensibile nei termini delle comuni norme sociali. Se la società tollererà o meno la discriminazione dipende dall'obiettivo della discriminazione e dai mezzi usati per raggiungerlo. L'obiettivo deve essere legittimo e i mezzi proporzionali e razionali"[296]. A tal stregua, la struttura della *constitutional discrimination litigation* risulta parzialmente diversa da quella delineatasi in ambito lavorativo in applicazione del LRA e dell'EEA.

L'EEA chiarisce alla sez. 6(2) che "[i]t is not unfair discrimination to – (a) take affirmative action measures consistent with the purpose of this Act; or (b) distinguish, exclude or prefer any person on the basis of an inherent requirement of a job". In merito al punto *sub (b)*, è improbabile che un datore di lavoro possa efficacemente persuadere i giudici del fatto che, in certi casi, essere eterosessuale sia un "requisito inerente del lavoro". Potrebbe sostenersi, ad esempio, che l'eterosessualità costituisca un "requisito inerente del lavoro" nei casi in cui la mansione del lavoratore presuppone un contatto col pubblico? Il pregiudizio nutrito dalla maggioranza nei confronti degli omosessuali potrebbe giustificare la pretesa di un datore di lavoro ad assumere un eterosessuale?

---

[294] O. Dupper, C. Garbers, *The Provision of Benefits to and Discrimination against Same-sex Couples*, in 20 *Industrial Law Journal,* 780-784 (1999); O. Dupper, *Justifying unfair discrimination: the development of a "general fairness defence" in South Africa labour law*, in *Acta Juridica*, Juta, Cape Town, 2001, 147 ss.

[295] O. Dupper, C. Garbers, *The Provision of Benefits to and Discrimination*, cit., 785.; C. Cooper, *A constitutional reading of the test for unfair discrimination in labour law*, in *Acta Juridica*, Juta, Cape Town, 2001, 121.

[296] *Leonard Dingler Employee Representative Council v. Leonard Dingler (Pty) Ltd* (1998) 19 ILJ 285 (LC); (1997) 11 BLLR 1438 (LC), 14481-J.

In *Palmore v. Sidoti*[297], ad esempio, la Corte Suprema americana ha affermato che il presumibile pregiudizio della maggioranza non possa incidere su decisioni afferenti l'affidamento del minore, ed ha dichiarato illegittimo il provvedimento giudiziale che, in ragione della sopraggiunta relazione coniugale della madre del minore con una persona di colore, trasferiva al padre naturale la custodia. A nome della maggioranza unanime, Burger J. ha affermato che "il punto è stabilire […] se la realtà dei comuni pregiudizi e il potenziale danno che questi potrebbero infliggere siano considerazioni da farsi […] Non è difficile sostenere che non lo siano. La Costituzione non può controllare siffatto pregiudizio ma non può nemmeno tollerarlo. I pregiudizi privati possono stare fuori dalla legge, ma il diritto non può, direttamente o indirettamente, dare loro effetto"[298].

Conclusioni simili sembrano valevoli anche nell'ambito del contesto normativo sudafricano, che espressamente vieta di discriminare in ragione dell'orientamento sessuale – principio, quest'ultimo, che ha consentito alla giurisprudenza costituzionale di affermare che l'omosessualità è tanto "normale" quanto l'eterosessualità, e che il divieto di *unfair discriminations* implica l'accettazione della differenza e l'affermazione del *right to be different.* Pare davvero poco probabile che un ipotetico datore di lavoro sudafricano possa riuscire a giustificare la discriminazione di un omosessuale in ragione del possibile sviamento di clientela che si avrebbe a causa del pregiudizio sociale nutrito nei confronti dell'omosessualità. In tal senso, in *Hoffman v. South African Airways*, Ngcobo J. – pur sottolineando che "le esigenze commerciali rappresentano certamente un importante elemento da considerare riguardo all'assunzione di un lavoratore"[299] – ha affermato che il diritto costituzionale a non essere arbitrariamente discriminati non può essere influenzato da infondati luoghi comuni – "by ill-informed public perception[300]" – concernenti i membri di un gruppo vulnerabile, e che "il pregiudizio non può mai giustificare la discriminazione ingiusta"[301].

---

297 *Palmore v. Sidoti*, 466 US 429 (1984).

298 *Ibidem*, § 433.

299 *Hoffmann v. South African Airways*, cit, § 34.

300 *Hoffmann v. South African Airways*, cit, § 36.

301 *Hoffmann v. South African Airways*, cit., § 37. Sovente accade che, a seguito del *coming out* del lavoratore, l'ambiente di lavoro divenga difficile o insop-

9.2. *Altre ipotesi di "unfair discriminations" fondate sull'orientamento sessuale non coperte dagli "statutes" attuativi della sez. 9(4) cost. finale: l'applicazione orizzontale dell'"equal liberty argument"*

La tutela antidiscriminatoria realizzata tramite *statutes* parlamentari attuativi della sez. 9(4) cost. finale è indubbiamente vasta ed articolata, e nella maggioranza dei casi consente ai giudici di individuare *appropriate relief* adatti al caso specifico e alla natura intersoggettiva della controversia. Tuttavia, nella mutevole realtà sociale potrebbero verificarsi ipotesi di discriminazione non contemplate o non adeguatamente protette dagli *statutes* attuativi, ma parimenti vietate e coperte dall'ampio tenore letterale della sez. 9(4) cost. finale, secondo cui "nessuna persona può discriminare ingiustamente altri individui sulla base, direttamente o indirettamente, di uno o più fattori elencati al comma 3".

Autorevole dottrina ha ritenuto la sez. 9(4) cost. finale un *enforceable right* attivabile anche in assenza di legislazione attuativa[302], o nei casi di inadeguata protezione statutaria di peculiari fattispecie discriminatorie parimenti vietate dal disposto costituzionale[303]. Potrebbe quindi accadere che la vittima di un trattamento ingiustificato occorso in ambito privato rivendichi in giudizio il proprio diritto

---

portabile a causa della pressione esercitata dal datore di lavoro ("duress"), al punto da indurre il primo a licenziarsi. Stando alla giurisprudenza lavoristica, tale ipotesi potrebbe essere qualificata come *constructive dismissal*, in guisa che la cessazione del rapporto di lavoro sarebbe addebitabile all'*employer*. In *Schana v. Control Instrument (Pty) Ltd*, 12 ILJ 637 (1991), l'*Industrial Court* di Pretoria ha affermato che si verifica *duress* – il presupposto del *constructive dismissal* – in presenza di cinque elementi: "(1) actual violence or reasonable fear; (2) such fear must be caused by a threat of some considerable evil to the person or his family; (3) it must be the threat of an immininent or inevitabile evil; (4) the threat must be conta bones mores; (5) and the person must have acted on the violence or threat" (§ 642F-G). In tal senso, le minacce riguardanti l'orientamento sessuale del lavore potrebbero essere sufficienti a sostanziare la fattispecie del *constructive dismissal*

[302] P. de Vos, *Pious Wishes or Directly Enforceable Human Rights?: Social and Economic Rights in South Africa's 1996 Constitution*, in 13(1) *SAJHR,* 100-101 (1997).

[303] C. Albertyn, *Equality*, in M.H. Cheadle, D.M. Davis, N.R.L. Haysom (eds.), *South African Constitutional Law*, cit., 117.

al libero orientamento sessuale e a non subire arbitrarie discriminazioni, fondando la sua pretesa su una *cause of action* diversa da quelle contemplate negli *statutes* attuativi. In merito si sono espresse opinioni discordanti circa la natura delle plausibili *cause of actions* residuali, mediante le quali il soggetto privato potrebbe far valere i diritti scaturenti dalla sez. 9(4) cost. finale. Tale determinazione è operazione che richiede la lettura combinata della sez. 9(4) con le sezz. 8(2) e 8(3) cost. finale[304], nonché la predisposizione di una premessa – necessariamente succinta in questa sede – concernente l'applicazione orizzontale del *Bill of Right* sudafricano.

Con la redazione della costituzione finale sudafricana (1996) l'Assemblea costituente aveva inteso estendere l'applicazione del *Bill of Rights* anche alle persone fisiche e alle persone giuridiche[305], e tale scelta era stata determinata eminentemente dall'esigenza di porre fine ai dubbi interpretativi[306] e superare l'orientamento giurisprudenziale conservatore sviluppatosi attorno alla sez. 7 della *interim constitution* (1993) – quest'ultima stabiliva che il *Bill of Rights* vincolava "tutti gli organi legislativi ed esecutivi dello stato ad ogni livello di governo"[307] e si applicava "a tutte le leggi in vigore e a tut-

---

[304] Sez. 8 (2) (3) cost. finale: "A provision of the Bill of Rights binds a natural or juristic person if, and to the extent that, it is applicable, taking into account the nature of the right and the nature of any duty imposed by the right. (3) When applying a provision of the Bill of Rights to a natural or juristic person in terms of subsection (2), a court – (a) in order to give effect to a right in the Bill, must apply, or if necessary develop, the common law to the extent that legislation does not give effect to that right; and (b) may develop rules of the common law to limit the right, provided that the limitation is in accordance with section 36(1)".

[305] Il tema dell'applicazione del *Bill of Rights* fu affrontato in sede di lavori preparatori in maniera molto più dettagliata rispetto a quanto accadde durante la preparazione della *interim constitution* (1993); sul precedente dibattito costituente si veda J. van der Vyver, *The private sphere in constitutional litigation*, in 57(3) *THRHR,* 385-387 (1994).

[306] *Ibidem*, §§ 389-395; H.A. Strydom, *The private domain and the Bill of Rights*, 10 *SAPR/PL,* 52 (1995); A. van Aswegen, *The implication of the Bill of Rights for the law of contract and delict*, 11 *SAJHR,* 50 (1995); G. Marcus, *Freedom of Expression under the Constitution*, 10 *SAJHR,* 140 (1994); A. Cachalia, H. Cheadle, D. Davis, N. Haysom, P. Maduna, G. Marcus (eds.), *Application*, in *Fundamental Rights in the New Constitution*, cit., 19 ss.

[307] In *President of The Republic of South Africa and Another v. Hugo*, cit., §§ 12-13, si afferma la (pregiudiziale) sottoponibilità anche degli atti presidenziali

te le decisioni amministrative prese durante il periodo di operatività di questa costituzione".

In *Du Plessis and Others v. De Klerk and Another*[308], il *leading case* sull'*application* del *Bill of Rights* durante il vigore della costituzione transitoria, la Corte costituzionale aveva dovuto valutare la possibilità, da parte di una nota testata giornalistica, di invocare la *freedom of expression* – garantita dalla sez. 15 della costituzione transitoria[309] – per eccepire la richiesta di risarcimento danni conseguente all'azione di diffamazione avanzata da una compagnia aerea privata[310]. In particolare, in ben sei articoli pubblicati la compagnia di aviazione era stata accusata di fornire armi belliche all'UNITA, movimento ribelle dell'Angola.

L'opinione di maggioranza, redatta dal giudice Kentridge, aveva sostenuto che le disposizioni relative alle libertà fondamentali potessero essere applicate solo a tutela del privato cittadino nei confronti degli organi legislativi ed esecutivi dello Stato – e non di un altro soggetto privato – e ciò sulla base di alcune considerazioni che rivestono particolare rilievo, anche al fine di una corretta interpretazione della vigente sez. 8 cost. finale. La Corte aveva asserito che: a) la sez. 7(1) della *interim constitution* escludeva espressamente gli organi giudiziari dai soggetti vincolati dal *Bill of Rights*, e tale omissione era determinata dall'intento del legislatore costituzionale di escludere l'importazione della *doctrine of state action* america-

---

di concessione della grazia al rispetto del *Bill of Rights* in ragione della sez. 7 cost. transitoria.

[308] *Du Plessis and Others v. De Klerk and Another*, cit. Per un'analitica esposizione critica della decisione si v.: S. Woolman, D. Davis, *The Last Laugh:* Du Plessis v. Kerk, *Classical Liberalism, Creole Liberalism and The Application of Fundamental Rights under the Interim and Final Constitution*, in 12(3) *SAJHR,* 361 (1996); J. van der Walt, *Progressive Indirect Horizontal Application of the Bill of Rights: Towards a Co-operative Relation between Common-law and Constitutional Jurisprudence*, in 17(3) *SAJHR,* 345 (2001).

[309] Sez. 15(1) *interim constitution*: "Every person shall have the right to freedom of speech and expression, which shall include freedom of the press and other media, and the freedom of artistic creativity and scientific research".

[310] Si noti che, di norma, negli ordinamenti di *common law* la *law of defamation* rientra nella *law of delict* (o *law of tort*) che genera unicamente una responsabilità extracontrattuale senza sfociare nella responsabilità penale: v. *Defamation*, in F. de Franchis, *Law Dictionary (1)*,cit., 623.

na sviluppata in *Shelley v. Kraemer* – che estendeva sostanzialmente l'applicazione del *Bill of Rights* anche ai rapporti interprivati[311].

---

[311] *Du Plessis and Others v. De Klerk and Another*, cit., § 47: "[n]or do I believe that the absence of reference to the judiciary is section 7(1) is an oversight. One of its effects is to exclude the equation of a judgment of a court with state action and thus prevent the importation of the American doctrine".

In *Shelley v. Kraemer*, 334 U.S. 1 (1948) – richiamato dalla giurisprudenza costituzionale in esame – è stato necessario stabilire se lo *state courts judicial enforcement* di accordi privati a contenuto discriminatorio – si trattava di contratti plurilaterali intercorsi fra proprietari immobiliari di razza bianca volti ad escludere, per un determinato tempo, la vendita, l'uso o la locazione degli immobili a terze persone di razza diversa da quella caucasica – fosse da considerare *state action* e come tale assoggettabile al rispetto dell'*Equal Protection Clause*. La Suprema Corte ha risposto affermativamente: "[w]e have no doubt that there has been state action in these cases in the full and complete sense of the phrase […] These are not cases […] in which the States have merely abstained from action, leaving private individuals free to impose such discriminations as they see fit. Rather, these are cases in which the States have made available to such individuals the full coercive power of government to deny to petitioners, on the grounds of race and color, the enjoyment of property rights in premises in which petitioners are willing and financially able to acquire and which the grantors are willing to sell. The difference between judicial enforcement and nonenforcement of the restrictive covenants is the difference to petitioners between being denied rights of property available to other members of the community and being accorded full enjoyment of those rights on an equal footing. […] judicial action is not immunized from the operation of the Fourteenth Amendment simply because the particular pattern of discrimination, which the state has enforced, was defined initially by the terms of private agreement". Tale dilatazione del concetto di *state action* ha prodotto l'effetto di imprimere al *Bill of Rights* americano un correttivo in "direzione orizzontale", come velatamente sottolineato anche dal giudice Black in *Bell v. Maryland,* 378 U.S. 226 (1964): "[t]he reason judicial enforcement of the restrictive covenants in Shelley was deemed state action was not merely the fact that a state court had acted, but rather […] that state enforcement of the covenants had the effect of denying to the parties their federally guaranteed rights to own, occupy, enjoy, and use their property without regard to race or color". La *ratio decidendi* di *Shelley* risiede nella (capziosa) distinzione fra l'area squisitamente privata, al cui interno l'individuo può agire in piena autonomia per perseguire i propri molteplici affari, e quella di una controversia legale, in cui il soggetto privato, ponendo a fondamento della sua azione la *common law of contract*, chiede all'organo giudiziario (statale) un provvedimento volto ad assicurare il perseguimento di interessi personali a contenuto discriminatorio; *Shelley* ha sostenuto che quest'ultima debba ritenersi *state action.* In giurisprudenza cfr. anche *Burton v Wilmington Parking Authority* 365 US 715 (1961); *Flagg Brothers Inc. v. Brooks* 436 US 149 (1978); in dottrina si v.: H. Wechsler, *Towards Neutral Principles of Constitutional Law*, in 73 *Harvard Law Review,* 1 (1959); L. Henkin, *Shelley v Kraemer: Notes for a Revised Opinion*, in *University of Pennsylvania Law Review* 473 (1962); Id., *Infallibility under Law: Constitutional Balancing*, 78 *Co-*

Se l'intento della sez. 7(1) fosse stato quello di vincolare soggetti diversi dallo Stato – aveva proseguito la Corte – il legislatore costituzionale si sarebbe espresso inequivocabilmente; b) la sez. 7(1) escludeva solo la generale applicazione orizzontale del *Bill of Rights*, ma non impediva che determinate libertà avessero per espressa volontà del legislatore un ambito soggettivo di applicazione più esteso; infatti, in tema di eguaglianza, la sez. 33(4) precisava che "[q]uesto Capitolo non preclude la creazione di misure volte a proibire l'ingiusta discriminazione compiuta da organi e persone diversi da quelli vincolati nei termini della sez. 7(1)"[312]; c) la sez. 7(2) dell'*interim constitution*, nel disporre che il *Bill of Rights* si applicava "to all law in force", sottoponeva l'intero *common law system* (privato e pubblico) alla "applicazione" dei parametri costituzionali[313]. Tuttavia, dall'obbligo di "applicare" il *Bill of Rights* alla *common law* non doveva desumersi la possibilità di giungere alla dichiarazione di incostituzionalità della stessa – infatti la sez. 4 della *interim constitution* accordava tale opzione solo rispetto agli *statutes* parlamentari – bensì essa consentiva la sola possibilità di annullare atti del governo adottati in accordo con la *common law*, sempre che fosse intercorsa una lite fra soggetto privato e pubblico[314].

Inoltre – aveva ribadito la medesima Corte –, "applicare" il *Bill of Rights* alla *common law* significava "applicare" e "sviluppare" quel sistema normativo tenendo in considerazione lo spirito, il significato e gli obiettivi del *Chapter 3* (cd. *indirect horizontal application*). La sez. 35(3) dell'*interim constitution* – ai sensi della quale "nell'interpretazione di qualunque legge e nell'applicazione e sviluppo della *common law*, ciascuna corte deve avere riguardo dello spirito, significato e obiettivi di questo Capitolo" – si sarebbe rivela-

---

lumbia Law Rev, 1023 (1978); K. Greenwalt, *The Enduring Significance of Neutral Principles*, 78 *Columbia Law Rev*, 982 (1978).

[312] *Du Plessis and Others v. De Klerk and Another*, cit., § 46.

[313] *Idem*, § 44.

[314] *Idem*, § 49: "b) [i]n private litigation any litigant may nonetheless contend that a statute (or executive act) relied on by other party is invalid as being inconsistent with the limitation placed on legislature and executive under Chapter 3. c) As Chapter 3 applies to common law, governmental acts or omissions in reliance on the common law may be attacked by a private litigant as being inconsistent with Chapter 3 in any dispute with an organ of government".

ta una norma inutile se il *Bill of Rights* fosse stato applicato direttamente a soggetti diversi dallo Stato[315]. Pertanto, la costituzione transitoria interpretata in *Du Plessis* conosceva solo alcuni dei possibili meccanismi preposti all'applicazione orizzontale del *Bill of Rights*, ma un ruolo preponderante veniva assegnato alla cd. "applicazione indiretta orizzontale", ovvero ad una sorta di obbligatoria interpretazione del diritto conforme ai valori del dettato costituzionale.

Il ruolo cardine dell'*indirect horizontal application* non è svanito nemmeno con l'approvazione della costituzione finale, sebbene il tenore letterale dell'*application clause* (sez. 8 cost. finale) risulti molto più articolato. Halton Cheadle ha sottolineato anzitutto l'importanza di interpretare la *section* 8 distinguendo tra *law* e *conduct*, differenziazione – quest'ultima – estrapolabile dalla sez. 2 cost. fina-

---

[315] *Idem*, §§ 46 e 60; nell'interpretare i disposti costituzionali, la Corte costituzionale sudafricana fa diretto riferimento alla dottrina tedesca del *Drittwirkung*. In base all'art. 1(3) della Costituzione tedesca, i poteri legislativo, esecutivo e giudiziario sono vincolati al rispetto delle libertà fondamentali, e da qui la Corte di *Karlsruhe* ha esplicitamente tratto tre assunti, fra loro connessi: 1) salva l'eccezione di cui all'art. 9(3) GG, il cittadino può far valere i propri diritti fondamentali solamente nei confronti dei poteri legislativo ed esecutivo-amministrativo nell'ambito di una controversia che veda coinvolti il privato cittadino da una parte, e lo Stato in veste pubblica dall'altra; ciononostante, 2) la Costituzione e il *Bill of Rights* delineano un obiettivo sistema di valori che si ripercuote sull'ordinamento, *imponendo* che tutte le norme di diritto privato, penale, commerciale e procedurale riflettano, a pena di invalidità, quel peculiare *constitutional value system*; coerentemente, 3) le Corti tedesche, in occasione di una lite relativa a questioni di diritto privato, *devono* leggere, interpretare ed applicare il diritto positivo alla luce di quel peculiare sistema costituzionale di valori. Inoltre, sotto certi profili, pare assimilabile al *drittwirkung* tedesco il principio, vigente nell'ordinamento italiano, secondo cui fra le varie possibili interpretazioni da darsi a qualunque norma – alcune conformi ed altre contrastanti col dettato costituzionale – "*deve* sempre preferirsi l'interpretazione conforme" (cd. interpretazione adeguatrice alla Costituzione). Sulla dottrina del *drittwirkung* si vedano le decisioni *Lüth* (*BVerfG* 7 198) e *Blinkfeurer* (*BVerfG* 25 256), cit. in J. van der Walt, *Blixen's difference: horizontal application of fundamental rights and the resistance to neo-colonialism*, in 2 *Tydskrif Vir Die Suid-Afrikaanse Reg,* 319-322 (2003); si v. anche E. de Wet, *Indirect Drittwirkung and The Application Clause: a Reply to De Waal*, in 11(4) *SAJHR,* 612 (1995); M. Sachs, *Equality questions in German Constitutional Law – Seminar Lecture LLM Course on Comparative Human Rights Law*, Stellenbosch University, August 11th 2004. Distinto dal *drittwirkung* è il fenomeno del cd. "diritto privato sociale" dell'ordinamento tedesco, per quale si rinvia a E. Eichenhofer, *L'utilizzazione del diritto privato per scopi di politica sociale*, in *Rivista di diritto civile*, 1997, n. 2, pt. 1, 194 ss.

le – che sancisce genericamente il principio della *supremacy of Constitution*, sottoponendo al giudizio di costituzionalità tutte le condotte (pubbliche o private) e ogni fonte normativa (*statutory law*, *common law*, *customary law*)[316]. Secondo Cheadle, la sez. 8 cost. finale implicitamente recepisce tale distinguo, disponendo alla *subsection* (1) che"[i]l *Bill of Rights* si applica a tutte le leggi, e vincola il legislatore, l'esecutivo, il giudiziario e tutti gli organi dello stato".

Nel giudizio di costituzionalità di una norma – *statute law* o *common law* – il giudice deve valutare la compatibilità della stessa col dettato costituzionale, e se emerge una violazione è necessario "rimediare" dichiarando la norma incostituzionale. Anche il giudizio di una condotta pubblica si svolge secondo una modalità affi-

---

[316] M.H. Cheadle, *Application*, in M.H. Cheadle, D.M. Davis, N.R.L. Haysom (eds.), *South African Constitutional Law*, cit., 29. La section 2 cost. finale (1996) dispone: "[t]his Constitution is the supreme law of the Republic, law or conduct inconsistent with it is invalid, and the obligation imposed by it must be fulfilled"; analogamente G.E. Devenish, *Application of the Bill of Rights*, in G.E. Devenish, *A commentary on the South African Bill of Rights*, cit., 19. Nel sottoporre la *common law* al giudizio di costituzionalità, il costituente finale mostra di aderire al modello irlandese, espressamente citato nei lavori preparatori alla sez. 8 cost. finale. Il *Bunreacht* irlandese non contiene alcuna previsione esplicita circa l'applicazione del *Bill of Rights*, ma per via interpretativa si è giunti a subordinare tutte le fonti del diritto alla *basic law*. Il punto d'inizio di tale operazione ermeneutica è stato l'art. 40.3 della Costituzione irlandese, il quale dispone che "(1) [t]he State guarantees in its laws to respect, and, as far as practicable, by its laws to defend and vindicate the personal rights of the citizen. (2) The State shall, in particular, by its laws protect as best it may from unjust attack and, in the case of injustice done, vindicate the life, person, good name, and property rights of every citizen". Da tale disposto la giurisprudenza suprema ha tratto tre distinti corollari: 1) col termine stato deve intendersi ogni branca del potere pubblico – *i.e.*deve includersi anche il potere giudiziario, oltre a quelli legislativo ed esecutivo –; 2) lo stato ha il dovere di rispettare, difendere, promuovere e vendicare le libertà fondamentali costituzionalmente protette; 3) tutto l'ordinamento statale ("all laws") è subordinato al rispetto dei precetti costituzionali, e pertanto anche la *common law* – *private* e *public* – è soggetta al sindacato costituzionale; cfr. *Meskell v. Córas Iompair Éireann* [1973] IR 121, § 135 ("[t]he Constitution […] is superior to the common law and […] must prevail if there is a conflict between the two"), cit. in A.S. Butler, *Private Litigation and Constitutional Rights Under Section 8 and 9 of the 1996 constitution – Assistence from Ireland*, in 116(1) *SALJ,* 81 (1999). Si vedano anche *CM v. TM* [1991] I.L.R.M. 268 (il giudice Barr ritenne che la norma di *common law*, in base alla quale il domicilio della moglie doveva essere determinato in funzione di quello del marito, fosse in contrasto con il principio di eguaglianza dei coniugi di cui agli artt. 40 e 41 della cost. irlandese); *McKinley v. Minister of Defence* [1992] 2 IR 333.

ne: lo Stato è sempre vincolato dal *Bill of Rights*[317] e il fondamento dell'azione è costituito dal disposto costituzionale che si ritiene violato (*constitutional cause of action*)[318]. In entrambi i casi, il giudice è vincolato dalle sole indicazioni contenute nella sez. 172(1) cost. finale, ai sensi della quale nel decidere una questione di costituzionalità "ciascuna corte (a) deve dichiarare che ogni norma o condotta incompatibile con la costituzione è invalida nella parte della sua incompatibilità". Diversamente, il giudice che decide la compatibilità costituzionale della *private conduct* deve considerare quanto specificamente disposto dalla sez. 8(2)(3) cost. finale, in base alla quale le disposizioni del *Bill of Rights* non possono essere immediatamente applicate alla condotta privata in esame, poiché esse devono essere veicolate mediante l'invocazione di norme attuative delle stesse, siano esse di origine politica o appartenenti alla *common law*.

Più in dettaglio, il controllo costituzionale delle *private conducts* necessita di una *three-steps enquiry*: a) anzitutto occorre determinare *se*, *ex* sez. 8(2) cost. finale, il soggetto privato è vincolato dalla specifica "disposizione del *Bill of Rights*" che la controparte[319] ritiene violata; b) se l'indagine ha esito positivo[320], la Corte *deve* preliminarmente applicare ogni disposizione legislativa attuativa di quella particolare previsione di libertà; c) se, infine, non esiste alcun *statute* attuativo, il giudice *deve* "applicare" o, se necessario, "sviluppare" una norma di *common law* capace di rendere effettiva la libertà costituzionale, calibrando eventuali limitazioni in accordo con la sez. 36 cost. finale (*limitation clause*)[321]. *Ergo*, così interpretata, nemme-

---

[317] P. de Vos, *Pious Wishes or Directly Enforceable Human Rights?*, cit., 67; *contra* E. de Wet, *The Constitutional Enforceability of Economic and Social Rights: The Meaning of the German Constitutional Model for South Arica*, Butterworths, Durban, 1996.

[318] J. De Waal, I. Currie, G. Erasmus, *The Bill of Rights Handbook*, cit., 79.

[319] Su chi possa intendersi "controparte" si v., fra tutti, D. Davis, *Enforcement of Rights*, in M.H.Cheadle, D.M. Davis, N.R.L. Haysom (eds.), *South African Constitutional Law*, cit., 735-740.

[320] Se l'indagine ha esito negativo, ovvero se ai sensi della sez. 8(2) non è possibile vincolare soggetti privati al rispetto di una determinata previsione, rimane operante l'intero impianto delineato in *Du Plessis and Others v. De Klerk and Another*, cit.: J. De Waal, I. Currie, G. Erasmus, *The Bill of Rights Handbook*, cit., 63.

[321] MH Cheadle, *Application*, in M.H.Cheadle, D.M. Davis, N.R.L. Haysom (eds.), *South African Constitutional Law*, cit., 29; per una parzialmente diversa ri-

no la costituzione finale pare lasciar spazio all'idea di una immediata applicazione dei disposti costituzionali nelle relazioni interprivate e, anzi, sembra riproporre il già noto meccanismo dell'*indirect horizontal application*[322].

---

costruzione, si v. I. Rautenbach, E. Malherbe, *Constitutional Law*, LexisNexis Butterworths, Durban, 2004, 4th edition, 293-295. Si noti che un vero e proprio giudizio di costituzionalità può verificarsi solo relativamente alle norme, oltre che alla condotta pubblica: infatti, se la previsione del *Bill of Rights* è attuata da uno *statute* o dalla *common law*, il giudice deve verificare che questi eseguano pienamente il diritto (o lo limitino conformemente alla *limitation clause*); se, invece, il controllo dovesse investire unicamente la condotta privata – poiché ipoteticamente la stessa Corte costituzionale potrebbe aver già validato la norma attuativa del diritto – l'applicazione della previsione costituzionale al comportamento privato non sarebbe più una questione di natura prettamente costituzionale, in quanto diverrebbe molto simile alla comune applicazione di una norma al caso concreto. In ogni caso, la sez. 39(2) cost. finale dispone che "[w]hen interpreting any legislation, and when developing the common law or customary law, every court, tribunal or forum must promote the spirit, purport and objects of the Bill of Rights", e dottrina e giurisprudenza hanno ribadito che tale disposto concerne l'applicazione di "*any legislation*", a prescindere dal fatto che sia coinvolta direttamente una previsione del *Bill of Rights*. Ciò significa che di fronte ad una norma soggetta al controllo di costituzionalità, il giudice dovrà privilegiare l'interpretazione della stessa in maniera costituzionalmente conforme, e solo ove ciò non sia possibile dovrà invalidarla; tuttavia, l'interprete sarà tenuto a leggere ogni norma attraverso il prisma del *Bill of Rights* anche quando non deve specificamente esprimersi sulla costituzionalità della stessa; si v. MH Cheadle, *Application*, in M.H.Cheadle, D.M. Davis, N.R.L. Haysom (eds.), *South African Constitutional Law*, cit., 31; J. De Waal, I. Currie, G. Erasmus, *The Bill of Rights Handbook*, cit, 68. Sul rapporto fra Sez. 8(3) e Sez. 36 si v: J. van der Walt, *Progressive Indirect Horizontal Application of the Bill of Rights*, cit., 349; I.M. Rautenbach, *Engaging the text of section 8 of the constitution in applying the bill of rights of law relating to private relations*, in 4 *Tydskrif Vir Die Suid-Afrikaanse Reg,* 747-750 (2002); in giurisprudenza cfr. *National Coalition 2*, cit., § 24: "[t]here is a clear distinction between a legislation in a wat which 'promotes the spirit, purport and objects of the Bill of Right' as required by section 39(2) of the Constitution and the process of reading words into or severing them from a statutory provision which is remedial measure under section 172(1)(b), following upon a declaration of constitutional invalidity under section 172(1)(a)".

[322] *Khumalo and others v. Holomiza*, cit., ne è la riconferma: innanzi alla pretesa di una nota testata giornalistica di far valere direttamente la *freedom of expression* di cui alla sez. 16 cost. finale, la Corte costituzionale risponde che "[w]ere the applicants' argument to be correct, it would be hard to give a purpose to section 8(3) of the Constitution. For if the effect of section 8(1) and (2) read together were to be that the common law in all circumstances would fall within the direct application of the constitution, section 8(3) would have no apparent purpose. We cannot adopt an interpretation which would render a provision of the Constitution to be without any apparent purpose" (§ 32). Per una critica, si v. I.M. Rautenbach,

Indubbiamente, l'applicazione orizzontale indiretta è un mezzo estremamente importante per far valere i diritti fondamentali nei confronti di altri soggetti privati, ed altrettanto pregevole è l'adeguamento progressivo del *private common law* ai principi costituzionali. In *Ntandazeli Fose v. Minister of Safety and Security*[323], asserendosi che la parte lesa non può chiedere un risarcimento danni aggiuntivo a quello accordato dalla *common law of delict* – sempre che quest'ultimo sia in grado di supplire adeguatamente alla perdita subita –, è confermata la funzione satisfattoria dell'applicazione orizzontale indiretta. Infatti, il giudice Ackermann, nel precisare che "non c'è alcuna ragione di principio per cui 'un rimedio appropriato' non debba includere un risarcimento danni, laddove tale assegnazione è necessaria per proteggere e attuare i diritti discendenti dal Capitolo 3"[324], ha aggiunto che la "*South African common law of delict* è flessibile e […] dovrebbe essere sviluppata dalle corti avendo riguardo allo spirito, significato e obiettivi del Capitolo 3. In molti casi la *common law* sarà sufficientemente elastica da fornire appropriati rimedi alla lesione dei diritti costituzionali"[325]. Inoltre, in *Du Plessis* si era sottolineato che l'impatto dell'*indirect horizontal application*

Engaging the text of section 8 of the constitution, cit., 754: l'A. pare suggerire una lettura alternativa della sez. 8(3) cost. finale: "[s]ection 8(3) has another purpose. Section 8(3) becomes operative after […] a conclusion has been reached that the existing statutory law and common law do not afford sufficient protection to a constitutional right in that particular situation. The common law must then be developed to afford adequate protection (s. 8(3)(b)). Because of the precedential effect of the decision a new rule is created in this way […] Section 8(3) contains no prescription on how the initial application in terms of section 8(1) and section 8(2) to law and actions must be effected – directly, indirectly, horizontally, vertically, left, right or centre. Section 8(3) only provides for remedial action after a conclusion has been reached that the existing statutory law and common law are constitutionally flawed in particular instance. It does not lack "an apparent purpose" which precludes the Bill of Rights from being applied directly to common law that regulates private relations".

[323] *Ntandazeli Fose v. Minister of Safety and Security* 1997 (3) SA 786 (CC); 1997 (7) BCLR 851 (CC). Questa concerne un caso di applicazione verticale del *Bill of Rights* durante il vigore della costituzione transitoria, ma in via incidentale si esprime anche riguardo all'interpretazione della sez. 8(3) cost. finale.

[324] *Idem*, § 60.

[325] *Idem*, § 58. Si noti che Ackermann J. riconosce la possibilità di ottenere un rimedio appropriato mediante l'utilizzazione del *private common law* in molti casi (*in many cases*), ma non in tutti.

non è necessariamente debole, in quanto i giudici hanno il *dovere*, e non il potere, di allineare l'intero ordinamento ai principi custoditi nella carta costituzionale[326].

Anche rispetto al divieto di discriminazione fondato sull'orientamento sessuale l'applicazione orizzontale indiretta ha sortito un ruolo di sicuro rilievo, imponendo di interpretare gli *statutes* parlamentari e/o la normativa sottostante – nonché di sviluppare la *common law* – alla luce dei valori contenuti nel *Bill of Rights*. Conformemente, la sez. 39(2) cost. finale dispone che nell'interpretare la legislazione, o nello sviluppare la *common law* o la *customary law*, le corti devono promuovere lo spirito, il significato e i fini del *Bill of Rights* (sez. 39 cost. finale).

Il *Pension Fund Acts No 24 of 1956*, ad esempio, accordava positivamente *benefits* di natura pensionistica in funzione dell'esistenza di un legame coniugale – includendo fra i destinatari lo/a "spouse" o il/la "widow/widower" del soggetto iscritto al fondo pensionistico – mentre nulla disponeva riguardo alla posizione del *same-sex partner*[327]. Anche in sede di compilazione del *discussion paper* concernente il *Sharing of Pension Benefits Bill*, la *South African Law Commission* asserì espressamente che "lo sviluppo della legge non aveva ancora raggiunto lo stadio in cui tali relazioni sono riconosciute come matrimonio nel suo vero significato", ed esprimeva così l'inopportunità di estendere anche pro-futuro molteplici *benefits* pensionistico-sociali alle coppie omosessuali[328].

Oggi lo stato delle cose pare profondamente mutato alla luce della decisione *Fourie* della Corte costituzionale, ma ancor prima di questa pronuncia la giurisprudenza del *Pension Funds Adjudicator*[329] fu orientata ad includere il convivente omosessuale fra i

---

[326] *Du Plessis and Others v. De Klerk and Another*, cit., § 40 (Kentridge AJ).

[327] O. Dupper, C. Garbers, *The Provision of Benefits to and Discrimination*, cit., 774.

[328] South African Law Commission, *Project 112 "Sharing of Pensions Benefits", Discussion Paper 77*, 31 July 1998, § 4.1.2.2, disponibile sul sito della South African Law Commission (http://www.law.wits.ac.za/ salc/discussn/dp77.html;11-10-2004).

[329] Il *Pensions Funds Adjudicator* è un apposito tribunale istituito per dirimere le controversie in materia pensionistica, la cui disciplina è contenuta alle sezz. 30A-X del *Pensions Funds Act No 24 of 1956*

destinatari dei *benefits* pensionistici. Infatti, grazie all'*escamotage* dell'applicazione orizzontale indiretta del principio di non-discriminazione in ragione dell'orientamento sessuale (sez. 9(4) cost. finale) si sancì l'invalidità di molteplici decisioni prese da fondi pensionistici privati che, avvalendosi del silenzio normativo, avevano rifiutato di garantire siffatti benefici al partner dello stesso sesso. In *TWC v. Rentokil Pension Fund*[330] si intimò ad un noto fondo pensionistico privato di pagare al convivente omosessuale i benefici pensionistici conseguenti alla morte del contribuente – i cd. *lump sum death benefits*, espressamente contemplati dalla sez. 37C del *Pension Fund Act* –, e per poter giungere a tale rimedio il giudice asserì che "anche se il nostro ordinamento non accorda protezione al tipo di unione in questione, io suggerisco di farlo. Questo è ciò che la sez. 39(2) cost. finale richiede. Quando si interpreta la sezione 37C (…) si è obbligati a dare effetto ai valori espressi nella sezione 9 del nostro *Bill of Rights* in virtù del quale le unioni omosessuali dovrebbero godere in alcune circostanze di identici *status*, diritti, benefici e responsabilità delle unioni eterosessuali"[331].

Anche in *Martin v. Beka Provident Fund*[332], lo stesso *iter* argomentativo condusse il *Pension Funds Adjudicator* ad intimare ad un fondo pensionistico privato di pagare al convivente omosessuale i *lump sum death benefits* contemplati nella sez. 37C del *Pension Fund Act*[333]. Tuttavia, diversamente da *Rentokil*, in *Martin* il tribunale ordinò altresì al soggetto privato di emendare le disposizioni del regolamento interno nel senso di includere nel concetto di *marriage* anche "l'unione di due adulti, di sesso identico o diverso, nei cui confronti il Comitato avesse espresso parere positivo circa la coabitazione come coniugi dei soggetti interessati"[334]. A tal stregua, "the spouse's pension" *benefit*, garantito dalla disciplina regolamen-

---

[330] *TWC v. Rentokil Pension Fund*, Case No. PFA/KZN/129/98 (26-10-98), disponibile sul sito http://www.fsb.co.za/pfa/chapman. htm (25-03-2004).

[331] *Ibidem.*

[332] *Martin v. Beka Provident Fund*, case No. PFA/GA/563/99 (8-6-99), disponibile sul sito http://www.fsb.co. za/pfa/martin. htm (25-03-2004).

[333] Il giudice cita espressamente il precedente *TWC v. Rentokil Pension Fund*, cit.

[334] *Ibidem.*

tare del *Beka Provident Fund*[335], veniva concesso anche al convivente omosessuale, ed il ragionamento seguito dal tribunale si fondava sull'applicazione orizzontale del divieto di discriminazione in ragione dell'orientamento sessuale e del diritto alla dignità umana[336], *ergo* del diritto al libero orientamento sessuale.

Tuttavia, interpretare la sez. 8(3) cost. finale come *threshold* della sez. 8(2) cost. finale e, di conseguenza, canalizzare necessa-

---

[335] *Rules of the BEKA Provident Fund*, sez. 6.2(3): "[i]n case of a married Member who leaves a Qualifying spouse, an annual pension equal to 50% of the Member's annual Remuneration is paid to him/her until his/her death".

[336] *Ibidem*: "a rule found to be discriminatory would be in violation of the non discrimination clauses […] of the Constitution, section 9(4), which provides for horizontal application, and section 9(3) which prohibits unfair discrimination on several grounds, inter alia on grounds of sexual orientation […] It is clear to me that the definition of marriage in respondents rules differentiates between man and woman cohabitee relationships, and discriminates against the latter; this discrimination is unfair in that the former group may obtain benefits denied to the latter group essentially on grounds of sexual orientation of the parties to a same-sex relationship. Such discrimination […] is prohibited in terms of section 9(3) of the constitution and I can find no justification which would limit the right to equality of tratment. As I have stated in Rentokil […] I am obliged to give effect to the value contained in section 9 of our Bill of Rights […] it is not fair to limit the definition of 'married' persons to partners in heterosexual relationships (sexual orientation discrimination), since this degrades same-sex cohabitee relationships to a second class status, not capable of being deemed 'married' It is the sexual orientation discrimination that offends, and it is on this ground that the definition is unconstitutional". Si noti che in base alla sez. 30E del *Pension Fund Act No 24 of 1956* il il *Pension Funds Adjudicator* "shall […] investigate any complainant and may make the order which any court of law may make", inclusa la dichiarazione di incostituzionalità di una norma o di una condotta. Circa l'utilizzo del meccanismo dell'applicazione indiretta orizzontale in questioni concernenti *benefits* pensionistici negati in ragione dell'orientamento sessuale si v. anche *Muir R. v. Mutual and Federal Pension Fund*, case No PFA/WE/2932/01/SM (13-05-2002), disponibile in http://www.fsb.co.za/pfa/muir.htm (25-03-2004). In *Du Plessis v. Road Accident Fund*, cit., invece, Cloete JA ha sviluppato la *common law action for loss of support* alla luce dei valori dell'eguaglianza e della dignità umana, così come sviluppati dalla giurisprudenza costituzionale antecedente (*Satchwell case*), allo scopo di includere anche il partner omosessuale fra i legittimati attivi dell'azione: "[i]f Section 9 of the Judges' Remuneration and Conditions of Employment Act unfairly discriminates against same-sex partners who have established a permanent relationship similar in other respects to marriage, including accepting the duty to support one another, it follows logically that the common law, indofar as it affords to a spouse an action for loss of support against a wrongdoer who unlawfully killed the other spouse but not to a same-sex partner who has established such a relationship, unfairly discriminates against such same-sex partners" (§ 1228F-G; si vedano anche §§ 1230G-1231D).

riamente l'applicazione orizzontale del *Bill of Rights* nella sola forma dell'*indirect application* non significa rendere giustizia ad ogni caso meritevole di tutela. Sulla base di quale fondamento giuridico, ad esempio, il cittadino offeso da un altro soggetto privato potrebbe chiedere al giudice un *appropriate relief*, in assenza di un qualunque principio di *ordinary law* attuativo della libertà lesa? La persona offesa, in tal caso, potrebbe far valere direttamente la sua libertà costituzionale in giudizio? Oppure, non avendo alternative rispetto all'applicazione indiretta, dovrebbe ineluttabilmente rassegnarsi all'idea che esistono violazioni (sociali) di diritti fondamentali che, non interessando il mondo del diritto sub-costituzionale, restano fuori dal campo di applicazione del *Bill of Rights*? L'intento del legislatore costituente finale non era, forse, quello di supplire ai limiti già palesati in *Du Plessis v. De Klerk* proprio rispetto all'applicazione orizzontale indiretta[337]?

Al riguardo, significativi elementi di apertura paiono desumersi dal caso *Jooste v. Botha*[338], che vedeva una madre agire contro un famoso giocatore di rugby, padre del proprio figlio, per tutelare il diritto di quest'ultimo, nato fuori dal vincolo matrimoniale, ad ottenere l'affetto paterno. In particolare, non esistendo alcuna specifica *cause of action* nell'ambito dell'*ordinary law*, la madre fondava la propria azione richiamando espressamente e direttamente la sez. 28(1)(b) cost. finale – che garantisce al bambino "the right […] to family care or parental care". Il giudice Van Dijkhorst ha rigettato le richieste della madre, asserendo che non è possibile applicare orizzontalmente *ex* sez. 8(2) il diritto alla *parental care* consacrato dalla sez. 28(1)(b) cost finale, poiché, essendo quest'ultimo un diritto socioeconomico, non è applicabile ai rapporti interprivati[339].

Tale argomentazione non pare condivisibile nel merito, dal momento che negare per definizione l'applicazione orizzontale dei di-

---

[337] I.M. Rautenbach, *Engaging the text of section 8 of the constitution*, cit., 751; J. van der Walt, Progressive *Indirect Horizontal Application of the Bill of Rights*, cit., 351; G.E. Devenish, *Application of the Bill of Rights*, in G.E. Devenish, *A commentary on the South African Bill of Rights*, cit., 19. *Khumalo and others v. Holomiza*, cit., § 10

[338] *Jooste v. Botha* 2000 (2) BCLR 187 (T).

[339] *Idem*, §§ 196I-197D.

ritti socio-economici significa minare radicalmente la *raison d'être* della stessa sez. 8(2), nata principalmente per tutelare le sfere socio-economiche del cittadino dal potere economico dei colossi privati[340]; semmai – dato che la sez. 8(2) consente l'applicazione orizzontale di un diritto solo nella misura in cui esso sia "applicable, taking into account the nature of the right and the nature of any duty imposed by the right" – il giudice avrebbe potuto argomentare che specificamente la sez. 28(1)(b) non fosse applicabile ai rapporti fra privati: come potrebbe, del resto, ordinarsi ad un padre di amare il figlio non voluto e non riconosciuto? Tuttavia, *Jooste v. Botha* è illuminante sotto un altro profilo, in quanto chiarisce come il giudice *debba* procedere allo "sviluppo" della *common law* qualora manchi una norma attuativa del diritto in questione, conformemente a quanto prescrive la sez. 8(3).

Autorevole dottrina sosteneva che la parola "sviluppo" implicasse "la preesistenza di qualcosa che cambia, si dispiega e cresce"[341], *ergo* escludeva qualunque ipotesi di nuova creazione normativa: il concetto di *unlawfullness* della *law of delict*, ad esempio, poteva essere esteso (*rectius*: sviluppato) sino ad includere il divieto di arbitrarie discriminazioni (sez. 9 cost. finale), ma la trattazione della singola discriminazione e il relativo rimedio dovevano pur sempre rimanere legati allo schema della responsabilità extracontrattuale[342]. In *Jooste v. Botha*, invece, si amplia il concetto di "sviluppo" sino ad includere la necessaria creazione di *new cause of action* per assicurare la reale tutela della libertà fondamentale[343]: detto diversamente, se non esiste alcun modo per rimediare alla violazione di un dirit-

---

[340] Difficilmente concepibile pare l'applicazione orizzontale di molte libertà civili, ma soprattutto, come fare valere una libertà politica verso un altro privato cittadino? Sull'applicazione orizzontale di molteplici diritti sociali si esprime positivamente P. de Vos, *Pious Wishes or Directly Enforceable Human Rights?*, cit., 100.

[341] M.H. Cheadle, D.M. Davis, *The Application of the 1996 Constitution*, cit., 63.

[342] Analogamente, il concetto di buona fede della *law of contract* poteva essere sviluppato sino ad includere il divieto di arbitrarie discriminazioni; L. Hawthorne, *The principle of equality in the law of contract*, in 58(2) *THRHR,* 171 (1995)

[343] *Jooste v. Botha*, cit., § 193G-I.

to costituzionalmente protetto – nemmeno tramite lo sviluppo della *common law* esistente –, il cittadino può contare sulla creazione *ex novo* di una norma giurisprudenziale che rifletta i principi della Costituzione e che accordi un appropriato rimedio. *Rebus sic stantibus*, al giudice Van Dijkhorst è mancato solo il coraggio di affermare la diretta applicazione della norma costituzionale; tuttavia, accettandosi l'idea che il diritto debba essere integrato *ex novo* per allinearsi ai principi costituzionali, la distinzione fra *direct* e *indirect horizontal application* pare davvero priva di una significativa sostanza.

Supponiamo – ad esempio – che Mike, cittadino sudafricano, proprietario di un fiorente negozio di diamanti in una remota ed omofobica città rurale del Free State, venga pubblicamente definito omosessuale in un articolo apparso su un quotidiano a tiratura locale. Quali lesioni costituzionali potrebbe egli lamentare se, a seguito della pubblicazione, Mike venisse escluso dalla cerchia abituale degli amici e la sua attività commerciale subisse un repentino arresto negli affari, tale da indurlo a trasferirsi nella moderna e tollerante Cape Town? Quale ipotetica *cause of action* potrebbe fondare le eventuali pretese di Mike verso i responsabili della pubblicazione? Quale sarebbe la via legale più opportuna da intraprendere per ottenere un rimedio alla lesione subita?

In primo luogo, Mike potrebbe sostenere di aver subito la lesione del diritto al libero orientamento sessuale, e in particolare a non essere ingiustamente discriminato in ragione dell'orientamento sessuale (sez. 9(4) cost. finale), richiamando le disposizioni attuative del *Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act*[344]. Al riguardo, la sez. 10 dell'*Act No 4 of 2000* ha disposto che "(1) [s]ubject to the proviso in section 12, no person may publish, propagate, advocate or communicate words based on one or more of the prohibited grounds, against any person, that could reasonably be

[344] Mediante l'applicazione dell'*Act No 4 of 2000*, tra l'altro, il giudice investito della questione potrebbe adottare una vasta gamma di *appropriate relief*, incluso "an order for the payment of any damages in respect of any proven financial loss, including future loss, or in respect of impairment of dignity, pain and suffering or emotional and psychological sufferings, as a result of the unfair discrimination, hate speech or harassment in question" (sez. 21).

construed to demonstrate a clear intention to – (a) be hurtful; (b) be harmful or to incite harm; (c) promote or propagate hatred".

Come noto, lo *statute* richiamato ha incluso tra i *prohibited grounds* anche l'orientamento sessuale, ma alla sez. 12 il legislatore ha inteso bilanciare il diritto a non essere arbitrariamente discriminati (sez. 9 cost. finale) con il diritto alla libera manifestazione del pensiero (sez. 16 cost. finale), determinando quindi dei limiti al regime protettivo di cui alla precedente sez. 10: "[n]o person may – (a) disseminate or broadcast any information; (b) publish or display any advertisement or notice, that could be reasonably be construed or reasonably be understood to demonstrate a clear intention to unfairly discriminate against any person: Provided that bona fide engagement in artistic creativity, academic and scientific inquiry, fair and accurate reporting in the public interest or publication of any information, advertisement or notice in accordance with section 16 of the Constitution, is not precluded by this section". Sotto tale profilo, la lesione subita da Mike potrebbe risultare non protetta – o inadeguatamente protetta – dall'*Act No 4 of 2000.*

In seconda istanza, Mike potrebbe sperare di ottenere un *appropriate relief* sulla base dello "sviluppo" della *common law* – ad esempio del concetto di *unlawfulness* nel contesto della *law of delict*, o di altre *common law cause of actions*[345] – in linea coi valori costituzionali, ma, fallita anche questa ipotesi, non gli rimarrebbe altra *chance* che invocare direttamente alcune libertà garantite dal *Bill of Rights*.

Mike potrebbe argomentare, ad esempio, di aver subito contemporaneamente una lesione del diritto alla privacy (sez. 14 cost. finale) e del diritto d'eguaglianza (sez. 9 cost. finale). Posto che la *common law sodomy offence* è incostituzionale poiché "tutti hanno il diritto ad una sfera privata di intimità e autonomia che consente agli uomini di stabilire e coltivare relazioni umane liberi dall'interferenza della comunità esterna"[346], Mike potrebbe asserire l'esistenza di un'analogia fra criminalizzazione dell'attività sessuale omosessuale

---

[345] A. Kok, *Homosexuality, the Bill of Rights and the unlawfulness criterion in the law of delict*, in 118(1) *SALJ,* 102 (2001).

[346] *National Coalition 1*, cit., § 32.

e rivelazione pubblica della diversità. Potrebbe dunque argomentare che la rivelazione pubblica dell'omosessualità impedisce agli uomini di stabilire e coltivare relazioni umane liberi dall'interferenza della comunità esterna.

In alternativa, Mike potrebbe contare sullo sviluppo della *common law* adducendo di aver subito contemporaneamente la lesione del diritto alla dignità umana (sez. 10 cost. finale) e all'eguaglianza (sez. 9 cost. finale). La *human dignity* assume un ruolo-pilastro nell'ordinamento costituzionale sudafricano e presenta sia una dimensione individuale – in base alla quale ciascun uomo ha lo stesso valore intrinseco – sia una valenza sociale-collettiva. Questa "include il valore intrinseco degli esseri umani condiviso da tutte le persone oltre che la reputazione individuale della persona costruita sulla base dei raggiungimenti di ognuna di esse. Pertanto il valore costituzionale della dignità umana enfatizza sia il senso del valore individuale sia la considerazione pubblica del valore di un individuo"[347]. Mike potrebbe quindi tentare la via della dignità umana e dell'eguaglianza affermando l'intento dispregiativo di coloro che hanno pubblicamente rivelato la sua omosessualità, poiché lo scherno è in grado di deumanizzare una persona facendola sentire come di minor valore rispetto agli altri esseri umani.

Da ultimo, Mike potrebbe decidere di non attivare direttamente nessuna delle libertà contemplate in costituzione espressive del più ampio diritto al libero orientamento sessuale, ed accettare semplicemnente l'amara realtà delle vicende umane. Mike potrebbe consolarsi magramente del fatto che, sulla carta, il *Bill of Rights* sancisce la sua piena eguaglianza, dignità e libertà, arrendendosi di fronte alla consapevolezza che continua ad esserci una parte dell'umanità che non vuole accettare la diversità, e che tramite l'intolleranza ostacola il processo di trasformazione sociale verso una società aperta e democratica. Può comunque continuarsi a sperare che, un bel giorno, il radicamento dello spirito di tolleranza ed inclusione che irradia l'intera costiutuzione consentirà a Mike e ai suoi simili di vivere liberamente e felice senza dover necessariamente ricorrere agli strumenti legali.

---

[347] *Khumalo and others v. Holomiza*, cit., § 27

CONSIDERAZIONI FINALI

E forse così mi sarà consentito concludere le mie considerazioni con una di tali storie, una storia che raccontavano i chassidìm, e che sta a indicare lo svolgimento del chassidismo stesso. Eccola così come l'ho sentita raccontare dalla viva voce del grande narratore ebreo S.J. Agnon.
Quando Bàal-shem doveva assolvere un qualche compito difficile, qualcosa di segreto per il bene delle creature, andava allora in un posto nei boschi, accendeva un fuoco, e diceva preghiere, assorto nella meditazione: e tutto si realizzava secondo il suo proposito. Quando, una generazione dopo, il Maggìd di Meseritz si ritrovava di fronte allo stesso compito, riandava in quel posto nel bosco e diceva: "Non possiamo più fare il fuoco, ma possiamo dire le preghiere" – e tutto andava secondo il suo desiderio. Ancora una generazione dopo, Rabbì Moshè Leib di Sassow doveva assolvere lo stesso compito. Anch'egli andava nel bosco, e diceva: "Non possiamo più accendere il fuoco, e non conosciamo più le segrete meditazioni che vivificano la preghiera; ma conosciamo il posto nel bosco, dove tutto ciò accadeva, e questo deve bastare". E infatti ciò era sufficiente. Ma quando di nuovo, un'altra generazione dopo, Rabbì Yisra'èl di Rischin doveva anch'egli affrontare lo stesso compito, se ne stava seduto in una sedia d'oro, nel suo castello, e diceva: "Non possiamo fare il fuoco, non possiamo dire le preghiere, e non conosciamo più il luogo nel bosco: ma di tutto questo possiamo raccontare la storia". E – così prosegue il narratore – il suo racconto da solo aveva la stessa efficacia delle azioni degli altri tre.
Si può dire, volendo, che questa breve profonda storia descriva simbolicamente la decadenza di un grande movimento; ma si potrebbe anche dire che essa rappresenti la trasformazione subita in questo movimento da tutti i valori. Una trasformazione tanto profonda che da ultimo del mistero non resta che la sua storia.

Gershom Scholem, 1941

Se in questo libro sono pronunciate critiche severe nei confronti d'autorevoli interpreti delle Carte sui diritti umani, la ragione risiede nella convinzione che in una società aperta, democratica e progredita sia necessario cessare l'abitudine della deferenza nei

tabù, nei pregiudizi, nelle tradizioni discriminatorie, nelle ossessioni emotive irrazionali. Le prassi interpretative che attingono elementi di valutazione da paradigmi e costrutti culturali dominanti, sol per questo ritenuti normali e giusti, possono infatti indurre in errore e costituire un perenne attacco contro la libertà e la ragione, sì che la loro influenza, quasi mai contestata dalle maggioranze legislative, continua a fuorviare e dividere quanti intendono e possono concorrere a difendere la civiltà. La responsabilità di questa tragica divisione ricade su tutti noi, e perciò non può esitarsi a criticare con franchezza e onestà intellettuale quanto da troppo tempo fa parte del nostro bagaglio culturale e sociale. La reticenza intellettuale alla critica può essa stessa contribuire al radicamento di una società democratica ingiusta riluttante nei confronti di gruppi impopolari, i quali, sebbene possano per ragioni diverse risultare sgraditi, devono comunque essere inclusi nel concetto universale di umanità.

Lo spirito cui si è tentato di informare la scrittura di questo libro è dunque quello dell'analisi critica del dibattito costituzionale più recente in tema di orientamento sessuale, e a tal stregua si è indirizzato lo sguardo verso principi ritenuti fondamentali per la costruzione di una società effettivamente democratica ed aperta a stili di vita differenti e modi minoritari d'intendere la felicità e la realizzazione personale. Il punto è che tale trasformazione non è socialmente indolore. Anzi, proprio in tale transizione si manifestano i primi sintomi di un nuovo disagio sociale. Sono gli effetti stressanti della civiltà, come insegna mirabilmente Karl Popper, strenuo difensore della società aperta. "Questo effetto stressante, questo disagio" – ricorda il filosofo – "è una conseguenza del collasso della società chiusa. Esso è avvertito anche ai nostri giorni, specialmente in periodi di mutamenti sociali. È l'effetto stressante prodotto dallo sforzo che la vita in una società aperta e parzialmente astratta richiede continuamente da noi – con l'esigenza di essere razionali, di rinunziare ad alcuni almeno dei nostri bisogni sociali emozionali, di badare a noi stessi e di accettare la responsabilità. Noi dobbiamo […] sopportare questo effetto stressante come il prezzo da pagare per ogni accrescimento di conoscenza, di ragionevolezza, di cooperazione e di reciproco aiuto e quindi, delle nostre possibilità di so-

pravvivenza e dell'entità della popolazione. È il prezzo che dobbiamo pagare per essere umani"[1].

Credo che l'effetto stressante della civiltà di concezione popperiana sia molto simile al fenomeno – oggi ridicolizzato nelle affermazioni di molti uomini dal diverso colore politico – di deriva zapaterista, a seguito di una serie di riforme ritenute impopolari occorse in Spagna in tema di aborto, matrimonio tra persone dello stesso sesso, eutanasia, ricerca sulle staminali embrionali, divorzio, politica estera. Lo stesso può dirsi rispetto all'accorato dibattito italiano sul progetto legislativo in tema di convivenze di fatto (DICO, CUS), laddove da più parti continuano a sostenersi visioni (discriminatorie) socialmente costruite di famiglia e matrimonio, giacché "l'ipotesi di una famiglia non fondata sul matrimonio, ma su accordi meno impegnativi, costitui[rebbe] […] un oggettivo attacco alla rilevanza sociale del patto coniugale, alla sua capacità di assunzione di responsabilità verso il bene comune e verso la società nel suo complesso"[2].

---

[1] K.R. Popper, *La società aperta e i suoi nemici*, a cura di M. Pera, Armando Editore, Roma, 1993, vol. I, 248-249.

[2] Il forum delle Associazioni Familiari, *Sì alla famiglia*, gennaio 2007, in www.forumfamiglie.org (16/02/2007). Dell'adesione o meno alla *tradizione* si è discusso anche in Italia durante l'interrogazione parlamentare n. 3-01481 del parlamentare Cè (16 ottobre 2002); si è chiesto al Governo quali iniziative avesse inteso adottare nei confronti del Governo francese per evitare la stipulazione dei cd. PACS presso l'ambasciata della repubblica francese a Roma, e nell'illustrare il quesito si è affermato che "L'orientamento politico e *culturale* del Governo della Casa delle Libertà, pur rispettoso delle scelte personali dei cittadini del proprio paese, ha individuato nella *famiglia tradizionale* l'espressione autentica dello spirito costituzionale all'interno dell'articolo 29 della Costituzione. Quindi, appare inopportuno l'utilizzo della extraterritorialità diplomatica al fine di stipulare contratti non solo non previsti dalla legislazione nazionale, ma anche oggetto di *forte contrarietà all'interno della società italiana*"; si v. *Iniziative intese ad evitare la celebrazione presso sedi diplomatiche straniere di matrimoni tra cittadini dello stesso sesso – n. 3-01481*, in *Atti Parlamentari Camera dei deputati, XIV Legislatura – Discussioni – seduta del 16 ottobre 2002 – N. 205*, 49. Affermazioni analoghe, ma relative ad un contesto diverso, sono altresì contenute in *Iniziativa a favore delle persone perseguitate a causa dell'orientamento sessuale – n. 3-01209*, in *Atti Parlamentari Camera dei deputati, XIV Legislatura – Discussioni – seduta del 9 ottobre 2002 – N. 205*, 97: "Le norme che prevedano l'applicazione della pena di morte nei confronti delle persone omosessuali in alcuni paesi traggono origine dalla stretta applicazione, da parte dei tribunali islamici, della legge coranica che sanziona pesantemente lo stupro, l'adulterio e qualsiasi altro tipo di relazione sessuale al di fuori del matrimonio".

Idem deve dirsi rispetto alle eterogenee misure antigay americane, tra cui il *marriage amendment* alla costituzione federale, o alle contestate prassi d'interpretazione costituzionale – diffuse negli Stati Uniti, ma anche in molti ordinamenti dell'Africa australe e altrove – che, secondo logiche solo in apparenza coerenti e razionali, considerano la tradizione o la storia come parametro normativo ultimo di definizione dei limiti dei diritti fondamentali e/o dell'ammissibilità di nuovi diritti. Tuttavia, di là delle singole vicende politiche e giuridiche locali, chiare espressioni di un ingiustificato panico morale, credo fermamente nella necessità di affrontare le questioni legali attorno al senso individuale di identità sulla base della discussione critica, razionale e dialettica. Sono convinto che la risposta alle questioni controverse sull'essere debba scorgersi nell'apertura all'eterno divenire, da regolare nel tempo attraverso la costante e ragionata costruzione e decostruzione dei confini dei diritti fondamentali, in guisa che questi siano sempre al passo con le evoluzioni sociali e con concezioni pluralistiche e universali di dignità umana.

Si è detto dunque che i nostri pensieri e modi di vita sono pesantemente condizionati dalla pressione di tabù sessuali, di paradigmi culturali sessisti, di tradizioni radicate che assurgono al ruolo di veri e propri miti sociali. Tuttavia, se si parte dal presupposto che tutti questi costrutti sociali possano portare ad ingiustificate chiusure mentali nei confronti del diverso, allora è necessario che ciascun interprete utilizzi metodi e concetti i più critici e dialettici possibile per fornire risposta alle istanze sociali inusuali, ritenute comunemente anormali. E la razionalità è la miglior barriera contro l'errore e l'illusione. Due sono le forme di razionalità che secondo i casi possono essere utilizzate nell'opera di delimitazione dei confini dei diritti fondamentali. Vi è anzitutto un tipo di razionalità costruttiva, che elabora teorie coerenti verificando il carattere logico dell'organizzazione teorica, la coerenza tra le idee che compongono la teoria, l'accordo tra le sue asserzioni e i dati fattuali a cui essa si applica. Una tale razionalità deve restare aperta a ciò che la contesta, perché diversamente diverrebbe mera razionalizzazione dottrinaria. Vi è poi una razionalità critica, che si esercita sugli errori e sulle illusioni delle credenze, delle dottrine e delle teorie. Ciò perché la razionalità costruttiva porta in seno una possibilità d'errore nel caso in cui que-

sta sfoci nella razionalizzazione. Dunque la razionalizzazione genera parvenze di razionalità perché costituisce un sistema logico perfetto, mentre in realtà si fonda su basi paradigmatiche false, chiuse alla contestazione e alla comparazione dei suoi argomenti.

In tal senso, il passo di Gershom Scholem – tratto dal bel libro *Le grandi correnti della mistica ebraica*[3] – è la conferma di come perfino i miti possano essere letti secondo differenti versioni e di come possano essere offerte soluzioni più o meno *costruite* ad un medesimo enigma. Possono esserci enigmi che non hanno soluzione, enigmi la cui funzione è dunque semmai qualificabile come interrogativa, come una sorta d'invito continuo a trovare soluzioni sempre diverse e nuove, sapendo però che, per definizione, prima o poi ci si troverà a pensare, dopo averne escogitata una, che non è più la soluzione giusta. Dunque qualunque formulazione o spiegazione di una questione può non essere altro che un'ulteriore soluzione, efficace perché costruita nei termini necessari a quel dato contesto, a quel preciso momento storico e a quel dato tipo di fruitori. Ma comunque non sarà mai la soluzione giusta in assoluto.

Dopo aver enfatizzato l'importanza dell'attività mitopoietica ed aver sostenuto che essa costituì in fondo la più grandiosa novità del chassidismo rispetto alla tradizione ebraica, Scholem mostra con un bell'esempio il valore delle variazioni decostruite delle varianti di un racconto mitico, ammettendo espressamente come questa modalità interpretativa possa essere vista non solo nei termini tutto sommato popperiani di una simbolica e stressante decadenza di un grande movimento, ma anche come la giusta trasformazione subita in questo movimento da tutti i valori. Una trasformazione tanto profonda che da ultimo del mistero non resta che l'essenza ultima: la sua storia. Un modo d'interpretare, quello descritto da Scholem, che può essere visto come una delle possibili descrizioni-spiegazioni dell'enigma sempre uguale contenuto nel mito di Aristofane sull'origine dell'orientamento sessuale, qui ampiamente ripreso, o dei concetti-valore di dignità, eguaglianza e libertà che stanno alla base delle società aperte e democratiche propugnate dai *Bill of Rights*. Il

---

[3] G. Scholem, *Le grandi correnti della mistica ebraica*, a cura di G. Busi, Torino, Einaudi, 1993, 353.

punto resta sempre quello dell'efficacia e del senso da attribuire a miti, tradizioni, paradigmi e costrutti sociali di vario tipo: questi nascondono o rivelano? Non può rispondersi facilmente a questa domanda, magari argomentando troppo semplicisticamente che questi fanno tutt'e due le cose contemporaneamente. Il fatto è che, in un dato momento storico, certe costruzioni rivelano, a chi le pensa e condivide, più di quanto non facciano altre formulazioni meno costruite. E in quanto svelanti, queste concezioni decostruite dei valori e dei diritti fondamentali debbono avere un'efficacia sull'interprete dei *Bill of Rights*, e illuminarlo nel processo di assegnazione di significati.

Il dibattito costituzionale sull'orientamento sessuale mostra tutto questo, ed in merito la comparazione giuridica assume un ruolo fondamentale. L'analisi comparata delle questioni riguardanti l'orientamento sessuale mostra come una teoria sui diritti fondamentali non debba né essere puramente e semplicemente strumentalizzata, né imporre autoritativamente i suoi verdetti. Al contrario, questa teoria deve essere relativizzata e talvolta razionalmente decostruita, perché sol così può contribuire all'applicazione universale dei diritti fondamentali. Alcuni modelli evoluti di protezione dell'orientamento sessuale, Canada e Sudafrica in prima linea, mostrano come sia possibile partire dagli stessi costrutti sociali che possiedono le menti per farsi possedere da idee universalizzanti frutto di critica, apertura e complessità, in modo da poter immaginare una rete normativa scevra da tabù e tradizioni storico-religiose radicate, e quindi un sempre maggior spazio di decisione individuale in settori pertinenti la vita emotiva e sessuale. E ciò è possibile anche a prescindere da un'esplicita clausola protettiva dell'orientamento sessuale, perché il riconoscimento delle minoranze sessuali deve discendere da concezioni necessariamente decostruite, inglobanti, e indi universali di dignità umana. Anzi, in assenza di prassi interpretative razionalmente decostruite, le stesse clausole costituzionali di protezione espressa delle minoranze sessuali possono divenire lettera morta, come ben insegna l'esperienza delle isole Figi. Infatti, nonostante l'introduzione nel 1997 della sez. 38 cost., che espressamente protegge l'orientamento sessuale, le Figi mantennero in vigore sino all'agosto 2005 disposizioni penali ereditate dalla storica

tradizione moralizzatrice coloniale britannica, disposizioni che figurano come chiare trasposizioni normative di costruzioni religiose che consideravano – e considerano – moralmente riprovevole ogni forma di attività sessuale non procreativa e/o al di fuori del vincolo coniugale, in quanto in contrasto con l'idea, a sua volta preconcetta e carica di elementi culturali, di ordine naturale divino.

La riflessione razionale sui costrutti che circondano l'orientamento sessuale è dunque di capitale importanza perché la ricerca del modello ideale di protezione costituzionale delle minoranze sessuali può assumere il carattere di un problema che deve essere discusso razionalmente. In altri termini, è possibile prendere una decisione razionale circa la desiderabilità o meno di un particolare assetto costituzionale, o di alcune sue modificazioni espresse o implicite di natura informale, che mirino a riconoscere le minoranze sessuali e a proteggerle da indegne interferenze discriminatorie nell'esercizio della libertà[4]. Al riguardo, si è vista la difficoltà di distinguere in base a criteri incontrovertibili le categorie umane naturali da quelle sociali, ossia l'impossibilità di formulare un giudizio certo circa l'origine biologica o culturale dell'orientamento sessuale, sicché è anzitutto illogico subordinare il diritto fondamentale all'eguaglianza e al rispetto dell'orientamento sessuale al fatto che quest'ultimo sia inquadrabile come elemento naturale e/o come fattore esclusivamente innato incarnante una condizione personale necessariamente immutabile, o comunque come uno *status* tale da annullare la possi-

---

[4] In Italia, ad esempio, si è discusso della tutela dell'orientamento sessuale solo in sede di redazione dei nuovi statuti regionali, essendo tuttora aperto il dibattito circa l'esistenza di una più generale protezione costituzionale delle minoranze sessuali. Durante il processo statutario della Regione Campania, in Commissione Statuto, si è dibattuto sull'opportunità di riconoscere anche alle coppie omosessuali il diritto all'accesso alle tecniche di procreazione assistita, mentre più coraggiosamente Umbria, Toscana ed Emilia-Romagna hanno inserito apposite disposizioni a tutela delle minoranze sessuali nell'ambito dei rispettivi Statuti. Il legislatore toscano ha inoltre approvato la Legge Regionale 15 novembre 2004, n. 63 ("Norme contro le discriminazioni determinate dall'orientamento sessuale o dall'identità di genere"), giudicata illegittima in molte sue parti dalla Corte costituzionale italiana (sentenza 353/2006), la quale ha tuttavia evitato di chiarire – nonostante l'espressa richiesta di parte governativa – se il concetto di orientamento sessuale introdotto dalla legge toscana fosse inesistente o meno nell'ordinamento giuridico italiano.

bilità di esercitare alcuna libera scelta individuale afferente la sfera emotiva e sessuale.

Non solo. Da un punto di vista costituzionale, l'argomento dell'immutabilità non potrebbe essere accettato nemmeno se vi fosse uniformità di vedute circa l'intrinseca immutabilità dell'orientamento sessuale e/o della sua assoluta estraneità alla sfera delle scelte personali, giacché così ragionando si finirebbe per restringere arbitrariamente l'ambito applicativo dell'eguaglianza e del correlativo diritto fondamentale ad essere rispettati e non discriminati. Ritenere infatti che l'eguaglianza accordi protezione unicamente alle condizioni personali immutabili, non oggetto di scelta individuale, o addirittura naturali, è errato in principio. Nella generalità dei casi le clausole antidiscriminatorie trovano applicazione sia rispetto a fattori quali razza, origini etniche, colore o età, i quali non possono *mai* costituire l'oggetto di una scelta individuale ed in tal senso sono immutabili, sia rispetto a fattori come religione, sesso o ad altre condizioni personali più o meno facilmente modificabili e/o esercitabili tramite atti di volizione individuale. L'eguaglianza deve dunque coerentemente essere ripristinata sia alla presenza di discriminazioni che riguardino propriamente l'attrazione sessuale, sia nei casi di illegittima interferenza nelle scelte o condotte di vita emotiva e sessuale in cui fattivamente si esprima l'inclinazione sessuale, giacché in entrambi i casi l'identità e la dignità delle persone colpite subirebbero gravi lesioni. Diversamente, poi, si verificherebbe il paradosso aggiuntivo per cui l'eguaglianza finirebbe per proteggere le minoranze sessuali che rinuncino a comportarsi conformemente alla loro attrazione accettando una sorta di imposizione pubblica al celibato o alla sessualità eterosessuale.

L'art. 3 della costituzione italiana, dopo avere precisato che l'eguale rispetto e considerazione sociale di tutti i membri della comunità civile rappresenta il fine/valore ultimo da salvaguardare e promuovere – "[t]utti i cittadini hanno pari dignità sociale" (art. 3, c. 1, cost.) –, prevede l'eguaglianza formale di tutti davanti alla legge senza distinzione di sesso, razza, lingua, religione, opinioni politiche e condizioni personali e sociali. Più in generale, la tendenza delle costituzioni recenti è di contenere un elenco più dettagliato di fattori di non-discriminazione – tal espansione si è talvolta realizza-

ta per via informale-interpretativa, ritenendosi non esaustiva la lista dei fattori di non-discriminazione, come nel caso dell'art. 14 CEDU con *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal* –, fattori dalla cui eterogenea natura si evince come l'eguaglianza protegga sia aspetti sicuramente culturali (opinioni politiche, condizioni sociali), sia condizioni personali immutabili (razza), difficilmente mutabili (sesso, religione) e normalmente mutabili (opinioni politiche, condizioni sociali, o condizioni personali *lato sensu*) in funzione di scelte. L'eguaglianza protegge dunque aspetti identitari che contraddistinguono gli esseri umani (sesso, razza, condizioni personali e sociali) e aspetti che, oltre ad assumere un indiscusso valore distintivo, necessitano di esprimersi tramite scelte o condotte individuali (religione, opinioni politiche), tanto da divenire l'oggetto di una scelta fondamentale (libertà di religione, di manifestazione del pensiero, d'associazionismo politico, e così via).

Su quest'ultimo punto s'impone tuttavia una precisazione. L'inesistenza (sovente riscontrabile nei testi costituzionali) di un pedissequo parallelismo tra divieto di discriminazione in ragione di un peculiare fattore, da un lato, ed espressa previsione di libertà avente questo come oggetto principale della scelta fondamentale, dall'altro, non deve essere vista come elemento da cui desumere l'intrinseca limitazione dell'eguaglianza a proteggere unicamente *status* immutabili insuscettibili di scelta. Ciò perché anzitutto esistono condizioni immutabili che, proprio per il fatto d'essere estranee al dominio della volontà, non richiedono di essere proiettate fuori dal principio di eguaglianza al fine di riconoscere un'irrealistica "liberta di *status*", sicché parrebbe un vero e proprio non senso garantire ipotetiche libertà di razza, colore, origine nazionale, ecc. In secondo luogo, poi, può anche non esservi una formale corrispondenza fra il divieto di discriminazione in ragione di una peculiare condizione personale difficilmente o normalmente mutevole (religione, opinioni politiche), e quindi fra *status* suscettibili di esprimersi ed inverarsi tramite condotte volontarie, ed espressa previsione di libertà avente questa per oggetto della scelta, ma in tal caso la simmetria fra i due profili può ragionevolmente essere ristabilita. In Canada, ad esempio, la sez. 15(1) della Carta delle diritti e delle libertà fondamentali (1982) non contempla le "opinioni politiche" fra i fattori di non di-

scriminazione, ma nessuno dubita della sua inclusione in qualità di *analogous ground*, giacché la libertà di esprimere il pensiero politico e di fondare partiti sono entrambe sussumibili sotto la sez. 2(b) della Carta. Non solo: in Canada nemmeno lo stato di gravidanza (*pregnancy*) e lo *status* coniugale (*marital status*) – tutte due condizioni personali mutabili – sono menzionati fra i fattori di non-discriminazione, ma la Corte Suprema non ha esitato tanto ad includerli tra i fattori di non-discriminazione implicitamente vietati, tanto a riconoscere i diritti fondamentali alla gravidanza e al matrimonio tramite il ricorso alla sez. 7 della Carta, ossia tramite la clausola di chiusura di portata valoriale secondo la quale "[e]veryone has the right to […] liberty […] and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice".

Una vicenda analoga è occorsa anche in Italia rispetto alla fattispecie del transessualismo. La Corte costituzionale italiana (sentenza 161/1985) ha contestualmente: (1) collocato l'identità sessuale fra le "condizioni personali e sociali" difficilmente mutabili, e (2) riconosciuto il "diritto all'identità sessuale", implicante una serie di facoltà/scelte (sottoposizione al trattamento medico-chirurgico per l'adeguamento dei caratteri sessuali, rettificazione del sesso nei registri civili, ecc.) specificate dalla legge 164 del 1982 e riconducibili all'art. 2 cost. nazionale[5]. La Corte rileva che "il transessuale, più che compiere una *scelta propriamente libera*, obbedisce ad un'esigenza incoercibile, alla cui soddisfazione è spinto e costretto dal suo '*naturale*' modo di essere[6]", e che l'art. 2 cost. "non è violato quando e per il fatto che sia assicurato a ciascuno il *diritto* di realizzare, nella vita di relazione, la propria identità sessuale, da ritenere *aspetto e fattore di svolgimento della personalità*"[7].

Tutto questo dimostra come la discriminatoria interferenza nella libertà (nucleo forte) costituisca l'inevitabile punto di connessio-

---

[5] Come noto l'art. 2 cost. italiana è interpretato ormai pacificamente come clausola aperta di riconoscimento dei diritti fondamentali: A. Barbera, *Art. 2*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Nicola Zanichelli Editore, Bologna, 1975, 50-122.

[6] Corte costituzionale, sentenza n. 161, 23 maggio 1985, punto 10 del Considerato in diritto (corsivo aggiunto).

[7] *Ibidem*, punto 10 del Considerato in diritto (corsivo aggiunto).

ne tra pura libertà e pura eguaglianza, sempre che il fattore di discriminazione sia tale da poter costituire anche l'oggetto di una scelta fondamentale. Infatti, le differenziazioni normative che si fondano su tali fattori possono ad un tempo concretizzarsi in interferenze rispetto alla libertà di compiere scelte fondamentali e in discriminazioni dirette o indirette di membri appartenenti a gruppi vulnerabili. Dunque la salvaguardia dell'orientamento sessuale – inteso come direzione sessuale dell'attrazione e delle condotte emotivo-sessuali, nonché come aspetto contrassegnante l'identità – può raggiungersi seguendo un duplice percorso costituzionale. Il primo consiste nel considerare l'orientamento sessuale come aspetto incluso fra i fattori di non discriminazione vietati. Tale assetto protettivo può essere a sua volta il frutto sia di un espresso riconoscimento delle minoranze sessuali come gruppo vulnerabile, sia di un implicito principio integrativo delle clausole antidiscriminatorie, in base al quale l'orientamento sessuale gode di copertura costituzionale antidiscriminatoria o perché incarna condizioni personali e/o sociali protette (art. 3 cost. italiana), o perché considerato un *analogous ground* (sez. 15(1) della Carta canadese, art. 14 CEDU) o eventualmente una *suspect classification* (XIV Emendamento cost. USA). Il secondo percorso consiste invece nel considerare la scelta della direzione della condotta emotivo-sessuale come un'opzione fondamentale sussumibile sotto specifici imperativi di libertà (privacy, matrimonio, dignità umana, ecc.) che insieme sostanziano un diritto fondamentale più ampio alla libertà sessuale.

Rispetto a tale quadro, nel libro si sono dedicati ampi spazi al matrimonio e all'esperienza sudafricana non tanto – o meglio, non solo – perché frammenti nuovissimi del dibattito sull'orientamento sessuale, ma soprattutto perché provano l'intrinseca connessione tra i vari aspetti costituzionali normativi e valoriali implicati, e perché dalla loro analisi possono trarsi insegnamenti esportabili anche in ordinamenti in cui la protezione delle minoranze sessuali non è ancora divenuta una realtà costituzionale effettiva. Rispetto al primo profilo, si è visto come prassi matrimoniali invalse da secoli nella stramaggioranza degli Stati ritengano la diversità sessuale dei nubendi alla stregua di un elemento *essenziale* per l'esistenza del vincolo coniugale, giacché diversamente verrebbe meno la sua *base naturali-*

stica. Pure in Italia il Tribunale di Latina ha recentemente ritenuto a monte non applicabili le norme internazional-privatistiche in materia di famiglia e matrimonio argomentando principalmente che il matrimonio del cittadino italiano con persona dello stesso sesso non è trascrivibile nei registri dello stato civile del comune di residenza perché contrario all'ordine pubblico; al riguardo il Presidente relatore ha posto l'accento narrativo sul fatto che "allo stato dell'evoluzione della società italiana, il matrimonio tra persone dello stesso sesso contrasta con la storia, la tradizione, la cultura della comunità italiana, secondo una valutazione recepita dal legislatore e trasfusa nelle norme di legge, sia di rango costituzionale sia ordinarie, già ripetutamente richiamate, di cui il giudice deve essere solo fedele interprete, indipendentemente dalle sue convinzioni personali, e che nessuna interpretazione evolutiva, pure ove fosse in sintonia con il comune sentire, potrebbe, oltre certi limiti, superare"[8]. In realtà, la comparazione fra l'esperienza dei pochissimi Paesi che riconoscono alle coppie dello stesso sesso l'accesso all'istituto matrimoniale (Olanda, Belgio, Spagna, Canada, Sudafrica) e quella di Stati tuttora ancorati a visioni tradizionali dimostra come siffatta esclusione sia improntata principalmente al mantenimento di costrutti culturali e/o religiosi sessisti, i quali contrastano con un'idea coerente e razionale di matrimonio inteso come diritto fondamentale. I tempi tuttavia sembrano cambiare, come sembra potersi evincere dalle prassi applicative

---

[8] Tribunale di Latina, Decreto 31 maggio – 10 giugno 2005 (Oggetto. Matrimonio tra individui dello stesso sesso contratto all'estero – Trascrizione nei registri dello stato civile – Rifiuto – Legittimità del decreto), in *Famiglia e diritto*, 2005, 4, 411. In dottrina si v.: *Il matrimonio*, Collana Trattato di Diritto Civile e Commerciale, Giuffrè editore, Milano, 2002, 278 ("[i]n diritto italiano, il matrimonio presuppone la diversità di sesso tra gli sposi […] (che però) non viene espressamente menzionata, in quanto costituisce condizione, per così dire, 'naturale' per contrarre matrimonio e la sua mancanza viene considerata da gran parte della dottrina come ragione di inesistenza del matrimonio, di modo che appare legittimo il rifiuto dell'ufficiale di stato civile di procedere alla pubblicazione del matrimonio tra persone dello stesso sesso"); M.R. Spallarossa, *Il matrimonio civile. Le condizioni per contrarre matrimonio*, in P. Zatti (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, vol. I, Giuffrè editore, Milano, 2002, 513 ("[i]l requisito della differenza di sesso, ritenuto 'condizione naturale', in base all'art. 29 Cost., risulta indirettamente dalla legge – artt. 107 e 143 c.c., nei quali il riferimento agli 'sposi' o ai 'coniugi' è completato con la specificazione 'marito' e 'moglie' – ").

d'alcune giurisdizioni domestiche degli Stati Uniti, le quali sottolineano come il mancato riconoscimento del *same-sex marriage* realizzi ingiustificabili lesioni di un diritto fondamentale, del divieto di discriminazione in base al sesso/genere e del principio di eguaglianza di fronte alla legge, ovvero inaccettabili compressioni del bene giuridico anzitutto intangibile di dignità umana. Questo si è sostenuto con esiti fruttuosi solo in Massachusetts con *Goodridge*, ma l'incidenza di questo precedente sembra ora influire positivamente sulle prassi applicative d'altre giurisdizioni statunitensi interne – da ultimo, il 31 agosto 2007, una Corte distrettuale dello Iowa ha utilizzato i medesimi argomenti per dichiarare l'incostituzionalità della legge matrimoniale statale[9].

In Sudafrica, l'espresso imperativo costituzionale di non-discriminazione in ragione dell'orientamento sessuale ha avuto un ruolo cardine nell'elaborazione di una teoria coerente e razionalmente decostruita sui diritti fondamentali. La clausola di protezione espressa delle minoranze sessuali ha assunto un ruolo centrale nella rivendicazione dei *gay rights*, ma la prassi applicativa ha dimostrato altresì l'essenzialità di altri disposti costituzionali, quali le sezz. 10 (*human dignity*), 14 (*privacy*) e 28(2) (*the best interest of the child*) cost. finale. L'utilizzo cumulativo di questi disposti (*equal liberty argument*) ha consentito la protezione d'interessi fondamentali delle minoranze sessuali, dal momento che ha imposto alle Corti di invalidare una congerie di previsioni normative che criminalizzavano la *same-sex activity*, negavano alle *same-sex couples* benefici accordati alle *opposite-sex couples* (in materia di immigrazione, impiego e lavoro, successione, matrimonio), e impedivano agli omosessuali, singolarmente o in coppia, di esercitare diritti genitoriali tradizionalmente riconosciuti agli eterosessuali (in materia di adozione e procreazione assistita).

La sez. 9 cost. finale esprime contemporaneamente il riconoscimento del *diritto* a non subire *unfair discrimination* lesive della dignità e dei *valori* dell'antirazzismo, antisessismo e rigetto dell'omofobia, sicché l'interpretazione del *Bill of Rights* e del diritto sotto-

---

[9] *Katherine Varnum et al.* v. *Timothy J. Brien*, Case No. CV5965 (Iowa District Court for Polk County, 31 August 2007).

stante *deve* essere compiuta alla luce di siffatto sistema obiettivo di valori costituzionali. La giurisprudenza delle Corti, *in primis* della Corte costituzionale, ha enfatizzato la duplice portata e le implicazioni d'entrambi gli aspetti. Giudici, avvocati, altri *adjudicators*, istituzioni private e cittadini sono tutti vincolati – in virtù dell'espressa applicazione del *Bill of Rights* ai rapporti verticali e a quelli orizzontali – al rispetto del diritto a non subire irrispettose *unfair discriminations* e all'interpretazione dell'ordinamento secondo una prospettiva valoriale neutralizzata riguardo a questioni concernenti l'orientamento sessuale. Le decisioni giudiziali in tema di orientamento sessuale dimostrano l'abbandono dell'atteggiamento omofobico che contraddistinse la fase antecedente l'emanazione delle costituzione transitoria, ad esempio in tema di custodia minorile o di diritti di natura genitoriale, finalizzati al conseguimento del migliore interesse del bambino. In tal senso, la sez. 9 cost. finale impone agli interpreti di decidere secondo un paradigma normativo maggiormente decostruito e applicabile a qualunque orientamento sessuale. Da un punto di vista costituzionale, gli omosessuali e i bisessuali non sono persone anormali o deviate, ma al contrario conducono vite produttive e soddisfacenti al pari degli eterosessuali, ed è tale visione valoriale che sta alla base del mutato atteggiamento giudiziale.

La vicenda costituzionale sudafricana sull'orientamento sessuale è significativa soprattutto per questo, e in tal senso concludo esprimendo piena adesione all'idea espressa da Albie Sachs nel *sodomy case*. Concorrendo con Ackermann J., estensore dell'opinione di maggioranza, Albie Sachs riconosce che l'espunzione della normativa discriminatoria nei confronti delle minoranze sessuali richieda per lo meno l'adesione a due principi base. Il primo è che si presti "appropriata considerazione al modo in cui il pregiudizio antigay lede la dignità dei membri della comunità gay, ponendo al centro il modo in cui la normativa […] rinforza lo svantaggio sistemico sia da un punto di vista pratico che spirituale". Tuttavia, Albie Sachs è consapevole del fatto che ciò solo non sia sufficiente al fine dell'espunzione dei *sodomy laws* e delle altre misure discriminatorie nei confronti delle minoranze sessuali. È dunque necessario, in seconda battuta, che "non si adotti il punto di vista del cosiddetto legislatore ragionevole, che accetta come obiettivi tutti i pregiudizi

della società eterosessuale così come sono incorporati nelle leggi in questione, e che invece si risponda alle istanze dei ricorrenti guardando al problema secondo la prospettiva di quelli le cui vite e il senso di valore individuale è impattato dalle misure"[10]. Ed è così che si ritorna all'idea, sviluppata in questo libro, che il diritto al libero orientamento sessuale possa divenire effettivo solo laddove si sia ragionevolmente disposti a depurare diritti e valori costituzionali dalle visioni maggioritarie irrazionali, sì che tale opera di decostruzione normativa possa sortire l'effetto di includere e riconoscere le visioni minoritarie e di ristabilire un'oggettività dei valori costituzionali intesa come validità intersoggettiva e idealmente universale.

---

[10] *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Another v. Minister of Justice and other* 1999 (1) SA 6 (CC); 1998 (12) BCLR 1517 (CC), § 121.

Appendice I

LESBIAN, GAY AND BISEXUAL RIGHTS CHARTER (SOUTH AFRICA 1993)

Preamble

As lesbians, gay men and bisexuals, we commit ourselves to building a non-racial, non-sexist, non-homophobic and democratic South Africa.

Together with all other South Africans, we claim our rights to freedom from discrimination, oppression and exploitation because of our race, gender, sex, ethnic or social origin, color, sexual orientation, age, disability, religion, conscience, belief, culture or language.

We believe that we are entitled to the fundamental rights and methods of implementation contained in this Charter.

FUNDAMENTAL RIGHTS

A. *Equality*

As lesbians, gay men and bisexuals, we have a right to equality before the law and to equal protection of the law.

A Bill of Rights, anti-discrimination laws and other corrective measures shall be introduced to ensure adequate recognition and protection of this right.

All statutory and common law crimes which directly or indirectly infringe the principle of non-discrimination on grounds of sexual orientation, shall be abolished.

B. *Dignity*

We have a right to respect for and protection of our dignity.

Laws and remedies shall be introduced to ensure adequate protection of this right.

We require particular protection against being harassed, abused or subjected to demeaning and degrading treatment.

C. *Privacy*

We have a right to the protection of our personal privacy.

Unless justified on grounds which are generally and equally applicable to all other people, we shall not be subjected to searches of our persons, homes or property, seizure of our private possessions or violation of our private communications.

D. *Freedom of Expression*

We have the same right as all other people to freedom of speech and expression, including freedom of the press and other media.

Material which promote lesbian, gay and bisexual causes and interests shall be included in this freedom.

We have a right to assemble, to demonstrate and to present petitions.

E. *Freedom of Association*

We have the same right as all other people to freedom of association, including the right to form relationships and to live together.

The law shall recognize the right of two people of the same gender to legalize their relationship as registered partnership. Which shall include the right to share property and wealth, to inherit, to next-of-kin status, and to share nationality. This shall also include socio-economic and employment benefits such as insurance, pensions, taxation, housing, medical aid, and compassionate leave.

Whether we are in a registered partnership or not, we shall have the same rights as all other people in respect of children. This shall include the right to produce children through alternative insemination, to adopt, foster and have custody and guardianship of children, and to enjoy maternity/paternity leave benefits.

METHODS OF IMPLEMENTATION

As lesbians, gay men and bisexuals, we are entitled to the enforcement of our rights, which shall include the following corrective measures:

A. *Education*

Non-discriminatory education about gender, sexual orientation and sexuality shall be included in the curricula of schools, tertiary institutions, and youth and community programmes.

Staff in health, welfare, police and other law enforcement agencies, and in the armed forces, administration of justice and public service, shall receive training on issue relating to gender, sexual orientation and sexuality, including education on new non-discriminatory laws and measures.

We call and encourage the private sector, the trade union movement and political parties and organizations to include non-discriminatory material on gender, sexual orientation and sexuality in their educational programmes.

We call on and encourage religious communities of all faiths to understand the faith experiences and other life experiences of lesbians, gay men and bisexuals, and to accept and promote full participation by lesbians, gay men and bisexuals in the life of their religious community.

B. *Law and the courts*

All laws shall be reviewed to ensure that they follow the principles of non-discrimination and equality before the law, as enshrined in the Bill of Rights.

The law relating to sexual acts shall, regardless of the gender and sexual orientation of the participants, focus on whether there was actively given consent, deal with sexual violence and abuse, and set a uniform age of consent.

The same standards shall apply in sentencing in cases involving sexual harassment, abuse or violence, regardless of whether the conduct is heterosexual, bisexual or homosexual.

The same standards shall apply in censoring exploitative or violent sexual acts in the media, regardless of whether the acts are heterosexual, bisexual or homosexual.

C. *Policing*

Harassment and entrapment of lesbians, gay men and bisexuals by the police and other law enforcement bodies, shall be unlawful.

Police and other law enforcement bodies shall protect all people against abuse, including the prevention of harassment, victimization and 'bashing' of lesbians, gay men and bisexuals.

D. *Access to complaints, services and information*

Lesbian, gay men and bisexuals shall have equal access to all channels and bodies created for the reporting, investigating and hearing of complaints relating to abuse, victimization and discrimination.

We shall also have equal access to all public facilities providing advice, information, support, counselling, health care and welfare services.

Youth and students in particular shall have access to sex education and to counselling to give them support with discovering their sexuality.

E. *Employment*

It shall be an 'unfair labour practice' for employers to harass, abuse or discriminate against employees because of their sexual orientation.

Lesbian, gay or bisexual employees, including teachers and others working with young people, shall not be victimized if they are open about their sexual orientation in the workplace.

Lesbians, gay men and bisexuals shall have equal access to employment in the armed forces.

F. *Hospitals and prisons*

Lesbians, gay men and bisexuals shall have equal access to visit partners/lovers in hospitals and other places of care.

We shall also have equal access to visit partners/lovers in prison and other places of custody.

Lesbian, gay or bisexual prisoners shall be protected from harassment and abuse.

G. *Immigration*

Sexual orientation shall not be a basis for discrimination in decision-making regarding applications for immigration or asylum.

Persecution because of sexual orientation should be accepted as a ground for granting asylum status.

A registered partnership shall be recognized as a basis for admission to immigrate or permanent residence status.

Nationally endorsed on 11 December 1993

Appendice II

U.N. DRAFT RESOLUTION ON HUMAN RIGHTS AND SEXUAL ORIENTATION[1]

UNITED NATIONS
Economic and Social Council

E/CN. 4/2003/L.92
17 April 2004

[…]

Commission on Human Rights
Fifty-ninth session
Agenda item 17

PROMOTION AND PROTECTION OF HUMAN RIGHTS

Austria, Belgium, Brazil, Canada, Czech Republic, Denmark, Finland, France, Germany, Greece, Ireland, Italy, Liechtenstein, Luxembourg, Netherlands, Norway, Portugal, Spain, Sweden and United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland: draft resolution

2003/… Human rights and sexual orientation

The Commission on Human Rights,

---

[1] In origine la risoluzione fu proposta dal Brasile, e portata innanzi alla *Commission on Human Rights* il 17 aprile 2003 (59esima sessione). A causa di rilievi di natura procedurale, la Commissione decise di rinviare la discussione e l'approvazione della risoluzione fu rinviata ad una delle successive sessioni. Qui si riporta unicamente la decisione adottata dalla Commissione sul *draft resolution.*

Reaffirming the Universal Declaration of Human Rights, the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, the International Covenant on Civil and Political Rights, the International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination, the Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against women, the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment and the Convention on the Right of the Child,

Recalling that recognition of the inherent dignity and of the equal and inalienable rights of all members of the human family is the foundation of freedom, justice and peace in the world,

Reaffirming that the Universal Declaration of Human Rights affirms the principle of inadmissibility of discrimination and proclaims that all human beings are born free and equal in dignity and rights and that everyone is entitled to all the rights and freedom set forth therein without distinction of any kind,

Affirming that human rights education is a key to changing attitudes and behaviour and to promoting respect for diversities in societies,

1. Expresses deep concern at the occurrence of violations of human rights in the world against persons on the ground of sexual orientation;

2. Stresses that human rights and fundamental freedoms are the birthright of all human beings, that the universal nature of these rights and freedoms is beyond the question and that enjoyment of such rights and freedoms should not be hindered in any way on the grounds of sexual orientation;

3. Calls upon all states to promote and protect the human rights of all persons regardless of their sexual orientation;

4. Notes the attention given to human rights violation on the grounds of sexual orientation by the special procedures in

their reports to the Commission on Human Rights, as well as by treaty monitoring bodies, and encourages all special procedures of the Commission, within their mandate, to give due attention to the subject;

5. Requests the United Nation High Commissioner of Human rights to pay due attention to the violation of human rights on the ground of sexual orientation;

6. Decides to continue consideration of the matter at its sixtieth session under the same agenda item.

Appendice III

TAVOLA DELLA GIURISPRUDENZA CITATA

AUSTRIA

Vfgh V4/06 (08/06/2006)

BOTSWANA

Utjiwa Kanane v. *The State*, Criminal Trial Court No F94/1995 (22 March 2002).

Utjiwa Kanane v. *The State*, Criminal appeal No 9 of 2003 (30 July 2003).

CANADA

Andrews v. Law Society of British Columbia (1989) 1 SCR 143.

B. v. A. (1990), 1 OR (3d) 569; 29 RFL (3d) 258 (Master).

Barbeau v British Columbia (Attorney General) [2003] 225 D.L.R. (4th) 472, 2003 BCCA 251 (British Columbia Court of Appeal).

Boutilier v Nova Scotia (Attorney General) [2004] N. S.J. No. 357 (QL) (Nova Scotia Supreme Court).

Canada (Attorney General) v. Mossop (1993) 1 S.C.R. 554, 100 D.L.R. (4th) 658.

Canada (Attorney General) v. Ward (1993) 2 SCR 689, (1993) 103 DLR (4th) 1.

Canada v. Owen (1993), 70 FTR 308; 110 DLR (4th) 339.

Catholic Civil Rights League v Hendricks 2004 CanLII 20538 (*Québec Court of Appeal*, 19 March 2004).

Dunbar & Edge v Yukon (Government of) & Canada (A.G.) 2004 YKSC 54 (Yukon Supreme Court).

EGALE Canada Inc. v. Canada (Attorney General), [2001] 95 B.C.L.R. (3d) 122, 88 C.R.R. (2d) 322, B.C.S.C. 1365 (B.C. Sup. Ct.).

EGALE Canada Inc. v. *Canada (Attorney General)*, [2003] 225 D.L.R. (4th) 472 (B.C. Ct. App.).

Egan v. Canada (1993) 3 F.C. 401, 103 D.L.R. (4th) 336 (C.A.).

Egan v. Canada (1995) 2 S.C.R. 513, 124 DLR (4th) 609 (Suprema Corte canadese).

Haig & Birch v. Canada, [1992] 94 D.L.R. (4th) 1, 9 O.R. (3d) 495 (Ontario Court of Appeal).

Halm v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1995] 2 F.C. 331, 91 F.T.R. 106, 28 Imm. L.R. (2d) 252 (Federal Court Trial Division).

Halpern v Canada (Attorney General) [2003] 225 D.L.R. (4th) 529, 2003 CanLII 26403 (Ontario Court of Appeal).

Halpern v. Canada (Attorney General), [2002] 215 D.L.R. (4th) 223, 60 O.R. (3d) 321 (Ont. Sup. Ct. Justice (Div. Ct.).

Halpern v. Canada (Attorney General), [2003] S.C.C.A. N. 337.

Harrison v. Canada (Attorney General), [2005] N. B.J. No. 257 (Q.L.) (*Court of Qeen's Bench*, 23 june 2005).

Hendricks v. Québec (Procurer General), (2002) R.J.Q. 2506 (Québec Supreme Court).

Knodel v. British Columbia, 58 BCLR (2d) 356, 363 (1991).

L.C. v. C.C. (1992), 10 OR (3d) 254 (Ge. Div.).

Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (1999) 1 S.C.R. 497 (Corte Suprema canadese).

Layland v. Ontario (Minister of Consumer and Commercial Relations) (1993) 14 O.R. (3d) 658 (Div. Ct).

Ligue catholique pour les droits de l'homme c. Hendricks, [2004] J.Q. No. 2593 (Q.L.) (Que. C.A., 19 mars 2004).

M. M. v. J. H., [2004] CanLII 49968 (Ont. S.C.), N°04-FP-297613-FIS.

M. v. H. (1999) 2 R.C.S. 3 (Suprema Corte canadese).

McKinney v. University of Guelph (1990) 3 S.C.R. 229 (Suprema Corte canadese).

Miron v. Trudel (1995) 2 R.C.S. 418, (1995) 124 DLR (4th) 693 (Suprema Corte canadese).

N. W. v Canada (Attorney General) 2004 SKQB 434 (Court of Queen's Bench of Saskatchewan).
North v. Matheson, [1974] 52 D.L.R. (3d) 280, 20 R.F.L. 112 (Man. Co. Ct.).
Pottle et al. v. Attorney General of Canada et. al., 2004 01T 3964, 21 dicembre 2004 (Supreme Court Nfld. And Lab. (T.D.).
R. v. Carmen M., [1995] 23 O.R. (3d) 629 (Ontario Court of Appeal).
R. v. Klippert, (1967) S.C.R. 822 (Corte Suprema canadese).
R. v. M. (C.), [1995] 23 O.R. (3d) 629, 30 C.R.R. (2d) 112, 98 C.C.C. (3d) 481 (Ontario Court of Appeal).
R. v. Roy, [1995] R.J.Q. 282 (C.Q.).
R. v. Roy, [1998] 125 C.C.C. (3d) 442 (Québec Court of Appeal).
Re. K and B (1995) 125 DLR 4th 653 (*Provincial Division of Ontario Court*).
Reference re Same-sex Marriage (2004) S.C.C. 79 (Corte Suprema canadese).
Reference re Same-sex Marriage, [2004] 3 S.C.R. 698, 2004 SCC 79 (9 December 2004).
Vogel v Canada (Attorney General) [2004] M.J. No. 418 (QL) (Court of Queen's Bench of Manitoba).
Vriend v. Alberta (1998) 1 S.C.R. 493 (Suprema Corte canadese).
Vriend v. Alberta, [1994] 152 A.R. 1 (Qeen's Bench of Alberta).

CEDU

A. D. T. v. United Kingdom, App No. 35765/97 (31/07/2000).
C.M. & L.M. v. the United Kingdom, App. No. 14753/89 (9 ottobre 1989).
Christine Goodwin v. United Kingdom, App. No. 28957/95 (11/07/2002).
Cossey v. the United Kingdom, App. No. 10843/84 (27 settembre 1990).
Dudgeon v. United Kingdom, App. No. 7525/76 (22/10/1981).
Fretté v. France, App. No. 36515/97 (26 febbraio 2002).
Inze v. Austria, App. No. 8695/79 (28/10/1987)
Karner v. Austria, ECHR, App. No. 40016/98 (24 luglio 2003).

L. and V v. Austria, App. No. 39392/98, 39829/98 (09/01/2003).
Laskey, Jaggard and Brown v. the United Kingdom, App. No. 21627/93, 21826/93, 21974/93, (19 febbraio 1997).
Lustig-Prean & Beckett v. the United Kingdom, App. no. 31417/96 e 32377/96 (27/09/1999).
Modinos v. Cyprus, App. No. 15070/89 (22/04/1993).
Norris v. Ireland, App. No. 10581/83 (26/10/1988).
Rees v. the United Kingdom, App. No. 9532/81 (17 ottobre 1986).
S.L. v. Austria, App. No. 45330/99 (09/01/2003).
Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal, App. No. 33290/96 (21/12/1999).
Sheffield and Horsham v. United Kingdom, App. No. 22985/93, 23390/94, (30/07/1998).
Smith & Grady v. the United Kingdom, App. no. 33985/96 e 33986/96 (27/09/1999).
Van Oosterwijc v. Belgium, report 13/03/1979.
X, Y and Z v. United Kingdom, App. No. 21830/93 (22/04/1997).

ECUADOR

Sentencia No. 111-97-TC (in *Registro Oficial*, Supplement, No. 203, Nov. 27, 1997) (Tribunal Constitucional del Ecuador).

FIJI ISLANDS

McCoskar v. The State [2005] FJHC 500; HAA0085 & 86.2005 (26 August 2005) (Constitutional Court).

FRANCIA

Cour de cassation. Premiére Chambre civile: Arrêt n. 511 du 13 mars 2007.

GERMANIA

Blinkfeurer (*BVerfG* 25 256).
Lüth (*BVerfG* 7 198).

IRLANDA

CM v. TM [1991] I.L.R.M. 268 .
McKinley v. Minister of Defence [1992] 2 IR 333.
Meskell v. Córas Iompair Éireann [1973] IR 121.

ITALIA

Giurisprudenza costituzionale:

Corte costituzionale, sentenza n. 56, 3 ottobre 1958.
Corte costituzionale, sentenza n. 98, 26 luglio 1979.
Corte costituzionale, sentenza n. 161, 23 maggio 1985.
Corte costituzionale, sentenza n. 404, 24 marzo 1988.
Corte costituzionale, sentenza n. 559, 12 dicembre 1989.
Corte costituzionale, sentenza n. 372, 24 ottobre 1994.
Corte costituzionale, sentenza n. 304, 3 luglio 2002.
Corte costituzionale, sentenza n. 494, 28 novembre 2002.
Corte costituzionale, sentenza n. 196, 5 giugno 2003.
Corte costituzionale, sentenza n. 2, 13 gennaio, 2004.
Corte costituzionale, sentenza n. 372, 2 dicembre 2004.
Corte costituzionale, sentenza n. 378, 6 dicembre 2004.
Corte costituzionale, sentenza n. 379, 6 dicembre 2004.
Corte costituzionale, sentenza n. 353, 4 luglio 2006.

Giurisprudenza civile:

Tribunale di Latina, Decreto 31 maggio-10 giugno 2005 (Oggetto. Matrimonio tra individui dello stesso sesso contratto all'estero – Trascrizione nei registri dello stato civile – Rifiuto – Legittimità del decreto).

Giurisprudenza Amministrativa:

TAR TOSCANA, sez. I, sentenza n. 49, 9 febbraio 1996.

Giurisprudenza della Corte di Cassazione:

Corte di Cassazione Civile, Sezione III, sentenza n. 2988, 28 marzo 1994.
Corte di Cassazione Civile, Sezione I, sentenza n. 3503, 4 aprile 1999.
Corte di Cassazione Civile, Sezione III, sentenza n. 5658, 9 giugno 1998.

Corte di Cassazione Penale, Sezione IV, sentenza n. 33305, 4 ottobre 2002.
Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, sentenza n. 5044, 11 marzo 2004.
Corte di Cassazione, Sezione III, sentenza n. 15760, 12 luglio 2006.

NAMIBIA
Chairperson of the Imigration Selection Board v. *Frank & Khaxas*, case SA 8/99, 5 march 2001.

NUOVA ZELANDA
Quilter v. Attorney General, [1998] 1 NZLR 523 (Court of Appeal).

OLANDA
HR 19 oktober 1990, NJ 1992, 192, m.nt. EAAL en EAA (homohuwelijk) (Corte Suprema olandese: *Hoge Raad*).
RB Amsterdam 13 februari 1990, NJCM-Bulletin 1990, p. 456-460, m.nt. K. Boele-Woelki en P.C. Tange (Corte distrettuale di Amsterdam).

REGNO UNITO
Corbett v. Corbett (No. 2), [1970] 2 All E.R. 33 (Court of Divorce & Matrimonial Causes).
Ghaidan v. Godin-Mendoza [2003] 2 WLR 478 (CA).
Hyde v. Hyde and Woodmansee (1866), L.R. 1 P. & D. 130 (Eng. High Court Probate, Divorce & Admiralty Div.).

REPUBBLICA SUDAFRICANA
Amod v. Multilateral Motor Vehicle Accidents Fund 1998 (4) SA 753 (CC); 1998 (10) BCLR 1207 (CC).
Barnstein and Others v. Bester and Others No 1996 (2) SA 751 (CC); 1996 (4) BCLR 449 (CC).

Bato Star Fishing (Pty) Ltd v. The Minister of Environmental Affairs and Tourism and others 2004 (4) SA 409 (CC); 2004 (7) BCLR 687 (CC).

Bhe v. Magistrate, Khayelitsha and others, Case CCT 49/03.

Botha and Another v. Mthiyane and Another 2002 (4) BCLR 389 (W).

Brink v. Kitshoff NO 1996 (4) SA 197 (CC); 1996 (6) BCLR 752 (CC).

Bronn v. Frits Bronn's Executors 1860 3 SC 313

Carmichele v. Minister of Safety and Security (Centre for Applied Legal Studies intervening) 2001 (4) SA 938 (CC).

Certification of the Constitution of the republic of South Africa, 1996, In Re: Ex parte Chairperson of the Constitutional Assembly 1996 1996 (4) SA 744 (CC); 1996 (10) BCLR 1253 (CC).

Coetzee v. Government of the Republic of South Africa 1995 (4) SA 631 (CC).

Daniels v. Campbell NO and Others 2004 (5) SA 331 (CC); 2004 (7) BCLR 735 (CC).

Dawood and another v. Minister of Home Affairs and others; Shalabi v. Minister of Home Affairs; Thomas v. Minister of Home Affairs 2000 (3) SA 936 (CC); 2000 (8) BCLR 837 (CC).

Du Perez v. The Minister of Justice and Constitutional Development (Eastern Cape High Court, ECJ No: 024/2006, Reg. 368/2004, 13 April 2006).

Du Plessis and Others v. De Klerk and Another 1996 (3) SA 850 (CC); 1996 (5) BCLR 658 (CC).

Du Plessis v. Motorvoertuigongelukkefonds 2002 (4) SA 596 (T).

Du Plessis v. Road Accident Fund 2003 (11) BCLR 1220 (SCA).

Du Toit and Another v. Minister of Welfare and Population Development and Others 2001 (12) BCLR 1225 (T).

Du Toit and Another v. Minister of Welfare and Population Development and Others 2003 (2) SA 198 (CC); 2002 (10) BCLR 1006 (CC).

East Zulu Motors (Pty) Ltd v. Empangeni/Ngwelezane Transitional Local Council and Others 1998 (2) SA 61 (CC); 1998 (1) BCLR 1 (CC).

Estate Canham v. The Master 1909 26 SC 166.

Ferriera v Levin NO 1996 1 BCLR 1 (CC).

Fourie and Another v. Minister of Home Affairs and Others, 2005 (3) BCLR 241 (SCA); 2005 (3) SA 429 (SCA).

Fourie and Bonthuys v. Minister of Home Affairs and Another, 2003 (10) BCLR 1092 (CC); 2003 (5) SA 301 (CC).

Fourie and Bonthuys v. Minister of Home Affairs and Another, Case No 17280/2002, 19 September 2002, (*High Court – Transvaal Provincial Division*).

Fraser v. The Children's Court, Pretoria North and other 1997 (2) SA 261 (CC); 1997 (2) BCLR 153 (CC).

Gory v Kolver No and others 2006 (7) BCLR 775 (T).

Government of RSA and Others v. Grootboom and Others 2001 (1) SA 46 (CC).

Greyling v. Minister of Welfare and Population Development Case No 8197/98 WLD (Witwatersrand Division of High Court).

Harksen v. Lane NO and Others 1998 (1) SA 300 (CC); 1997 (11) BCLR 1489 (CC).

Hoffmann v. South African Airways 2001 (1) SA 1 (CC); 2000 (11) BCLR 1235 (CC).

Hugo v. President of the Republic of South Africa and Another 1996 (4) SA 1012 (D).

Ismail v. Ismail 1983 (1) SA 1006 (A).

J and B v. Director-General, Department of Home Affairs and Other, Case No 1906/2002, October 2002 (*High Court – Durban and Coast Local Division*).

J and B v. Director-General, Department of Home Affairs and Others 2003 (5) SA 621 (CC); 2003 (5) BCLR 463 (CC) Case CCT 46/02 (*Constitutional Court*).

Jooste v. Botha 2000 (2) BCLR 187 (T).

Jooste v. Score Supermarket Trading (Pty) Ltd (Minister of Labour intervening) 1999 (2) SA 1 (CC); 1999 (2) BCLR 139 (CC).

Khosa and others v. Minister of Social Development and others; Mahlaule and others v. Minister of Social Development and others 2004 (6) BCLR 569 (CC).

Khumalo and others v. Holomiza 2002 (5) SA 401 (CC); 2002 (8) BCLR 771 (CC).

Langemaat v. Minister of Safety & Security and others 1998 (3) SA 312 (T).

Larbi-Odam v. MEC for Education (North West Province) and another 1998 (1) SA 745 (CC); 1997 (12) BCLR 1655 (CC).

Leonard Dingler Employee Representative Council v. Leonard Dingler (Pty) Ltd (1998) 19 ILJ 285 (LC); (1997) 11 BLLR 1438 (LC).

Low v. BP Southern Africa Pension Fund, Case No PFQ/WE/9/98 (2-12-98), in http://www.fsb.co.za/pfa/low.htm.

Mabaso v. Law Society of the Northern Provinces Case CCT 76/03.

Mark Gory v. *Daniel Kolver and Others*, Case CCT 28/06, 23th November 2006 (Constitutional Court).

Martin v. Beka Provident Fund, Case No PFA/GA/563/99 (8-6-99), in http://www.fsb.co.za/pfa/martin. htm.

Minister of Finance and others v. Van Heerden, 2004 (11) BCLR 1125 (CC).

Minister of Home Affaire and Another v. Fourie and Others; *Lesbian and Gay Equality Project and Others v. Minister of Home Affairs and Others*, 2006 (3) BCLR (CC).

Minister of Welfare and Population Development v. Fitzpatrick and Others 2000 (3) SA 422 (CC); 2000 (7) BCLR 713 (CC).

Moseneke and Others v. Master of the High Court 2001 (2) BCLR 103 (CC).

Muir R. v. Mutual and Federal Pension Fund, Case No PFA/WE/2932/01/SM (13-05-2002) in http://www.fsb.co.za/pfa/muir.htm.

Nalana v. R 1907 TS 407.

National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Another v. Minister of Justice and other 1999 (1) SA 6 (CC); 1998 (12) BCLR 1517 (CC).

National Coalition for gay and lesbian Equality and Others v. Minister of Justice and Others 1998 (6) BCLR 726 (W) (*SA High Court*).

National Coalition for Gay and Lesbian Equality and others v. Minister of Home Affairs and others 1999 (3) SA 173 (C); 1999 (3) BCLR 280 (C).

National Coalition for Gay and Lesbian Equality and others v. Minister of Home Affairs and others 2000 (2) SA 1 (CC); 2000 (1) BCLR 39 (CC).

Ntandazeli Fose v. Minister of Safety and Security 1997 (3) SA 786 (CC); 1997 (7) BCLR 851 (CC).

President of The Republic of South Africa and Another v. Hugo 1997 (6) BCLR 708 (CC); 1997 (4) SA 1 (CC).

Pretoria City Council v. Walker 1998 (3) BCLR 257 (CC); 1998 (2) SA 363 (CC).

Prinsloo v. Van der Linde and another 1997 (6) BCLR 759 (CC); 1997 (3) SA 1012 (CC).

R v. Curtis 1926 CPD 385.

R v. Fatima 1912 TPD 59.

R v. Gough and Narroway 1926 CPD 159.

R v. K. & F 1932 EDL 71.

R v. N 1961 3 SA 147 (T).

R.v. M 1969 1 SA 328 (R).

Robinson and Another v. Volks No and Others, Case CCT 7178/03 (*Cape High Court*), 18th March 2004.

S v. Zuma and Others 1995 2 SA 642 (CC).

S v. Ntuli 1996 (1) BCLR 1 (CC).

S v. H 1993 (2) SACR 545 (C).

S v. J 1998 (4) BCLR 424 (SCA).

S v. Jordan (Sex Workers education and Advocacy Task Force and Others as Amici Curiae) 2002 (6) SA 642 (CC); 2002 (11) BCLR 1117 (CC)

S v. K 1997 (4) ALL SA 129 (C) (Cape of Good Hope Provincial Division).

S v. Lawrence, S v Negal, S v Solberg 1997 4 SA 1176 (CC).

S v. Makwanyane and another 1995 3 SA 391 (CC); 1995 (6) BCLR 665 (CC).

S v. Matsemela 1988 2 SA 254 (T)

S v. Mello 1998 3 SA 712 (CC)

S v. V 1967 2 SA 17 (E)

S v. Williams 1995 3 SA 632 (CC)

Satchwell v. The President of the Republic of South Africa and Another 2001 (12) BCLR 1284 (T).

Satchwell v. The President of the Republic of South Africa and Another 2002 (6) SA 1 (CC); 2002 (9) BCLR 986 (CC).

Satchwell v. The President of the Republic of South Africa and Another 2003 (4) SA 266 (CC); 2004 (1) BCLR 1 (CC).

Schana v. Control Instrument (PTY) LTD 1991 12 ILJ.
Seedat's Executors v. The Master (Natal) 1917 AD 302.
Shabalala and Others v. The Attorney-General of the Transvaal and Another 1996 1 SA 725 (CC).
TWC v. Rentokil Pension Fund, Case No PFA/KZN/129/98 (26-10-98), in http://www.fsb.co.za/pfa/chapman. htm.
V v. V 1998 (4) SA 169 (C).
Van der Walt v. Metcash Trading Limited 2002 (4) SA 317 (CC); 2002 (5) BCLR 454 (CC).
Van Rooyen v. Van Rooyen 1994 (2) SA 325 (W); 2001 (2) ALL SA 37 (T) (Transvaal Provincial Division).
W v. W 1976 (2) SA 308 (W).

STATI UNITI D'AMERICA (giurisprudenza federale e statale)

Able v. United States, 968 F. Supp. 850 (E.D.N. Y; July 2, 1997), *rev'd*, 1998 U.S. App. LEXIS 23359 (2d Cir.; September 23, 1998).
Adarand Constructors Inc. v. Pena, 515 U.S. 200 (1995) *(Adarand I).*
Adarand Constructors Inc. v. Slater, 528 U.S. 216 (2000) *(Adarand II).*
Alaska Civil Liberties Union v. State, 122 P.3d 781, 96 Fair Empl. Proc. Cas. (BNA) 1428 (Alaska S. Ct., 28 Oct. 2005).
American civil Liberties Union of Tennessee v. Darnell, 195 S.W.3d 612 (Tenn. S. Ct. 2006).
Andersen v. *King County*, 2004 WL 1738447 (Wash. Super. Ct. 2004).
Andersen v. *King County*, 158 Wash.2d 1, 138 P.3d 963 (Wash. S.Ct. 2006).
Anderson and Another v King County and Others (Superior Court of the State of Washington for King County, Memorandum Opinion No. 04-2-04964-4 SEA, 4 August 2004).
Anonimus v. Anonimus, 67 Misc.2d 982, 325 N. Y.S.2d 499 (N. Y. S.Ct. 1971).
Baehr v. Lewin, 852 P.2d 44 (Haw. 1993).
Baher v. Miike, 994 P.2d 566 (Haw. 1999).
Baher v. Miike, CIV. No. 91-1934, 1996 WL 694235 (Haw. Cir. Ct. Dec. 3, 1996).

Baker v. Nelson, 191 N. W. 2d 185 (Minn. 1971), *appeal dismissed* 409 U.S. 810 (1972).

Baker v Wade, 774 F.2d 1285 (5th Cir 1985).

Baker v. State of Vermont, 744 A.2d 864, No. 1009-97CnC (Vermont Supreme Court 1999).

Baker v. Wade, 553 F. Supp. 1121 (N. D. Tex. Aug. 17, 1982), *aff'd on other grounds*, 743 F.2d 236 (5th Cir. Sept. 21, 1984), *application for en banc hearing granted* (5th Cir. Jan. 28, 1985), *cert. denied*, 478 U.S. 1022 (1986).

Balthazar v. Superior Court, 573 F.2d 698, 702 (1st Cir.1978).

Bell v. Maryland, 378 U.S. 226 (1964).

Ben-Shalom v. Marsh, 703 F. Supp. 1372 (E.D. Wis. 1989); 881 F.2d 454 (7th Cir. 1989), *cert. denied*, 494 U.S. 1004 (1990).

Board of Trustees of the University of Alabama v. Garrett, 531 U.S. 356 (2001).

Bowen v. Gilliard, 483 U.S. 587 (1987).

Bowers v. Hardwick, 478 U.S. 186 (1986).

Boy Scouts of America v. Dale, 530 U.S. 640 (2000).

Bradwell v. *Illinois*, 83 U.S. [16 Wall.] 130 (1872).

Brause v. *Boureau of Vital Statistics*, 1998 WL88743 (Alaska Super. Ct. 1998).

Burns v. Burns, 560 S.E.2d 47 (Ga. App. 2002).

Burton v. Wilmington Parking Authority, 365 US 715 (1961).

Caban v. Mohammed 441 U.S. 380 (1979).

Campbell v. Sundquist, 926 S. W. 2d 250 (Tenn. Ct. App. 1996).

Carey v. Population Services International, 431 U.S. 678 (1977).

Castaneda v. Partida, 430 U.S. 482 (1977).

Castle v. State, 2004 WL 1985215 (Wash. Super. Ct. 2004).

Celia Castle et al v State of Washington (Superior Court of Washington, Thurston County, Memorandum Opinion on Constitutionality of RCW 26.02.010 and RCW 26.02.020, 7 September 2004).

Citizens For Equal Protection v. Bruning, 455 F.3d 859 C.A.8 (Neb. 2006).

Citizens for Equal Protection Inc. v. Attorney General Jon Bruning et al. (U.S. District Court for the District of Nebraska, Memorandum and Order 4:03CV3155, 10 November 2003).

City of Cleburne v. Cleburne Living Center, 473 U.S. 432 (1985).

Commonwealth v. Balthazar, 336 Mass. 298, 318 N. E.2d 478 (1974).
Commonwealth v. Banadio, 415 A. 2d 47 (Pa. 1980).
Commonwealth v. Wasson, 842 S. W. 2d 487 (Ky. 1992).
Cote-Whitacre v. Department of Public Health, 446 Mass. 350, 844 N. E.2d 623 (Mass., 30 March 2006).
Cote-Whitacre v. Department of Public Health, 21 Mass.L.Rptr. 513, 2006 WL 3208758 (Mass. Super. Ct. 2006).
Dandridge v. Williams, 397 U.S. 471 (1970).
Davis v. *Beason*, 133 U.S. 333 (1980).
Dean v. District of Columbia, 653 A.2d 307 (D.C. 1995).
Deane v. Conaway, 2006 WL 148145 (Md.Cir.Ct. 2006).
De Santo v. Barnsly, 476 A.2d 952 (Pa. Super. Ct. 1984).
Doe et al. v. Ventura et al., 2001 WL 543734, No. 01-489 ((Minnesota Dist. Ct. Hennepin County May 15, 2001).
Doe v. Commonwealth's Attorney for the City of Richmond, 403 F. Supp. 1199 (E.D. Va. 1975), *aff'd*, 425 U.S. 901 (1976).
Doe v. State of Minnesota, Department of Public Welfare 257 NW 2d 816 (Minn. SC 1977).
Doyle v. Goodridge, 444 Mass. 1006, 827 N. E.2d 1255 (Mass., 27 May 2005).
Doyle v. Secreatry of Commonwealth, 448 Mass. 114, 858 N. E.2d 1090 (Mass., 27 December 2006).
Eisenstadt v. Baird, 405 U.S. 438 (1972).
Equality Foundation of Greater Cincinnati, Inc. v. City of Cincinnati, 860 F. Supp. 417 (S.D. Ohio 1994), *rev'd*, 54 F.3d 261 (6th Cir. 1995), *vacated and remanded*, 116 S. Ct. 2519 (1996).
Exxon Corp. v. Governor of Maryland, 437 U.S. 117 (1978).
Flagg Brothers Inc. v. Brooks, 436 US 149 (1978).
Frandsen v. County of Brevard, 800 So. 2d 757, 759, 760 (Fla. 5th DCA 2001), *rev. denied*, 828 So. 2d 386 (Fla. 2002).
Frontiero v. Richardson, 411 U.S. 677 (1973).
Gay and Lesbian Advocates & Defenders v. Attorney General, 436 Mass. 132, 763 N. E.2d 38 (2002).
Goodridge v. Department of Public Health, 798 N. E.2d 941 (Mass., 18 November 2003).
Graham v. Richardson, 403 U.S. 365 (1971).

Gregory v. Ashcroft, 501 U.S. 452 (1991).
Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965).
Gryczan v. State, 283 Mont. 433, 942 P.2d 112 (Mont. 1997).
Hebel v. West, 25 A.D.3d 172, 803 N. Y.S.2d 242, 2005 N.Y. Slip Op. 07887 (N.Y. S.Ct. App. Div. 2005).
Hernandez et al. *v Robles* (Supreme Court of the State of New York, New York County, Part 62, Index No.: 103434/2004, Motion Seq. No.: 003).
Hernandez v. Robles, 7 N.Y. 3d 388, 855 N. E.2d 1 N. Y. (N.Y. Ct. App. 2006).
High Tech Gays v. Defense Industrial Security Clearance Office, 909 F.2d 375 (9th Cir.1990).
Hillary Goodridge and others v. Department of Public Health and another, 440 Mass. 309 (2003).
Hodel v. Indiana, 452 U.S. 314 (1981).
Holloway v. Arthur Andresen and Company, 560 F 2d 659 (US CA 9th Circuit 1977).
Katherine Varnum et al. v. *Timothy J. Brien*, Case No. CV5965 (Iowa District Court for Polk County, 31 August 2007).
Kerrigan v. Connecticut, 49 Conn. Supp. 644, 909 A.2d 89 (Conn. Supp. Ct. 2006).
In Re Coordination Proceeding, Special Title Rule [1550(c)], Marriage Cases No. 4365, 2005 WL 583129 (Cal. Super. Ct. 2005).
In re Estate of Cooper, 564 N. Y.S.2d 684, 688 (N. Y. Fam. Ct. 1990).
In re Estate of Gardiner, 42 P.3d 120 (Kan. 2002).
In re Estate of Hall, 707 N. E.2d 201, 206 (Ill. App. 1998).
In Re Kandu, 315 B.R. 123 (Bkrtcy.W.D.Wash. 2004).
In Re Marriage Cases, 49 Cal.Rptr.3d 675 (Cal. App. 1 Dist. 2006).
Jantz v. Muci, 759 F.Supp. 1543 (D. Kan. 1991), *rev'd*, 976 F.2d 623 (10th Cir. 1992), *cert. den.* 508 U.S. 952 (1993).
J.E.B. v. Alabama ex rel. T.B., 128 L Ed 2d 89, 114 S Ct 1419 (1994).
James v. Valtierra, 402 U.S. 137 (1971).
Jantz v. Muci, 759 F.Supp. 1543 (D. Kan. 1991), *rev'd*, 976 F.2d 623 (10th Cir. 1992), *cert. den.* 508 U.S. 952 (1993).

Jefferson v. Hackney, 406 U.S. 535 (1972).
Jennings v. Jennings, 315 A.2d 816, 820 n. 7 (Md. Ct. App. 1974).
Johnson v Transportation Agency, Santa Clara Cty., 480 U.S. 616 (1987).
Jones v. Hallahan, 501 S.W. 2d 588 (Ky. 1973).
Judicial Council Coordination Proceedings n. 4365 – Tentative decision on applications for writ of mandate and motions for summary judgment (Marriage Case) (Superior Court of California County of S. Francisco, 14 March 2004).
Kadrmas v. Dickinson Public Schools, 487 U.S. 450 (1988).
Knight v. Superior Court, 128 Cal.App.4th 14, 26 Cal.Rptr.3d 687 (Cal. App. 3 Dist. 2005).
Langan v. Vincent's, 25 A.D.3d 90, 802 N. Y.S.2d 476, 2005 N.Y. Slip Op. 07495 (N. Y. S.Ct. App. Div. 2005).
Largesse v. Supreme Judicial Court for State of Massachusetts, 317 F.Supp.2d 77 (Mass., 13 May 2004).
Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558, 123 S. Ct. 2472 (2003); 156 L. Ed. 2d 508; 2003 U.S. LEXIS 5013.
Lawrence v. Texas, *cert. granted*, 537 U.S. 1044 (2002).
Lawrence v. Texas, *en banc decision*, 41 S.W.3d 349 (Tex. App. 14th Dist. Mar. 15, 2001).
Lawrence v. Texas, Nos. 98-48530, 98-48531 (Harris Cty. Crim. Ct. Dec. 22, 1998).
Lawrence v. Texas, *panel decision*, Nos. 14-99-00109-CR, 14-99-00111-CR (Tex. App. 14th Dist. June 8, 2000).
Lawrence v. Texas, *Petition for Writ of Certiorari*, No 2-8 (July 16, 2002).
Lawrence v. Texas, *review denied*, (Tex. Ct. Crim. App. April 17, 2002).
Lewis v. Harris, 2003 WL 23191114 (N. J. Super. Ct. L. 2003).
Lewis v. Harris, 378 N. J.Super. 168, 875 A.2d 259 (N. J. Super. Ct. App. Div. 2005).
Lewis v. Harris, 188 N. J. 415, 908 A.2d 196 (N. J. S. Ct. 2006).
Li v. State, 338 Or. 376, 110 P.3d 91 (Or. S. Ct. 2005).
Lindsey v. Normet, 405 U.S. 56 (1972).
Lockyer v. City and County of San Francisco, (2004) 33 Cal.4th 1055, 17 Cal.Rptr.3d 225 (Cal. S.Ct. 2004).

Loving v. Virginia, 388 U.S. 1 (1967).
Lyng v. Castillo, 477 U.S. 635 (1986).
Martin v. Ziherl, 607 S.E.2d 367, 371 (Va. 2005)
Martinez v. Bynum, 461 U.S. 321 (1983).
Massachusetts Board of Retirement v. Murgia, 427 U.S. 307 (1976).
Mathews v. Lucas, 427 U.S. 495 (1976).
Mills v. Habluetzel, 456 U.S. 91 (1982).
Mississippi University for Women v. Hogan, 458 U.S. 718 (1982).
Moore v. East Cleveland, 431 U.S. 494 (1977).
Morrison v. Sadler, 2003 WL 23119998 (Ind. Super. Ct.) *cert. denied* (2003), 821 N. E.2d 15 (Ind. Ct. App. 2005).
New State Ice Co. v. Liebman, 285 U.S. 262, 311 (1932).
Oncale v. Sundowner Offshore Services Inc. et al, 96 U.S. 568 (1998).
Palmore v. Sidoti, 466 U.S. 429 (1984).
Parham v. Hughes, 441 U.S. 347 (1979).
People v. Greenleaf, 5 Misc.3d 337, 780 N. Y.S.2d 899, 2004 N.Y. Slip Op. 24267 (N.Y. 2004).
People v. Onofre, 415 N. E. 2d 936 (N. Y. 1980), *cert. Denied*, 451U.S. 987 (1981).
Perdue v. O'Kelley, 280 Ga 732, 632 S.E.2d 110 Ga (S. Ct. Ga. 2006).
Perez v. *Lippold*, 198 P.2d 17 (Cal. 1948).
Picado v. Jegley, 349 Ark. 600, 80 S. W. 3d 332 (2002).
Pinneke v. Preisser, 623 F 2d 546 (US CA 8th Circuit 1980).
Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey, 505 U.S. 833 (1992).
Plyler v. Doe, 457 U.S. 202 (1982).
Powell v. State, 270 Ga. 327, 510 S. E. 2d 18, 24 (Ga. 1998).
R v. M (C), 30 CRR (2d) 112 (1995).
Regents of the University of California v. Bakke, 438 U.S. 265 (1978).
Richmond v. J.A. Croson Co., 109 S.Ct. 706 (1989).
Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973).
Romer v. Evans, 854 P.2d 1270 (Colo. 1993) (*Evans I*); 882 P.2d 1335 (Colo. 1994) (*Evans II*) 517 U.S. 620 (1996).

Rose v. Locke, 423 U.S. 48, 96 S.Ct. 243, 46 L.Ed.2d 185 (1975).
Rosengarten v. Downes, 802 A.2d 170 (Conn. App. Ct.), *cert. granted in part*, 806 A.2d 1066 (Conn. 2002).
Rowland v. Mad River School District, Montgomery County, Ohio, 470 U.S. 1009 (1985).
San Antonio Independent School District v. Rodriguez, 411 U.S. 1 (1973).
Schana v. Control Instrument (Pty) Ltd, 12 ILJ 637 (1991).
Schulman v. Attorney General, 447 Mass. 189, 850 N. E.2d (Mass., 10 July 2006).
Shelley v. Kraemer, 334 U.S. 1 (1948).
Shields v. Madigan, 5 Misc. 3d 901, 783 N. Y.S.2d 270, 2004 N.Y. Slip Op. 24393 (N.Y. S.Ct. 2004).
Singer v. Hara, 522 P.2d 1187 (Wash. Ct App. 1974).
Smelt v. County of Orange, 447 F.3d 673 (Cal. App. 9 Dist. 2006).
Sommers v. Budget Marketing Inc, 667 F 2d 748 (US CA 8th Circuit 1982).
Standhardt v. Superior Court ex rel. County of Maricopa, 77 P.3d 451, 459 (Ariz. Ct. App. 2003) *review denied* (Ariz. 2004).
Stanley v. Georgia, 394 U.S. 557 (1969).
State v. *Bell*, 66 Tenn. 9, 11 (1872).
State v. Limon, 32 Kan. App. 2d 369, 375, 83 P.3d 229, 235, *cert. granted* (Kan. Ct. App. 2004) (*Limon II*).
State v. Limon, Case No. 85,898, February 1, 2002 (*Limon I*).
State v. Limon, Case No. 85,898, Kan. Sup. Ct., October 21, 2005 (*Limon III*).
State v. Walsh, 713 SW 2d 508 (Mo. 1986).
Steffan v. Cheney, 780 F. Supp. 1 (D.D.C. 1991)
Stenberg v. Carhart, 530 U.S. 914 (2000).
Storrs v. Holcomb, 645 N.Y.S.2d 286 (N.Y. App. Div. 1996).
Tanner v Oregon Health Sciences University, 971 P.2d 435 (Or. Ct. App. 1998).
Toyosaburo Korematsu v. United States, 323 U.S. 214 (1944).
Turner v. *Safley*, 482 U.S. 78 (1987).
Ulane v. Eastern Airlines Inc, 742 F 2d 1081 (US CA 7th Circuit 1984).
United States Department of Agriculture v. Moreno, 413 U.S. 528 (1973).

United States v. Carolene Products Co., 304 U.S. 144 (1938).
United States v. Morrison, 529 U.S. 598 (2000).
United States v. Virginia et al., 518 US 515 (1996).
Vance v. Bradley, 440 U.S. 93 (1979).
Village of Belle Terre v. Boraas, 416 U.S. 1 (1974).
Wainwright v. Stone, 414 U.S. 21, 94 S.Ct. 190, 38 L.Ed.2d 179 (1973).
Washington v. Glucksberg, 521 U.S. 702 (1997).
Watkins v. United States Army, 875 F.2d 699 (9th Cir. 1989) (en banc).
West Virginia State Board of Education v. *Barnette*, 319 U.S. 624 (1943).
Williams v. Attorney General of Alabama, 378 F.3d 1232, 1235-1238 (11th Cir. 2004), *cert. denied*, No. 04-849, 2005 WL 406106 (U.S. Feb. 22, 2005).
Williams v. Glendening, 1998 Extra LEXIS 260 (Balt. City Cir. Ct. Oct. 15, 1998).
Wittmer v. Peters, 87 F.3d 916 (7th Cir. 1996), *cert. denied*, 519 U.S. 1111 (1997).
Woo v Lockyer (Superior Court of California County of S. Francisco, Coordination Proceeding, Special Title (Rule 1550(c)), Marriage Cases (Judicial Council Coordination Proceedings n. 4365 – Tentative decision on applications for writ of mandate and motions for summary judgment), 14 March 2004).
Woodward v. United States, 871 F.2d 1068 (Fed.Cir.1989) .
Zablocki v. *Redhail*, 434 U.S. 374 (1978).

UNIONE EUROPEA

Carmen Sarkatzis Herrero v. *Instituto Madrileño de la Salud (Imsalud)*, CGCE 16 febbraio 2006, Causa C-294/04.
Commissione v. *Granducato di Lussemburgo*, CGCE 14 aprile 2005, Causa C-519/03.
Commissione v. *Repubblica d'Austria*, CGCE 1 febbraio 2005, Causa C-203/03.
D, Kingdom of Sweden v. Council of the European Union, CGCE 31 maggio 2001, cause riunite C-122/99P e C-125/99P.

Eckhard Kalanke v. *Feie Hansestadt Bremen*, CGCE 17 ottobre 1995, causa C-450/93.

K.B. v. The National Health Service Pensions Agency e The Secretary of State for Health, CGCE 7 gennaio 2004, causa C-117/01.

Land Brandenburg v. *Ursula Sass*, CGCE 18 novembre 2004, Causa C-284/02.

Lisa Jacqueline Grant v. *South-West Trains Ltd.*, CGCE 17 febbraio 1998, causa C-249/96.

Margaret Boyle e a. v. *Equal Opportunities Commission*, CGCE 27 ottobre 1998, Causa C-411/96.

Maria Luisa Jiménez Melgar v. *Ayuntamiento de Los Barrios*, CGCE 4 ottobre 2001, Causa C-438/99.

Marìa Paz Merino Gòmez v. *Continental Industrias del Caucho SA*, CGCE 18 marzo 2004, Causa C-342/01.

Marschall v. *Land Nordrhein – Westfalen*, CGCE 11 novembre 1997, causa C-409/95.

North Western Health Board v. *Margaret McKenna*, CGCE 8 settembre 2005, Causa C-191/03.

P. v. *S. Cornwall County Council*, CGCE 30 aprile 1996, causa C-13/94.

Sarah Margaret Richards v. *Secretary of State for Work and Pensions*, 27 aprile 2006, Causa C-424/04.

Silke-Karin Mahlburg v. *Land Mecklenburg-Vorpommern*, CGCE 3 febbraio 2000, Causa C-207/98.

Tele Danmark A/S v. *Handels-og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark (HK)*, CGCE 4 ottobre 2001, Causa C-109/00.

Ulrich Hofmann v. *Barmer Ersatzkasse*, CGCE 12 luglio 1984, Causa C-184/83.

Wiebke Busch v. *Klinikum Neustadt GmbH & Co. Betriebs-KG*, CGCE 27 febbraio 2003, Causa C-320/01.

ZIMBAWE

S v. *Banana* (2000) 4 LCR 621 (ZSC).

"GIURISPRUDENZA" E DOCUMENTAZIONE INTERNAZIONALI

1) HUMAN RIGHTS COMMITTEE: DECISIONI

Fuendaliza v Ecuador, U.N. Human Right Committee Doc. CCPR/C/57/D/480/1991, Communication No. 480/1991 Ecuador 15/08/1996.

Hertzberg et al. *v Finland*, U.N. Human Right Committee Doc. CCPR/C/15/D/61/1979, Communication No. 61/1979 Finland 02/04/1982.

José Luis García Fuenzalida v. Ecuador, U.N. Human Rights Committee, Doc. CCPR/C/57/D/480/1991, Communication No. 480/1991: Ecuador 15/8/96.

Leo R-Hertzberg et al. v. Finland, U.N. Human Rights Committee, Doc. CCPR/C/15/D/61/1979, Communication No. 61/1979 Finland 02/04/82.

Mr. Edward Young v. Australia, U.N. Human Rights Committee, Doc. CCPR/C/78/D/941/2000, Communication No. 941/2000 Australia 18/09/2003.

Ms. Joslin et al. *v New Zealand*, U.N. Human Right Committee Doc. CCPR/C/75/D/902/1999, Communication No. 902/1999 New Zealand 30/07/2002.

Nicholas Toonen v. Australia, U.N. Human Rights Committee, Doc. CCPR/C/50/D/488/1992, Communication No. 488/1992 : Australia 04/04/94.

U.N. Human Right Committee Doc. CCPR/CO/83/Grc, Consideration of Reports Submitted by States Parties (Greece), 31 March 2005.

U.N. Human Right Committee Doc. CCPR/CO/83/Ken, Consideration of Reports Submitted by States Parties (Kenya), 28 March 2005.

Young v Australia, U.N. Human Right Committee Doc. CCPR/C/78/D/941/2000, Communication No. 941/2000 Finland 18/09/2003.

2) HUMAN RIGHTS COMMITTEE: OSSERVAZIONI E ALTRO

U.N. Human Rights Committee, CCPR/C/79/Add.103, Concluding Observations of the Human Rights Committee: Austria. 19/11/1998 § 13.

U.N. Human Rights Committee, CCPR/C/79/Add.88, Concluding Observations of the Human Rights Committee: Cyprus. 06/08/1998, § 11.
U.N. Human Rights Committee, CCPR/CO/78/SLV, Concluding Observations of the Human Rights Committee: El Salvador. 22/07/2003, § 16.
U.N. Human Rights Committee, CCPR/CO/82/POL, Concluding Observations of the Human Rights Committee: Poland. 02/12/2004, § 18.
U.N. Human Rights Committee, CCPR/C/79/Add.30, Observations finales du Comité des droits de l'homme: Romania. 05/11/1993.
U.N. Human Rights Committee, CCPR/CO/78/SVK, Concluding Observations of the Human Rights Committee: Slovakia. 22/08/2003, §4.
U.N. Human Rights Committee, CCPR/C/79/Add.50, A/50/40, paras. 266-304, Concluding Observations of the Human Rights Committee: United States of America. 03/10/1995, § 287.

3) COMMITTEE AGAINST TORTURE

K.S.Y v Netherlands, U.N. Committee Against Torture Doc. CAT/C/30/D/190/2001, Communication No. 190/2001 Netherlands 26/05/2003.
Mr. X and Mrs. Y v Netherlands, U.N. Committee Against Torture Doc. CAT/C/15/D/31/1995, Communication No. 31/1995 Netherlands 20/11/1995.

4) COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD

U.N. Committee on the Rights of the Child Doc. CRC/C/SR580, Summary Record of the 580th Meeting Netherlands 18/11/1999.

5) COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS

U.N. Committee on Economic, Social and Cultural Rights Doc. E/C.12/2000/4, The Right to the Highest attainable standard of Health 11/08/2000.

6) INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

ICJ Reports 1966, *South West Africa Cases (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa) (1960-1966)*, Second Phase – Judgment of 18 July 1966.

7) ALTRO

Sub-Commission Working Group on Slavery and Slavery-like Practices, UN doc. E/CN. 4/Sub.2/1987/24; UN doc. E/CN. 4/Sub.2/1988/31.

World Conference Against Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and related Intolerance (Durban, 31 August-7 September 2001), A/Conf.189/5/CORR.1.

BIBLIOGRAFIA

Aa.Vv., *Directive 2004/113/EC on Sexual Equality in Access to Goods and Services: Progress or Impasse in European Sex Discrimination Law?*, in 12 *Colum. J. Eur. L.* 323 (2005/2006).

Aa.Vv., *Anti-gay Rights. Assessing Voter Initiatives*, S.L. Witt, S. McCorkle (eds.), Praeger, Westport-London, 1997.

Aa.Vv., *Antropologia cristiana e omosessualità*, Quaderni de "L'Osservatore Romano", Città del Vaticano, 2003.

Aa.Vv., *Born Gay: it's all in the genes*, in *Sydney Morning Herald*, 17 July 1993.

Aa.Vv., *Combating sexual orientation discrimination in employment: legislation in fifteen EU member states*, Waaldijk K., Bonini-Baraldi M. (eds.), E.M Meijers Institute of Legal Studies, Leiden, November 2004 (l'opera collettiva, citata anche come *Report of the European Group of Experts on Combating Sexual Orientation Discrimination about the implementation up to April 2004 of Directive 2000/78/EC establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation*, è attualmente disponibile anche sul sito della Commissione Europea: http://europa.eu.int/comm/employment_social/fundamental_rights/index_en.htm).

Aa.Vv., *Gay Rights. The TDP gives medical aid schemes some food for thought*, in *Employment Law* 15 (May 1998).

Aa.Vv., *Genes and sex*, in *The Age*, 20 July 1993.

Aa.Vv., *Homosexuality and Social Sex Roles*, The Haworth Press, New York, 1983.

Aa.Vv., *Homosexuality*, J.C. Gonsiorek, J.D. Weinrich (eds.), Sage Publications, Newbury Park-London-New Delhi, 1991.

AA.VV., *Homosexuality: an European Community issue. Essay on lesbian and gay rights in European Law and policy*, K. WAALDIJK, A. CLAPHAM (eds.), Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht-Boston-London, 1993.

AA.VV., *International Conference on African Constitutions (Bologna, novembre 27-th-27th, 1998)*, V. PIERGIGLI, I. TADDIA (eds.), Giappichelli, Torino, 2000.

AA.VV., *La discriminazione fondata sull'orientamento sessuale: l'attuazione della Direttiva 2000/78/CE e la nuova disciplina per la protezione dei diritti delle persone omosessuali sul posto di lavoro*, a cura di S. Fabeni, M.G. Toniollo, Roma, Ediesse, 2005.

AA.VV., *Non ho niente contro i gay ma è inutile tutelarli per legge*, in *Oggi*, 29 settembre 1999, 17.

AA.VV., *Willful Virgin: Essay in Feminism 1976-1992*, CA: Crossing Press, 1992.

AA.VV., *Prejudice and the X chromosome*, in *The Age*, 30 July 1993.

ACKERMANN L., *Equality and the South African Constitution: The Role of Dignity*, *ZaoRV Heidelberg Journal for International Law*, (2000) 60 Nr. 3-4, 537.

ADAMS J.N., *Il vocabolario del sesso a Roma. Analisi del linguaggio sessuale della latinità*, Argo, Lecce, 1996.

ADAMS W.E., *Can We Relax Now? An Essay About Ballot Measures and Lesbian, Gay and Bisexual Rights after* Romer v. Evans, in 2(2) *The National Journal of Sexual Orientation Law*, 188 (1996).

ADRADOS F.R., *Palabras como chicles*, in *ABC*, 24 de noviembre de 2004.

ALBERTYN C., GOLDBLATT B., *Facing the Challenge of Transformation: Difficulties in the Development of an Indigenous Jurisprudence of Equality*, in 14(2) *SAJHR*, 248 (1998).

ALBERTYN C., GOLDBLATT B., *The Decriminalization of gay Sexual Offences:* The National Coalition v. Minister of Justice and Others, in 14(3) *SAJHR*, 461 (1998).

ALBERTYN C. – KENTRIDGE J., *Introducing the Right to Equality in The Interim Constitution*, in 10(1) *SAJHR*, 149 (1994).

ALBERTYN C., *Equality*, in M.H. CHEADLE, D.M. DAVIS, N.R.L. HAYSOM (eds.), *South African Constitutional Law: The Bill of Rights*, Butterworths, Durban, 2002, 51.

ALFORD R.P., *Federal courts, international tribunals, and the continuum of deference: a postscript on* Lawrence v. Texas, in 44 *Va. J. Int'l L.*, 913 (2004).

ALLISON G.D., *Sanctioning sodomy: the Supreme Court liberates gay sex and limits state power to vindicate the moral sentiments of the people*, in 39 *Tulsa L. Rev.*, 95 (2003).

ALMAGUER T., *Chicano Men. A Cartography of Homosexual Identity and Behaviour*, 3 *Differences: A Journal of Feminist Cultural Studies*, 75 (1991).

ALONSO A.M., KORECK M.T., *Silences. "Hispanics", AIDS, and sexual Practice*, 1 *Differences: A Journal of Feminist Cultural Studies*, 101 (1989).

ALONSO OLEA M., *El despido de un transexual (a propósito de la sentencia comunitaria de 30 de abril de 1996)*, in *Revista española de Derecho del Trabajo*, 1998, 87, 5.

ALPERN S.W., *Rethinking the right of privacy: dignity, decency, and the law's limitations*, in 43 *Rutgers L. Rev.*, 539 (1991).

ALTER D.S., *Confronting the Queer and Present Danger. How to use the First Amendment when dealing with issue of sexual orientation speech and military service*, in *Human Rights*, 22 (Summer 1995).

AMARI D., *Boy Scouts May Discriminate against Homosexuals on the Basis of the First Amendment Right of Expressive Association*, in 9 *American University Journal of Gender, Social Policy and the Law*, 451 (2001).

AMATO G., BARBERA A., *Manuale di Diritto pubblico*, Il Mulino, Bologna, 1997.

ANTOKOLSKAIA M., *Recent developments in dutch filiation, adoption and joint custody law*, in *Familia*, 2002, 3, 781-804.

ANZON A., *L'"inefficacia giuridica" di norme programmatiche*, in Costituzionalismo.it (rivista telematica consultabile sul sito www.costituzionalismo.it).

APPLETON S.F., *Missing in action? Searching for gender talk in the same-sex marriage debate*, in 16 *Ston. L. & Pol'y Rev.,* 97 (2005).

ARAIZA W.D., *Foreign and international law in constitutional gay rights litigation: what claims, what use, and what law?*, in 32 *Wm. Mitchell L. Rev.*, 455 (2006).

Arechederra Aranzadi L.I., *El matrimonio es heterosexual*, in *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 658, 24-2-2005, 7-11.

Arneson R., *The meaning of marriage: state efforts to facilitate friendship, love, and childrearing*, in 42 *San Diego L. Rev.*, 979 (2005).

Arnup K., Boyd S., *Familial disputes? Sperm donor, lesbian mother, and legal parenthood*, in *Legal Inversions. Lesbians, Gay Men, and the politics of Law*, C. Stychin, D. Herman (eds.), Temple University Press, Philadelphia, 1995, 77-102.

Ashman P., *Homosexuality and Human Rights Law*, in Ilga, *second Pink Book*, University of Utrecht, Utrecht, 47.

Asscheman H., Gooren L.J.G., *Hormone Treatment in Transsexuals*, in W.O. Bockting, E. Coleman (eds.), *Gender Dysphoria. Interdisciplinary Approaches in Clinical Management*, The Haworth Press Inc., New York-London-Norwood, 1992, 39.

Aveta R., *Vita familiare e coppie dello stesso sesso: il caso "Karner c. Austria" innanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *I diritti dell'uomo cronache e battaglie*, 2004, 1, 74.

Avila D., *To wed & let wed? The intrusive impact on dissenting religious belief & practices created by same-sex marriages*, in 38 *New Eng. L. Rev.*, 621 (2004).

Bader Ginsburg R., *Looking beyond Our Borders: The Value of a Comparative Perspective in Constitutional Adjudication*, in 40 *Idaho Law Review*, 1 (2003).

Baggett S.B., *Constitutional Law. Suspect class Status and equal access to the political process under the equal protection clause of the fourteenth amendment. Laws precluding anti-discrimination legislation for homosexuals.* Equality foundation of Cincinnati, Inc. *v.* City of Cincinnaty, *54 F.3d 261 (6th Cir. 1995)*, in 63(1) *Tennessee Law Review*, 239-259 (1995).

Baggett S.D., *Constitutional Law. Suspect Class Status and Equal Access to the Political Process under the Equal Protection clause of the Fourteenth Amendment. Laws Precluding Anti-Discrimination Legislation for Homosexuals "Equality Foundation of Greater Cincinnati, Inc. v. City of Cincinnati"*, 54 F.3d 261 (6th Cir. 1995), in 63 *Tennessee Law Review*, 239 (1995).

Bailey M., *Same-Sex Relationships Across Borders*, in 49 *McGill Law Journal*, 1005 (2004).

Bainham A. (ed.), *International Survey of Family Law 1996*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1998.

Baird R.M., Rosenbaum S.E. (eds.), *Same-sex Marriage: The Moral and Legal Debate*, Prometheus Books, New York, 2004.

Baird V., *Le diversità sessuali*, Guide No-Nonsense, Carocci, Roma, 2003.

Baker T.E., *A catalogue of judicial federalism in United States*, in 46 *S.C. L. Rev.*, 835 (1995).

Baldacci P.R., *Lawrence and Garner: the love (or at least sexual attraction) that finally dared speak its name*, in *10 Cardozo Women's L.J.*, 289 (2004).

Baldez L., Epstein L., Martin A.D., *Does the U.S. Constitution need an Equal Rights Amendment?*, in 35 *J. Legal Stud.*, 243 (2006).

Ball C.A., *The positive in the fundamental right to marry: same-sex marriage in the aftermath of "Lawrence v. Texas"*, in 88 *Minn. L. Rev.*, 1184 (2004).

Ballestrero M.V., *Transparità. Ovvero transessualismo e discriminazione*, in *Ragion pratica*, 1996, 6, 269.

Bamforth N., *Sexuality, Morals & Justice: a theory of lesbian & gay rights law*, Cassell, London, 1997.

Barbagli M., Colombo A., *Omosessuali moderni*, Il Mulino, Bologna, 2001.

Barber G., *Privacy and the New Jersey state Constitution*, in 213-FEB *N.J. Law.*, 15 (2002).

Barbera A., *Art. 2*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Nicola Zanichelli, Bologna, 1975, 50-122.

Barbisan B., *Il "new judicial federalism" negli Stati Uniti e la Corte europea di Strasburgo in un caso sulla libertà sessuale degli omosessuali*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2004, 1, 188.

Barile P., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1984.

Barnard A.H., Cronje D.S.P., Olivier P.J.J., *The South African Law of Persons and Family Law*, Durban, Butterworths, 1990[3].

Barnard C., *The Principle of Equality in the Community Context*: *"P, Grant, Kalanke" and "Marschall"*: *four uneasy bedfellows?*, in 57(2) *The Cambridge Law Journal*, 352 (1998).

Barral Vinals I., *La uniones estables de pareja*, Bosch, Barcelona, 2000.

Barrat A., Burman S., *Deciding the best interest of the child: An international perspective on custody decision-making*, in 118(3) *SALJ*, 556 (2001).

Barsotti V., *Il sodomita messo al bando dalla Corte Suprema degli Stati Uniti trova protezione presso le corti statali. Il federalismo americano e la tutela dei diritti*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2002, 4, 637-638.

Barsotti V., *Privacy e orientamento sessuale: una storia americana*, Giappichelli, Torino, 2005.

Bartole S., *Norme programmatiche e Statuti regionali*, in *Forum di Quaderni costituzionali*.

Basiak J.F. Jr., *Inconsistent levels of generality in the characterization of unenumerated fundamental rights*, in 16 *U. Fla. J.L. & Pub. Pol'y*, 401 (2005).

Bateman M., *Lesbians, Gays and Child Custody. An Australian Legal History*, in *Australasian Gay and Lesbian Law Journal*, The Federation Press, Auckland, 1992, 1, 47-71.

Bates F., *Child Custody and the Homosexual Parent: Some Further Developments in Australia and the United States*, in *Australasian Gay and Lesbian Law Journal*, The Federation Press, Auckland, 1992, 2, 1-20.

Bates F., *Child Law and the Homosexual Partner. Recent Developments in the United States*, in *Australasian Gay and Lesbian Law Journal*, The Federation Press, Auckland, 1992, 1, 21-46.

Battaglia E., *"Sesso" e "orientamento sessuale" nell'interpretazione dell'art. 141 CE alla luce della sentenza K.B. c. Regno Unito*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2004, 3, 599.

Bauman Z., *Le sfide dell'etica*, Milano, Feltrinelli, 1996.

Bauman Z., *Società, etica, politica. Conversazioni con Zygmunt Bauman*, a cura di K. Tester, Milano, Raffaello Cortina, 2001.

Baur F.E., *At the end of the Fairy Tale, Will Heidi Stay Single? Same-sex partnership in Switzerland*, in R. Wintemute, M. Andenæs (eds.), *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships. A Study of National, European, and International Law*, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 2001, 531.

Bayefsky A.F., *A Case Comment on the First Three Equality Rights Cases Under the Canadian Charter of Rights and Freedoms: Andrews, Workers' Compensation Reference, Turpin*, in 1 *Supreme Court Law Review*, (2d) 503 (1990).

Beck P.W., Daly P.A., *Pennsylvania's equal rights amendment law: what does it portend for the future?*, in 74 *Temp. L. Rev.*, 579 (2001).

Becker H., *Becoming Men: Masculine identities among young men in two Namibian Locations*, in 3(2) *Development Update* 54 (2000).

Belien P., *Dutch Minister Not to Prevent Polygamy*, in *The Brussels Journal*, 2005-11-01.

Belien P., *First Trio "Married" in The Netherlands*, in *The Brussels Journal*, 2005-09-26.

Bell A.P., Weinberg M.S., Hammersmith S.K., *Sexual Preference: Its Development in Men and Women*, Mitchel Beazley, London, 1981.

Bell A., Weinberg M., *Homosexualities. A Study of Diversity Among Men and Women*, Simon and Schuster, New York, 1978.

Bell M., *Ireland*, in Aa.Vv., *Combating sexual orientation discrimination in employment: legislation in fifteen EU member states*, Waaldijk K., Bonini-Baraldi M. (eds.), E.M Meijers Institute of Legal Studies, Leiden, November 2004, 247-276.

Bell M., *Sexual Orientation Discrimination in Employment: An Evolving Role for the European Union*, in R. Wintemute, M. Andenæs (eds.), *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships. A Study of National, European, and International Law*, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 2001, 653.

Bell M., *Shifting Conceptions of Sexual Discrimination at The Court of Justice: from P v S to Grant v SWT*, in 5 *European Law Journal*, 73 (1999).

Bell M., *The New art. 13 EC Treaty: A Sound Basis for European Anti-Discrimination Law?*, 6 *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 5 (1999).

Bem D., *Exotic Becomes Erotic: A Developmental Theory of Sexual Orientation*, 103 (2) *Psychological Review*, 320 (1996).

Bem S., *On the Utility Of Alternative Procedures for Assessing Psychological Androgyny*, in 45 *Journal of Consulting and Clinical Psychology*, 196 (1977).

Benedetti A.M., *Le proposte di legge italiane in materia di convivenza*, in F.B. d'Usseaux, A. D'Angelo (a cura di), *Matrimonio, matrimonii*, Giuffrè, Milano, 2000, 209-218.

Bennet T.W., Pillay A., *The Natal and Kwazulu Codes: the Case for Repeal*, in 19(2) *SAJHR*, 217 (2003).

Bennet T.W., *The Equality Clause and Customary Law*, in 10(1) *SAJHR*, 122 (1994).

Bennucci S., *Discriminazioni gay il Governo impugna la legge toscana*, in *La Nazione*, 22 gennaio 2005, 2.

Bercovitz R., *La competencia para legislar sobre parejas de hecho*, in *Derecho Privado y Constitución*, 2003, 17, 67.

Berger R., *Government by Judiciary: The Transformation of the Fourteenth Amendment*, Liberty Fund, Indianapolis, 1999[2].

Bergson H., *Le due fonti della morale e della religione*, a cura di A. Pessina, Roma-Bari, Laterza, 1995.

Bernard H.O., Helfer L.R., *International Decision: Human Rights. Discrimination on Grounds of Sexual Orientation. Parental Custody Rights. Privacy. Criminal Restrictions on Private Sexual Activity. Salgueiro da Silva Mouta* v. *Portugal: App. No. 33290/96, European Court of Human Rights, Dec. 21, 1999. A.D.T.* v. *United Kingdom: App. No. 35765/97, European Court of Human Rights, July 31, 2000*, in *American Journal of International* Law, 95 *American Society of International Law*, 422-430 (2001).

Berthou K., Masselot A., *La Cour de Justice des Communautés européennes et les couples homosexuels*, in *Droit social*, 12, 1998, 1034-1043.

Beukes M., *The recognition of sexual orientation as a ground for (unfair) discrimination: a South African reading: "Langemaat v. Minister of Safety and Security"*, in 23 *SAYIL*, 266 (1998).

Bieber I., Dain H.J., Dince P.R., Drellich M.G., Grad H. G., Grundlach R.H., Kremer M.W., Rifkin A.H., Wilbur C.B., Bieber T.B., *Homosexuality: A psychoanalytic study of Male Homosexuals*, Basic Book, New York, 1962.

Bin R., *Perché le Regioni dovrebbero essere contente di questa decisione*, in *Forum di Quaderni costituzionali*.

Binns T.L., *Gay Rights: Are There Constitutional Protections of Suspect Classifications?*, in XULAneXUS, 2001-2002, 1 (http://www.xula.edu/xulanexus/issue1/Binns.html).

Bix B.H., *State interests in marriage interstate recognition, and choice of law*, in 38 *Creighton L. Rev.*, 337 (2005).

Black W., Smith L., *Andrews* v. *Law Society of British Columbia*, in 68 *Canadian Bar Review*, 591 (1989).

Blair A.K., *Constitutional Equal Protection, Strict Scrunity and the Politics of Marriage Law*, in 47 *Catholic University Law Review*, 1231 (1998).

Blanco M., *Ecología y matrimonio*, Universidad de Navarra, ined., in http://www.unav.es/civil/ nosindebate/mhecologia.doc.

Blazier S.A., *The Irrational Use of Rational Basis Review*, in *"Lawrence v. Texas": Implications For Our Society*, in 26 *Campbell Law Review*, 21 (2004).

Bobbio N., *Sul fondamento dei diritti dell'uomo*, in Id., *Il problema della guerra e le vie della pace*, Il Mulino, Bologna, 1979, 121-129.

Bockting W.O., Coleman E., *Comprehensive Approach to the Treatment of Gender Dysphoria*, in W.O. Bockting, E. Coleman (eds.), *Gender Dysphoria. Interdisciplinary Approaches in Clinical Management*, The Haworth Press Inc., New York-London-Norwood, 1992, 131.

Boelaerts V., *An analysis of the approach adopted by the outh African Constitutional Court to the right of equality and non-discrimination in the five decisions concerning section 8 of the interim Constitution compared to the approach adopted by Belgian Court of Arbitration*, School for Advanced legal Studies, Department of Public Law, Cape Town, 1998.

Bohler N., *Equality courts: Introducing the possibility of listening to different voices in South Africa?*, in 63(2) *THRHR*, 288 (2000).

Bohler-Muller N., *Drucilla Cornell's "imaginary domain": Equality, freedom and the ethic of alterity in South Africa*, in 65(2) *THRHR*, 166 (2002).

Bohler-Muller N., *What the Equality Courts can Learn from Gilligan's Ethic of Care: a Novel Approach*, in 16(4) *SAJHR*, 623 (2000).

Bonauto M.L., *Civil marriage as a locus of civil rights struggles*, in 30-SUM *Human Rights*, 3 (2003).

Bonauto M.L., Murray S.M. & Robinson B., *The Freedom to Marry for Same Sex Couples: The Reply Brief of Plaintiffs Stan Baker Et Al. in "Baker v. State"*, in 6 *Michigan Journal of Gender & Law*, 1 (1999).

Bonauto M.L., Murray S.M. & Robinson B., *The Freedom to Marry for Same Sex Couples: The Opening Appellate Brief of Plaintiffs Stan Baker Et Al. in* Baker v. State, in 5 *Michigan Journal of Gender & Law*, 409 (1999).

Bonini-Baraldi M., *Comparative overview*, in Aa.Vv., *Combating sexual orientation discrimination in employment: legislation in fifteen EU member states*, Waaldijk K., Bonini-Baraldi M. (eds.), E.M Meijers Institute of Legal Studies, Leiden, November 2004, 519-532.

Bonini-Baraldi M., *European law*, in Aa.Vv., *Combating sexual orientation discrimination in employment: legislation in fifteen EU member states*, Waaldijk K., Bonini-Baraldi M. (eds.), E.M Meijers Institute of Legal Studies, Leiden, November 2004, 7-48.

Bonini-Baraldi M., *Le nuove convivenze tra discipline straniere e diritto interno*, Ipsoa, Torino, 2005.

Bonini-Baraldi M., *Parità di trattamento e nozione di "familiare" tra prerogative nazionali e prospettive comunitarie*, in *Familia*, III, 2003, 821.

Bonini-Baraldi M., *Società pluraliste e modelli familiari: il matrimonio tra persone dello stesso sesso in Olanda*, in *Familia*, 2001, 2, 419.

Bonnett J., *Same-sex sexual harassment*, in 6 *Law & Sexuality: A Review of Lesbian & Gay Legal Issue*, 1-29 (1996).

Bonthuys E., *Awarding access and custody to homosexual parents of minor children: a discussion of* Van Rooyen v. Van Rooyen *1994 2 SA 325 (W)*, in 3 *STELL LR*, 298 (1994).

Bonthuys E., *Clean Breaks: Custody, Access and Parents' Rights to Relocate*, in 16(3) *SAJHR*, 486 (2000).

Bonthuys E., *Equal choices for women and other disadvantaged groups*, in *Acta Juridica*, Juta, Cape Town, 2001, 39.

Bonthuys E., Pieterse M., *Still unclear: the validity of certain customary marriages in terms of Recognition of customary Marriage Act*, in 63(4) *THRHR*, 616 (2000).

Bonthuys E., *The South African Bill of Rights and the development of family law*, in 119(4) *SALJ*, 748 (2002).

Borghs P., *De emancipatie van de holebi's*, Unie van Vrijzinnige, 2003.

Borghs P., *Quel statut pour les parents de même sexe?*, in *Journal des Procès*, 4 Avril 2003, 456, 14.

Borgida E., Hunt C., Kim A., *On the Use of Gender Stereotyping Research in Sex Discrimination Litigation*, in 13 *J.L. & Pol'y*, 613 (2005).

Bork R.H., *Neutral Principles and Some First Amendment Problems*, in 47 *Indiana Law Journal*, 1 (1971).

Borrillo D., *Pluralisme conjugal ou hiérarchie des sexualités: la reconnaissance juridique des couples homosexuels dans l'Union européenne*, in 46 *McGill Law Journal*, 875 (2001).

Borten L.D., *Sex, procreation, and the state interest in marriage*, in 102 *Colum. L. Rev.*, 1089 (2002).

Bosson D., *South Africa Interim Constitution. Text and Notes*, Juta Ltd., Cape Town, 1994.

Boswell J., *Christianity, Social Tolerance and Homosexuality. Gay People in Western Europe from the Beginning of the Christian Era to Fourteenth Century*, University of Chicago Press, Chicago-London, 1996.

Boswell J., *Revolution, Universals and sexual Categories*, in M. Duberman, M. Vicinus, G. Chauncey (eds.), *Hidden from History. Reclaiming the gay and Lesbian Past*, New American Library, New York, 1989, 18.

Botha H., *Metaphoric reasoning and transformative constitutionalism (part 1)*, in 4 *Tydskrif Vir Die Suid-Afrikaanse Reg*, 612 (2002).

Botha H., *Metaphoric reasoning and transformative constitutionalism (part 2)*, in 1 *Tydskrif Vir Die Suid-Afrikaanse Reg,* 20 (2003).

Botha K., Cameron E., *Sexual Orientation*, in *South African Human Rights Yearbook 1994*, Centre For Socio-Legal Studies University of Natal, Durban, 1995, 281.

Botha K., Cameron E., *Sexual privacy and the Law*, in *South African Human Rights Yearbook 1993*, Centre For Socio-Legal Studies University of Natal, Durban, 1994, 219.

Botha K., Cameron E., *South Africa*, in D.J. West, R. Green (eds.), *Sociolegal control of Homosexuality. A multi-nation Comparison*, Plenum Press, New York-London, 1997, 5.

Botha K., Peters J., *Sexual Orientation*, in *South African Human Rights Yearbook 1995*, Centre For Socio-Legal Studies University of Natal, Durban, 1996, 254.

Bourassa K., Varnell J., *It's a quiet thing: equal marriage is law*, in *Canada Legal News*, July 21, 2005.

Bower B., *A Place at the Table. The Gay individual in American Society*, Poseidon, New York, 1993.

Bowman C.A., Cornish B.M., *A more Perfect Union: A Legal and Social Analysis of Domestic Partnership Ordinances*, 92 *Columbia Law Review*, 1164 (1992).

Bozzuti J., *The constitutionality of polygamy prohibitions after "Lawrence v. Texas": is Scalia a punchline or a prophet?*, in 43 *Cath. Law*, 409 (2004).

Breen C., *The Standard of the Best Interest of the Child. A western Tradition in International and Comparative Law*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague-London-New York, 2002.

Brehm W., Thwaite G.J., *German privacy and defamation law: the right to publish in the shadow of the right to human dignity*, in *E.I.P.R.*, 1994, 16(8), 336-351.

Brems E., *Grant: Case C-249/96. Lisa Jacqueline Grant* v. *South-West Trains Ltd. (Eur. Ct. J. February 17, 1998)*, in 5 *Columbia Journal of European Law*, 141 (1998-1999).

Brennan W.J. Jr., *State Constitutions and the protection of individual rights*, in 90 *Harv. L. Rev.*, 489 (1977).

Brennan W.J. Jr., *The Bill of Rights and the States: the revival of state Constitutions as guardians of individual rights*, in 61 *N.Y.U. L. Rev.*, 535 (1986).

Brown R., *Social Psychology. The Second Edition*, Free Press, New York, 1986.

Bruns K., Kannelly V., *The Legal Definition of Marriage*, in *Responsa Meridiana*, 487 (1995).

Buchanan G.S., *Sexual orientation classification and the ravages of "Bowers" v. "Hardwich"*, in 43(1) *The Wayne Law Review*, 1-94 (1996).

Bullock C., *The Mashona and the Matabele*, Juta & Co Ltd, Cape Town, 1950.

Bullough V.L., Bullough B., *Cross Dressing, Sex and Gender*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1993.

Bullough V.L., *Sexual Variance in Society and History*, John Wiley & Sons Inc, New York, 1976.

Bunch K., *If racial desegregation, then same-sex marriage? Originalism and the Supreme Court's fourteenth amendment*, in 28 *Harv. J.L. & Pub. Pol'y*, 781 (2005).

Burchell J., Milton J., *Principles of criminal law*, 2nd ed., Juta & Co Ltd, Ndabeni Western Cape, 1997.

Burg B.R., *Sodomy and the perception of evil: English sea rovers in the seventeenth-century carribean*, New York, New York University Press, 1983.

Burke C.C., *Fencing Out Politically Unpopular Groups From The Normal Political Processes: The Equal Protection Concerns Of Colorado Amendment Two*, in 69 *Indiana Law Journal*, 275-298 (1993).

Burnette W.B., *Hawaii's Reciprocal Beneficiaries Act: an effective step in resolving the controversy surrounding same-sex marriage*, in 37 *Brandeis Law Journal*, 81 (1998-99).

Burrows T.J., *Family Values: From the White House Conference on Families to the Family protection act*, in *Creating Change. Sexuality, Public Policy, and Civil rights*, a cura di J. D'Emilio, W.B. Turner, U. Vaid, St. Martin Press, New York, 2000, 336-360.

Busnelli F.D., *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Rivista di diritto civile*, 2002, 4, 509.

Butcher A., *Selective constitutional analysis in Lawrence v. Texas: an exercise in judicial restraint or willingness to reconsider equal protection classification for homosexuals?*, in 41 *Hous. L. Rev.*, 1407 (2004).

Butler A.S., *Private Litigation and Constitutional Rights Under Section 8 and 9 of the 1996 constitution – Assistence from Ireland*, in 116(1) *SALJ*, 77 (1999).

Butler A., *Same-Sex Marriage and Discrimination*, in *New Zealand Law Journal*, 1998, 229.

Büttner H., *Unterhaltsrecht der eingetragenen Lebenspartnerschaft*, in *FamRZ*, 2001, 1105.

Cabaj R.P., Purcell D.W. (eds.), *On the Road to Same-Sex Marriage*, Jossey-Bass Publishers, San Francisco, 1998.

Cachalia A., Cheadle H., Davis D., Haysom N., Maduna P., Marcus G. (eds.), *Application*, in *Fundamental Rights in the New Constitution*, Juta & Co Ltd, Cape Town, 1994, 19.

Cachalia A., Cheadle H., Davis D., Haysom N., Maduna P., Marcus G. (eds.), *Equality*, in *Fundamental Rights in the New Constitution*, Juta & Co Ltd, Cape Town, 1994, 24.

Cachalia A., Cheadle H., Davis D., Haysom N., Maduna P., Marcus G. (eds.), *Human Dignity*, in *Fundamental Rights in the New Constitution*, Juta & Co Ltd, Cape Town, 1994, 33.

Cahill C.M., *Same-sex marriage, slippery slope rhetoric, and the politics of disrupt: a critical perspective on contemporary family disclosure and the incest taboo*, in 99 *Nw. U. L. Rev.*, 1543 (2005).

Cahill S., *Same Sex Marriage In The United States: Focus On The Facts*, Lexington Books, Lanham, MD, 2004.

Cain P.A., *Rainbow Rights. The Role of Lawyears and Courts in the Lesbian and Gay Civil Rights Movement*, Westview Press, Boulder, 2000.

Calabresi S.G., Lawrence, *the fourteenth amendment, and the Supreme Court's reliance on foreign constitutional law: an originalist reappraisal*, in 65 *Ohio St. L.J.*, 1057 (2004).

Calame C., *L'amore in Grecia, Laterza, Bari, 1997.*

Calhoun C., *Separating Lesbian Theory from Feminist Theory*, 104 *Ethic*, 558 (1994).

Calhoun C., *Who's afraid of polygamous marriage? Lessons for same-sex marriage advocacy from the history of polygamy*, in 42 *San Diego L. Rev.*, 1023 (2005).

Callender C., Lee M.K., *Men and Not-Men. Male Gender-Mixing Statutes and Homosexuality*, in *The Many Faces of Homosexuality. Anthropological Approaches to Homosexual Behavior*, E. Blackwood (ed.), Harrington Park Press, New York, 1986, 165.

Calò E., *La Corte di giustizia accerchiata dalle convivenze*, in *Rivista del notariato*, 2002, 5, 1272.

Cameron Blake R., *The world's law in one country: the South African constitutional court's use of public international law*, in 115 *SALJ*, 668 (1998).

CAMERON E., *Constitutional Protection of sexual orientation and African conceptions of humanity*, in 118(4) *SALJ*, 642 (2001).

CAMERON E., *Sexual Orientation and the Constitution: a Test Case for Human Rights*, 110 *SALJ*, 450 (1993).

CAMERON E., *Sexual Orientation*, in *South African Human Rights Yearbook 1992*, Centre For Socio-Legal Studies University of Natal, Durban, 1993, 87.

CAMERON E., *Unapprehended Felons': Gays and lesbians and the law in South Africa*, in M. GEVISSER, E. CAMERON (eds.), *Defiant Desire*, Routledge, New York-London, 1995, 89.

CAMPBELL A., LARDY H., *Discrimination against transsexuals in employment*, in 21 *European Law Review,* 412 (1996).

CANOR I., *Joined Cases C-122/99 P & C-125/99 P, "D. and Sweden v. Council"*, in 8(1) *Columbia Journal of European Law*, 92 (Winter 2002).

CANTARELLA E., *Secondo natura: la bisessualità nel mondo antico*, Rizzoli, Superbur Saggi, Milano, 2001.

CARACCIOLO DI TORELLA E., REID E., *The Changing Shape of the European Family and Fundamental Rights*, in 27 *European Law Review*, 80 (2002).

CARDEN M., *Sodomy: a history of Christian biblical myth*, London, Oakville, 2004.

CARE G., *Something old, something new, something borrowed, something long overdue: the evolution of a "sexual orientation-blind" legal system in Maryland and the Recognition of same-sex marriage*, in 35 *U. Balt. L. Rev.*, 73 (2005).

CARETTI P., *La disciplina dei diritti fondamentali è materia riservata alla Costituzione*, in *Forum di Quaderni costituzionali*.

CARICATO C., *La legge tedesca sulle convivenze registrate*, in *Familia*, 2002, 2, 501.

CARPENTER D., *A Conservative Defense of "Romer v. Evans"*, in 76(2) *Indiana Law Journal*, 403 (Spring 2001).

CARPENTER D., *Is "Lawrence" Libertarian?*, in 88 *Minnesota Law Review*, 1140 (2004).

CARPENTER G., *Equality and non-discrimination in the new South African constitutional order (1): the early cases*, in 64(3) *THRHR*, 409 (2001).

Carpenter G., *Equality and non-discrimination in the new South African constitutional order (2): An important trilogy of decisions*, in 64(4) *THRHR*, 619 (2001).

Carpenter G., *Equality and non-discrimination in the new South African constitutional order (3): The saga continues*, in 65(1) *THRHR*, 37 (2002).

Carpenter G., *Equality and non-discrimination in the new South African constitutional order (4): Update*, in 65(2) *THRHR*, 177 (2002).

Carpenter G., *Motifs Inscribed on Our Social Fabric: Equality in* Brink v. Kitshoff, in 13(2) *SAJHR*, 304 (1997).

Carpenter J.M., *"Dale v. Boy Scouts of America": Wheter the Application of New Jersey's Public Accommodations Law Forcing the Boy Scouts to Include an Avowed Homosexual, Violates the Scout's First Amendment Freedom of Expressive Association*, in 52 *Mercer Law Review*, 745 (2001).

Carrasco G.P., *Sexuality and Discrimination. A Rights and Liberties Perspective*, Carolina Academic Press, Durham, North Carolina, 2005.

Cartabia M., *Unione Europea e parità dei sessi ni processi decisionali: vincoli giuridici e auspici politici*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi, *La parità dei sessi nella rappresentanza politica*, Torino, Giappichelli, 2003, 148.

Case M.A.C., *Disaggregating gender from sex and sexual orientation: the effeminate man in the law and feminist jurisprudence*, 105 *Yale L.J.*, 1 (1995).

Casswell D.G., *Lesbians, Gay men and Canadian Law*, Edmond Montgomery Publications Ltd., Toronto, 1996.

Casswell D.G, *Moving Toward Same-Sex Marriage*, in 80 *Canadian Bar Review*, 810 (2001).

Catania D.A., *The Homosexual Declaration of Human Rights and Sodomy Laws: a Federal Common Law Right to Privacy for Homosexuals Based on Customary International Law*, in 31 *American Criminal Law Review*, 289-325 (1994).

Cauthen J.N.G., *Horizontal federalism in the new judicial federalism: a preliminary look at citations*, in 66 *Alb. L. Rev.*, 783 (2003).

Ceccherini E., *Il principio di non discriminazione in base all'orientamento sessuale. Un breve sguardo sullo stato del dibattito nelle esperienze costituzionali straniere*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1/2001, 39-60.

Ceccherini E., *Sexual Orientation in Canadian Law*, a cura di G. Rolla, Giuffrè, Milano, 2004.

Chaitin E., Lefcourt R., *Is Gay Suspect?*, in 8 *Lincoln Law Review*, 24 (1973).

Chambers D. L., *Couples: Marriage, Civil Union, and Domestic Partnership*, in *Creating Change. Sexuality, Public Policy, and Civil rights*, a cura di J. D'Emilio, W.B. Turner, U. Vaid, St. Martin Press, New York, 2000, 281-304.

Chambers D.L., *What if? The Legal Consequences of Marriage and the Legal Needs of Lesbian and Gay Male Couples*, 95 *Michigan Law Review*, 447 (1996).

Chaskalson A., *Human Dignity as a Foundational Value of Our Constitutional Order*, in 16(2) *SAJHR*, 193 (2000).

Chaskalson A., *From wickedness to equality: The moral tranformation of South African Law*, in 1 *Int J Constitutional Law*, 590-609 (2003).

Chaskalson M., Kentridge J., Klaaren J., Marcus G., Spitz D., Stein A., Woolman S. (eds.), *Constitutional Law of South Africa*, Juta, Cape Town, 2004.

Cheadle M.H., Davis D.M., *The Application of the 1996 Constitution in the Private Sphere*, in 13(1) *SAJHR*, 44 (1997).

Cheadle M.H., *Application*, in M.H. Cheadle, D.M. Davis, N.R.L. Haysom (eds.), *South African Constitutional Law: The Bill of Rights*, Butterworths, Durban, 2002, 19.

Cheadle M.H., Davis D.M., Haysom N.R.L. (eds.), *South African Constitutional Law: The Bill of Rights*, Butterworths, Durban, 2002.

Cheadle M.H., *Limitation of Rights*, in M.H. Cheadle, D.M. Davis, N.R.L. Haysom (eds.), *South African Constitutional Law: The Bill of Rights*, Butterworths, Durban, 2002, 693.

Chetty C., *Sexual Orientation as a constitutional right. National Coalition for Gay and Lesbian Equality v. Minister of Home Affairs*, in 64(4) *THRHR*, 657 (2001).

Chieco P., *Azioni positive e omosessualità: dalle aperture della Direttiva 2000/78/CE al silenzio del d.lgv. n. 216/2003*, in *La discriminazione fondata sull'orientamento sessuale: l'attuazione della Direttiva 2000/78/CE e la nuova disciplina per la protezione dei diritti delle personeomosessuali sul posto di lavoro*, a cura di S. Fabeni, M.G. Toniollo, Roma, Ediesse, 2005, 417-434.

Childress D.E. III, *Using Comparative Constitutional Law to Resolve Domestic Federal Questions*, in 53 *Duke Law Journal*, 193 (2003) (in http://www.law.duke.edu/journals/dlj/articles/dlj53p193.htm#H2N6).

Choper J.H., *Judicial Review and the National Political Process: A Functional Reconsideration of the Role of the Supreme Court*, University of Chicago Press, Chicago, 1980.

Christensen C.W., *Legal Ordering of Family Values: The Case of Gay and Lesbian Families*, 18 *Cardozo L. Rev* 1299 (1997).

Christiansen E.C., *Ending the Apartheid of the Closet: Sexual Orientation in the South African Constitutional Process*, in 32 *New York University Journal of International Law and Politics*, 997 (2000).

Christie N., *The New Zealand Same-Sex Marriage Case: From Aotearoa to the United Nations*, in R. Wintemute, M. Andenæs (eds.), *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships. A Study of National European and International Law*, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 2001, 320-335.

Church J., *Same-sex marriage. A matter of procedure?*, in *De Rebus*, 47 (May 2003).

Cichowski R.A., *Women's Rights, the European Court, and Supranational Constitutionalism*, in 38 *Law & Soc'y Rev.*, 489 (2004).

Cimbalo G., *Apertura del matrimonio civile e modifica della disciplina delle adozioni nella legislazione dei Paesi Bassi*, in http://ecclesiastico.giuri.unibo.it/file/CoMMENTO%20LEGGI%20OLANDESI%20MATRIMONIO.htm.

Clark B., *Families and domestic Partnership*, in 119(3) *SALJ*, 634 (2002).

Clark S., *Same-sex but equal: reformulating the miscegenation analogy*, in 34 *Rutgers L.J.* 107 (2002).

Cloud A.M., *Structure and values in constitutional interpretation*, in 40 *Emory L.J.*, 875 (1991).

Coco N., *Transessualismo e modificazione del nome in Italia: prime questioni emergenti dalla nuova regolamentazione secondo il DPR n. 396 del 2 novembre 2000*, in *Atti del Convegno "Sexual Orientation, Gender Identity and Foundamental Rights. Decriminalization, Antidiscrimination Laws and the Recognition of Gay, Lesbian and Transexual Rights*" (Torino, 9-10 marzo 2001).

Coen D., *Law, Sexuality and Society: The enforcement of morals in classical Athens, Cambridge University Press, Cambridge, 1994.*

Coetzee J.M., *Gioventù*, Einaudi, Torino, 2004.

Cohen-Kettenis P.T., Gooren L.J.G., *The Influence of Hormone Treatment on Psychological Functioning of Transsexuals*, in W.O. Bockting, E. Coleman (eds.), *Gender Dysphoria. Interdisciplinary Approaches in Clinical Management*, The Haworth Press Inc., New York-London-Norwood, 1992, 55.

Colker R., *Hybrid: Bisexuals, Multiracials, and Other Misfits under American Law*, New York University Press, New York-London, 1996.

Collins R.K.L., *Foreword: the once "new judicial federalism" and its critics*, in 64 *Wash. L. Rev.*, 5 (1989).

Congregazione per la Dottrina della Fede, *Considerazioni circa i progetti di riconoscimento legale delle unioni tra persone omosessuali*, Paoline Editoriale Libri, Milano, 2003.

Consoli M., *Stonewall: quando la rivoluzione è gay*, R. Napoleone, Roma, 1990.

Conway D., *"Every Coward's Choice"? Political Objection to Military Service in Apartheid South Africa as Sexual Citizenship*, in *Citizenship Studies*, 2004, 8(1), 25-45.

Coolidge D.O., *Playing the* Loving *card: same-sex marriage and the politics of analogy*, in 12 *BYU J. Pub. L.* 201 (1998).

Coolidge O., *The Hawaii Marriage Amendment: its Origins, Meaning and Fate*, in 22 *University of Hawaii Law Review*, 19 ss. (2000).

Cooper C., *A constitutional reading of the test for unfair discrimination in labour law*, in *Acta Juridica*, Juta, Cape Town, 2001, 121.

Cooper M.S., *Equal protection and Sexual Orientation in Military and Security context: An analysis of Recent Federal decisions*, in 3 *Law & Sexuality: A Review of Lesbian & Gay Legal Issue*, 201 (1993).

Cordiano A., *Tutela delle coppie omosessuali ed esigenze di regolamentazione*, in *Familia*, 2004, 1, 107.

Courson M.K., *"Baehr v. Lewin": Hawaii Takes a Tentative Step to Legalize Same-Sex Marriage*, in 24 *Golden Gate University Law Review*, 41 (1994).

Cowen S., *Can "Dignity" guide South Africa Equality Jurisprudence?*, in 17(1) *SAJHR*, 34 (2001).

Cox B.J., *Are same-sex marriage statutes the new anti-gay initiatives?*, in 2(2) *The National Journal Of Sexual Orientation Law*, 193 (1996).

Cox B.J., *Same-Sex Marriage and Choice of Law: If We Marry in Hawaii, Are We Still Married When We Return Home?*, in 1994 *Wisconsin Law Review*, 1033 (1994).

Cox S., *Decriminalisation of Homosexual Acts in Queensland: A Psychological Perspective*, in *Australasian Gay and Lesbian Law Journal*, The Federation Press, Auckland, 1992, 1, 133-152.

Croome R., *"Out and About": The Public Rights of Lesbian and Gays in Tasmania*, in *Australasian Gay and Lesbian Law Journal*, The Federation Press, Auckland, 1992, 2, 63-70.

Crowley A.M., *"Cote-Whitacre v. Department of public Health": disproving the misconception that Massachusetts created a national loophole for same-sex marriage*, in 14 *Law & Sexuality*, 169 (2005).

Crutcher S., *Stoning Single Nigerian Mothers for Adultery: Applying Feminist Theory to an Analysis of Gender Discrimination in International Law*, 15 *Hastings Women's L.J.*, 239 (2004).

Cruz D.B., *"Just Don't Call It Marriage": The First Amendment and Marriage as an Expressive Resource*, 74 *Cal. L. Rev.*, 925 (2001).

Culverhouse R., Lewis C., *Homosexuality as a Suspect Class*, in 34 *South Texas Law Review*, 205-249 (1993).

Currie I., De Waal J., *The Bill og Rights Handbook*, Juta, Cape Town, 2005.

Currie I., De Waal J., *The new constitutional & administative law*, vol. I, Juta, Cape Town, 2004.

Curry B., Galloway G., *Same-sex bill finally passes: After bitter two-year political battle, divisive legislation moves to Senate*, in *The Globe and Mail*, Toronto, June 29, 2005, A1.

Curtis M.K., *No State Shall Abridge: The Fourteenth Amendment and the Bill of Rights*, Duke University Press, Durham, N.C., 1986.

D'Aloia A. (a cura di), *Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, Giuffrè, Milano, 2003.

D'Aloia A., *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Padova, Cedam, 2002.

D'Aloia A., *Famiglia e nuove formazioni sociali. A proposito delle "unioni omosessuali"*, in *Rivista giuridica del Molise e del Sannio*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1996, 69.

D'Angeli F., *Il fenomeno delle convivenze omosessuali: quale tutela giuridica?*, Cedam, Padova, 2003.

D'Angelo A., *La difesa del matrimonio eterosessuale negli Stati Uniti*, in *Politica del diritto*, 2000, 2, 295.

D'Emilio J., *Sexual Politics, Sexual Communities: The Making of a Homosexual Minority in the United States 1940-1970*, University of Chicago Press, Chicago, 1983.

D'Emilio J., Turner W.B., Vaid U. (eds.), *Creating Change: Sexuality, Public Policy and Civil Rights*, Saint Martin's Press, New York, 2000.

Dalla D., *Ubi Venus mutatur: Omosessualità e diritto nel mondo romano*, Giuffrè, Milano, 1987.

Dana L.R., *"Andersen v. King County": the battle for same-sex marriage-will Washington State be the next to fall?*, in 14 *Law & Sexuality*, 181 (2005).

D.M. Davis, Cheadle H.M., Haysom N.R.L. (eds.), *Fundamental Rights in the Constitution. Commentary and Cases*, Juta & Co Ltd, Cape Town, 1997.

Davis D., *Assembly*, in M.H. Cheadle, D.M. Davis, N.R.L. Haysom (eds.), *South African Constitutional Law: The Bill of Rights*, Butterworths, Durban, 2002, 239.

Davis D., *Dignity*, in D.M. Davis, M.H. Cheadle, N.R.L. Haysom (eds.), *Fundamental Rights in the Constitution. Commentary and Cases*, Juta & Co Ltd, Cape Town, 1997, 60.

Davis D., *Enforcement of Rights*, in M.H. Cheadle, D.M. Davis, N.R.L. Haysom (eds.), *South African Constitutional Law: The Bill of Rights*, Butterworths, Durban, 2002, 735.

Davis D., *Freedom of Expression*, in M.H. Cheadle, D.M. Davis, N.R.L. Haysom (eds.), *South African Constitutional Law: The Bill of Rights*, Butterworths, Durban, 2002, 217.

Davis D., *Religion, Belief and Opinion*, in M.H. Cheadle, D.M. Davis, N.R.L. Haysom (eds.), *South African Constitutional Law: The Bill of Rights*, Butterworths, Durban, 2002, 203.

Davis D., Steenkamp A., *Privacy*, in M.H. Cheadle, D.M. Davis, N.R.L. Haysom (eds.), *South African Constitutional Law: The Bill of Rights*, Butterworths, Durban, 2002, 183.

Davison G.C., *Constructionism and Morality in Therapy for Homosexuality*, in Aa.Vv., *Homosexuality*, J.C. Gonsiorek, J.D. Weinrich (eds.), Sage Publications, Newbury Park-London-New Delhi, 1991, 137.

De Franchis F., *Law Dictionary (1)*, Giuffrè, Milano, 1984.

De Mori B., *Diritti morali ed etica normativa. Tra deontologismo kantiano e consequenzialismo utilitarista*, Pisa, ETS, 2002.

De Simone G., *Eguaglianza, differenze, discriminazioni. Recenti sviluppi del diritto comunitario*, in L. Califano, *Donne, politica e processi decisionali*, Torino, Giappichelli, 2004, 79.

De Verda Y Beamonte J.R., *Las uniones de hecho a la luz de la Constitución Española de 1978: estado de la cuestión en la legislación estatal y autónomica*, in *Actualidad Civil*, 2001, 2, 59.

De Vergottini G., *Diritto costituzionale comparato*, Cedam, Padova, 2004[6].

De Vergottini G., *Diritto costituzionale*, Cedam, Padova, 2006[5].

De Villiers B., *The right of children in international law: guidelines for South Africa*, in 3 *STELL LR*, 289 (1993).

De Villiers W., *Are the Canadian Charter and Charter jurisprudence suitable sources of reference of human rights and particularly criminal procedure and evidence rights in South Africa? (part. 1)*, in 64 (3) *THRHR*, 349 (2001).

De Villiers W., *Are the Canadian Charter and Charter jurisprudence suitable sources of reference of human rights and particularly criminal procedure and evidence rights in South Africa? (part. 2)*, in 64 (4) *THRHR*, 557 (2001).

De Vos P., *A bridge too far? History as context in the interpretation of the South African constitution*, in 17 *SAJHR*, 1 (2001).

De Vos P., *Equality for All? A critical analysis of the equality jurisprudence of the Constitutional Court*, in 63(1) *THRHR*, 62 (2000).

De Vos P., *"Grootboom", the Right to access to Housing and Substantive Equality as Contextual Fairness*, in 17(2) *SAJHR*, 258 (2001).

De Vos P., *On the Legal Construction of Gay and Lesbian Identity and South Africa's Transitional Constitution*, in 12(2) *SAJHR*, 265 (1996).

De Vos P., *Pious Wishes or Directly Enforceable Human Rights?: Social and Economic Rights in South Africa's 1996 Constitution*, in 13(1) *SAJHR*, 67 (1997).

De Vos P., *Same-sex marriage, the right to Equality and the South African Constitution*, in 11(1-2) *SAPR/PL* 355 (1996).

De Vos P., *Same-Sex Sexual Desire and the Re-Imagining of the South African Family*, in 20(2) *SAJHR*, 179 (2004).

De Vos P., *Sexual orientation and the right to equality in the South African Constitution: "National Coalition for Gay and Lesbian Equality & another v. Minister of Justice & Others"*, in 117(1) *SALJ*, 17 (2000).

De Vos P., *Substantive equality after "Grootboom": the emergence of social and economic context as a guiding value in equality jurisprudence*, in *Acta Juridica*, Juta, Cape Town, 2001, 52.

De Vos P., *The Right of a Lesbian Mother to Have Access to Her Children. Some constitutional Issue*, 111(4) *SALJ*, 687 (1994).

De Waal J., Currie I., Erasmus G., *The Bill of Rights Handbook*, 4th ed., Juta, Lansdowne, 2002.

De Wet E., *Indirect Drittwirkung and The Application Clause: a Reply to De Waal*, in 11(4) *SAJHR*, 610 (1995).

De Wet E., *The Constitutional Enforceability of Economic and Social Rights: The Meaning of the German Constitutional Model for South Africa*, Butterworths, Durban, 1996.

Decoste F.C., *The "Halpern" Transformation: Same Sex Marriage, Civil Society, and the Limits of Liberal Law*, in 41(2) *Alberta Law Review*, 619 (September 2003).

Deese J., *Civil Rights. 42 U.S.C. § 1981. Scope of the equal benefit clause: "Chapman v. Higbee Co."*, 319 F.3d 825 (6th Cir. 2003), in 71 *Tenn. L. Rev.*, 199 (2003).

Deitrich J., *The Lessons of the Law: Same-Sex Marriage and "Baehr v. Lewin"*, in 78 *Marquette Law Review*, 121 (1994).

Del Prato E., *Patti di convivenza*, in *Familia*, 2002, 4, 959.

Delaet D.L., *Don't Ask, Don't tell: Where is the Protection Against Sexual Orientation Discrimination in International Human Rights Law*, in 7 *Law & Sexuality: A Review of Lesbian & Gay Legal Issue*, 31 (1997).

Denninger E., *Il principio di eguaglianza: sulla parità di trattamento tra uomini e donne*, in G. Bonacchi, *Una Costituzione senza Stato*, Bologna, Il Mulino, 2001, 327.

Devenish G.E., *Application of the Bill of Rights*, in G.E. Devenish, *A commentary on the South African Bill of Rights*, Butterworths, Durban, 1999, 19.

Devenish G.E., *Privacy*, in G.E. Devenish, *A commentary on the South African Bill of Rights*, Butterworths, Durban, 1999, 135.

Devenish G.E., *Respect for Human Dignity*, in G.E. Devenish, *A commentary on the South African Bill of Rights*, Butterworths, Durban, 1999, 79.

Devenish G.E., *The Equality Clause*, in G.E. Devenish, *A commentary on the South African Bill of Rights*, Butterworths, Durban, 1999, 35.

Devenish G.E., *The Legal and constitutional significance of the equality clause in the interim constitution*, in 1 *STELL LR*, 92 (1996).

Devereux G., *Institutionalized Homosexuality of the Mohave Indians*, 9 *Human Biology*, 513 (1937).

Devlin P., *The enforcement of morals*, Oxford, Oxford University Press, 1965.

Devor H., *FTM. Female-to-Male Transsexual*, Indiana University Press, Bloominghton, 1997.

Di Paola L., *Discriminazioni sul posto di lavoro: si amplia l'area dei divieti*, in *Nuove Leggi Civili Commentate*, 2003, 4-5, 855.

Dijk V.P., *The treatment of Homosexual under the European Convention on Human Rights*, in Aa.Vv., *Homosexuality: A European Community issue*, K. Waaldijk, A. Clapham (eds.), Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht-Boston-London, 1993, 179.

Dinesen J.K.A., *The "Registered partnerships", a Nordic approach to a legislation for unmarried couples*, in *Stare insieme. Studi, ri-*

cerche e proposte sulle famiglie di fatto, Atti del Convegno di Pisa, 5-6 novembre 1999, (ined.), 1.

Dirsuweit T., *Sexuality and Space: Sexual identity in South African Mine Compounds and Prison*, in 2 *Development Update*, 107 (1998).

Docter R.F., Fleming J.S., *Dimensions of Transvestism and Transsexualism: The Validation and Factorial Structure of the Cross Gender Questionnaire*, in W.O. Bockting, E. Coleman (eds.), *Gender Dysphoria. Interdisciplinary Approaches in Clinical Management*, The Haworth Press Inc., New York-London-Norwood, 1992, 15.

Dohy L., *Klein wants to protect right not to wed gays*, in *Calgary Herald*, July 31, 2005, A6.

Dooley P.J., *I Am Who I Am, Or Am I? A Comparison of the Equal Protection of Sexual Minorities in Canadian and U.S. Courts: Immutability Has Only Found a Home North of the Border*, in 17 *Arizona Journal of International and Comparative Law*, 371-411 (2000).

Dorn D.B., *Same-sex marriage under New York law: advising clients in a state of uncertainty*, in 78-JAN. N.Y. St. B.J., 40 (2006).

Douglass D., *Taking the initiative: Anti-Homosexual Propaganda of the Oregon Citizen's Aliance*, in Aa.Vv., *Anti-gay Rights. Assessing Voter Initiatives*, S.L. Witt, S. McCorkle (eds.), Praeger, Westport-London, 1997, 18.

Dover K.J., *L'omosessualità nella Grecia antica*, Einaudi, Torino, 1985.

Du Plessis L., Corder H., *Understanding South Africa's Transitional Bill of Rights*, Juta, Cape Town, 1994.

Du Plessis L., Gouws A., *The gender implications of the final Constitution (with particular reference to the Bill of Rights*), in 11(1-2) *SA Public Law*, 472 (1996).

Du Plessis L., *The status of legislation and the realisation of constitutional values in the new constitutional dispensation*, in 11(2) *STELL LR*, 192 (2000).

Du Plessis P., *Law of Contract: considerations of equity: constitutional values*, in 35(2) *De Jure* 385 (2002).

Duberman M., *Stonewall*, Plume, New York, 1994.

Duberman M., Vicinus M., Chauncey G. (eds.), *Hidden from History. Reclaiming the gay and Lesbian Past*, New American Library, New York, 1989.

Duberman M.B., Vicinus M., Chauncey G. Jr (eds.), *Hidden from History: Reclaiming the Gay and Lesbian Past*, Penguin, London, 1991.

Dubler A.R., *Immoral purposes: marriage and the genus of illicit sex*, in 115 *Yale L.J.*, 756 (2006).

Dugard J., *International law and the final constitution*, in 11(2) *SAJHR*, 241 (1995).

Dugard J., *The role of international law in interpreting the Bill of Rights*, in 10(1) *SAJHR*, 208 (1994).

Duncan W.C., *"Goodridge" and the rule of law same-sex marriage in Massachusetts: the meaning and the implications of* Goodridge v. Department of Public Health, in 14 *B.U. Pub. Int. L.J.* 42 (2004).

Duncan W.C., *Legislative deference & the novelty of same-sex marriage*, in 16 *Stan. L. & Pol'y Rev.*, 83 (2005).

Duncan W.C., *The litigation to redefine marriage: equality and social meaning*, in 18 *BYU J. Pub. L.*, 623 (2004).

Duncan W.C., *The state interests in marriage*, in 2 *Ave Maria L. Rev.*, 153 (2004).

Dunton C., Palmberg M., *Human Rights and Homosexuality in Southern Africa*, in 19 *Current African Issue*, 5 (1996).

Dunton C., Palmberg M., *Human Rights and Homosexuality in Southern Africa*, in 19 *Current African Issue*, 5 (1996).

Dunton C., Palmberg M., *Zimbabwe. The Book Fair Drama*, in 19 *Current African Issue*, 8-17 (1996).

Dupper O., Garbers C., *The Provision of Benefits to and Discrimination against Same-sex Couples*, in 20 *Industrial Law Journal*, 772 (1999).

Dupper O., *Justifying unfair discrimination: the development of a "general fairness defence" in South Africa labour law*, in *Acta Juridica*, Juta, Cape Town, 2001, 147.

Dworkin R.M., *Taking rights seriously*, Harvard University Press, Cambridge, 1977 (versione italiana: *I diritti presi sul serio*, a cura di G. Rebuffa, trad. it. di F. Oriana, Bologna, Il Mulino, 1982).

Dworkin R.M., *Three Questions for America*, in *N.Y. Rev. Books*, 21 September 2006, 24.

Eberle E.J., *Human dignity, privacy, and personality in German and American constitutional law*, in *Utah L. Rev.*, 963 (1997).

Edsall N.C., *Toward Stonewall: homosexuality and society in the modern western world*, University of Virginia Press, Charlottesville, 2003.

Educati L., *Matrimoni gay, è guerra tra Vaticano e Spagna*, in *Liberazione*, 23 aprile 2005.

Edwards C., *The Politics of Immorality in Ancient Rome*, Cambridge University Press, Cambridge-New York, 1993.

Efe, *La Iglesia mantiene que los gays "no tienen derecho" a casarse y tacha de "reprobable" su inclinación sexual*, in *El Mundo*, 26 de diciembre de 2004.

Efe, *Las principales religiones de España se unen contra el matrimonio gay*, in *El Mundo*, 20 de abril de 2005.

Ehrlich J.S., *Co-Parent Visitation: Acknowledging The Reality of Two Mother Families*, in 9 *Law & Sexuality: A Review of Lesbian & Gay Legal Issue*, 151-162 (1999-2000).

Eichenhofer E., *L'utilizzazione del diritto privato per scopi di politica sociale*, in *Rivista di diritto civile*, 1997, n. 2, pt. 1, 194.

Elliott D., *Comment on* Andrews v. Law Society of British Columbia *and section 15(1) of the Charter: the Emperor's New Clothes?*, 35 *McGill Law Journal*, 235 (1990).

Elliott D., *Conservative Judicial Activism Comes to Canada: "Egale" v. "Canada", A Case Comment*, in 36 *University of British Columbia Law Review*, 24 (2003).

Elliott D., *The Canadian Earthquake: Same-Sex Marriage in Canada*, in 38(3) *New England Law Review*, 591 (2003-2004).

Elmer J., *A victory for gay rights in "Lawrence v. Texas"*, in 52 *Rhode Island Bar Journal*, 5 (2003).

Emond R., *Does the equal protection analysis in* Lawrence *make bans on same-sex marriage unconstitutional?*, in 26 *J. Jefferson L. Rev.*, 447 (2004).

Eneva S.M., *The European Union Gender Equality Laboratory: its Effect on Eastern European Candidate Countries*, in 15 *S. CaL. Rev., L. & Woman's Stud.*, 147 (2005).

Epstein S., *Gay Politics, Ethnic Identity. The Limits of Social Constructionist Controversy*, in 93/94 *Socialist Review*, 9 (May-August 1987).

Erdman J.N., *The deficiency of consensus in human rights protection: a case study of Goodwin* v. *United Kingdom and I.* v. *United Kingdom*, in 2(2) *Journal of Law & Equality*, 318 (2003).

Eskridge W. Jr, Hunter N., *Sexuality, Gender and the Law*, Foundation Press, Westbury-New York, 1997.

Eskridge W.N. *Equality Practice. Civil Unions and the Future of Gay Rights*, Routledge, New York-London, 2002.

Eskridge W.N. Jr., *The Case For Same-Sex Marriage. From sexual Liberty to Civilized Commitment*, The Free Press, New York, 1996.

Eskridge W.N. Jr., *Body politics: "Lawrence" v. "Texas" and the Constitution of disgust and contagion*, in 57 *Fla. L. Rev.*, 1011 (2005).

Eskridge W.N. Jr., *"Lawrence"'s Jurisprudence of Tolerance: Judicial Review to Lower the Stakes of Identity Politics*, in 88 *Minnesota Law Review*, 1021 (2004).

Eskridge W.N. Jr., *United States: Lawrence v. Texas and the imperative of comparative constitutionalism*, in 2(3) *Int'l J. Const. L.*, 556 (2004).

Eskridge W.N., *Gaylaw. Challenging the Apartheid of the Closet*, Harvard University Press, Cambridge-London, 1999.

Estin A.L., *When "Baehr" meets "Romer": family law issues after Amendment 2*, in 68 *University of Colorado Law Review*, 349 (1997).

Estlund D.M., Nussbaum M.C., *Sex, Preference, and Family. Essay on law and nature*, Oxford University Press, New York-Oxford, 1997.

Fabeni S., *Italy*, in Aa.Vv., *Combating sexual orientation discrimination in employment: legislation in fifteen EU member states*, Waaldijk K., Bonini-Baraldi M. (eds.), E.M Meijers Institute of Legal Studies, Leiden, November 2004, 277-310.

Fagan A., *Dignity and Unfair Discrimination: A Valute Misplaced and a Right Misunderstood*, in 14(2) *SAJHR*, 220 (1998).

Falcon G., *Alcune questioni a valle delle decisioni della Corte*, in *Forum di Quaderni costituzionali*.

Farabee L.M., *Marriage, Equal Protection, and the new judicial federalism: a view from the States*, in 4 *Yale L. & Pol'y Rev.*, 237 (1996).

Farrell M.E., *"Baehr v. Lewin": Questionable Reasoning; Sound Judgment*, in 11 *Journal of Contemporary Health Law & Policy*, 589 (1995).

Farrell S., *Reconsidering the Gender-Equality Perspective for Understanding LGBT Rights*, in 13 *Law & Sexuality*, 605 (2004).

Faust B., *Child Sexuality and Age of Consent Laws: The Netherland Model*, in 5 *Australasian Gay and Lesbian Law Journal*, The Federation Press, Auckland, 78 (1995).

Fausto-Sterling A., *TheFive Sexes. Why Male and Female Are not Enough*, March/April *The Sciences*, 20 (1993).

Favilli C., *Uguaglianza e non discriminazione nella Carta dei diritti dell'Unione europea*, in U. De Siervo, *La difficile costituzione europea*, Bologna, Il Mulino, 2001.

Fayer M.A., *"Bowers v. Hardwick, Romer v. Evans", and the Meaning of Anti-Discrimination Legislation*, in 2(2) *The National Journal of Sexual Orientation Law*, 207 (1996).

Federico V., *La cittadinanza nell'esperienza sudafricana*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2003, 113.

Feigen B., *Same-sex marriage: an issue of constitutional rights not moral opinions*, in 27 *Harv. Women's L.J.*, 345 (2004).

Fekete J., *Klein gives up same-sex marriage battle: Gay groups hail surprise victory*, in *Calgary Herald*, July 13, 2005, A5.

Feldblum C.R., *Gay is good: the moral case for marriage equality and more*, in 17 *Yale J.L. & Feminism* 139 (2005).

Ferreira G.M., *Constitutional values and the application of the fundamental right to a clean and healthy environment to the private law relationship*, in 6(2) *South African Journal of environmental law and policy*, 170 (1999).

Filippi V., *Dove va la famiglia italiana? Alla ricerca di un senso di marcia*, in *Aggiornamenti Sociali*, 2003, 54, 187.

Fine D., Nicol J., *The lavender lobby: Working for lesbian and gay rights within the liberation movement*, in M. Gevisser, E. Cameron, *Defiant Desire*, Routledge, New York-London, 1995, 270.

Finnis J.M., *Law, Morality, and Sexual Orientation*, in 69 *Notre Dame Law Review*, 1049 (1994).

FINNIS J.M., *Legge naturale e diritti naturali*, a cura di F. Viola, Giappichelli, Torino, 1996.

FINOCCHIARO F., *La legge danese 7 giugno 1989 n. 372, sulla partnership omosessuale registrata*, in *Il diritto ecclesiastico*, 1990, 2, 319.

FISHER J., JÜRGENS R., VASSAL A., HUGHES R., *Gay and Lesbian Issues and HIV/AIDS: Final Report*, Canadian HIV/AIDS Legal Network & Canadian AIDS Society, Montréal, 1998 (in http://www.aidslaw.ca/Maincontent/ issues/gaylesbian/finalreports/gllilaw1.htm).

FISHER J., *Outlaws or In-laws?: Successes and Challenges in the Struggle for LGBT Equality*, in 49 *McGill Law Journal*, 1183 (2004).

FLACELIERE R., L'amour en Grèce, Librairie Hachette, Paris, 1950.

FLYNN L., *Case Note on P.v.S. and Cornwall Council*, in 34 *Common Market Law Review*, 367 (1997).

FLYNN L., *From Individual Protection to Recognition of Relationships? Same-sex Couples and Irish Experience of Sexual Orientation Law, Reform*, in R. WINTEMUTE, M. ANDENÆS (eds.), *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships. A Study of National, European, and International Law*, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 2001, 591.

FLYNN L., *The Irish Supreme Court and the Constitution of Male Homosexuality*, in C. STYCHIN, D. HERMAN (eds.), *Legal Inversions. Lesbians, Gay Men, and the politics of Law*, Temple University Press, Philadelphia, 1995, 29.

FLYNN L.,*"Cherishing all her children equally": the law and politics of Irish lesbian and gay citizenship*, in 6 (IV) *Social & Legal studies*, London, 493 (1997).

FLYNN T., *Don't Ask Us to Explain Ourselves, Don't Tell Us What to Do: The Boy Scout's Exclusion of Gay Members and the Necessity of Independent Judicial Review*, in 12 *Stanford Law & Policy Review*, 87 (2001).

FOGLE R.M., *Is Calling Someone "Gay" Defamatory?: The Meaning of Reputation, Community Mores, Gay Rights, and Free Speech*, in *Law & Sexuality: A Review of Lesbian & Gay Legal Issue*, 1993, 3, 165 ss.

FOGO C., *Cabining Freedom: a Comparative Study of Lesbian and Gay Rights in the United States and Canada*, 6 *Cardozo Journal of International and Comparative Law* 425 (1998).

Fombad C.M, *Protecting constitutional values in Africa: a comparison of Botswana and Cameroon*, in 36(1) *Comparative and International law Journal of Southern Africa* 83 (2003).

Forcada Miranda F.J., *Las últimas reformas legales en España sobre el derecho a contraer matrimonio y en materia de separación y divorcio: puntos de reflexión*, in *Aequalitas*, 2005, 17, 27.

Forder C., *European models of domestic partnership laws: the field of choice*, in 17 *Canadian Journal of Family Law*, 371 (2000).

Forder C., *Riconoscimento e regime giuridico delle coppie omosessuali in Europa*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2000, 1, 107.

Forte D.F., *Family, Nurture, and Liberty*, in *Natural Law and Contemporary Public Policy*, D.F. Forte (ed.), Georgetown University Press, Wagshington, 1998, 79-106.

Forte D.F., *The Natural Law Moment*, in *Natural Law and Contemporary Public Policy*, D.F. Forte (ed.), Georgetown University Press, Wagshington, 1998, 3-10.

Foucault M., *History of Sexuality. An Introduction*, R. Hurley (ed.), vol. I, Random House, New York, 1978.

Foucault M., *Storia della sessualità 2. L'uso dei piaceri*, Universale Economica Feltrinelli, Milano, 2002.

Foucault M., *Storia della sessualità 3. La cura di sé*, Universale Economica Feltrinelli, Milano, 2004.

Franke K.M., *The Central Mistake of Sex Discrimination Law: The disaggregation of sex from gender*, in 144 *U. Pa. L. Rev.*, 1 (1995).

Franke K.M., *The Domesticated Liberty of "Lawrence v. Texas"*, in 104 *Columbia Law Review*, 1399 (2004).

Fredman S., *Equality : a New Generation*, 30 *Industrial Law Journal*, 145-168 (2001).

Freedman W., *Formal versus substantive equality and the jurisprudence of the Constitutional Court – National Coalition for Gay and Lesbian Equality v. Minister of Justice*, in 63(2) *THRHR*, 314 (2000).

Freedman W., *Understanding the right to equality*, in 115(2) *SALJ*, 243 (1998).

Freund K., Blanchard R., *Is the Distant Relationship of Fathers and Homosexual Sons Related to Sons' Erotic Preference for Ma-*

le Partners, or to Sons? Atypical Gender Identity, or to Both?, in Aa.Vv., *Homosexuality and Social Sex Roles*, The Haworth Press, New York, 1983, 7.

Freund P., *Privacy: One Concept or Many?*, in J.R. Pennock, J.W. Chapman (eds.), *Privacy*, Atherton Press, New York, 1971.

Friedman A.H., *Same-Sex Marriage and the Right to Privacy: Abandoning Scriptural, Canonical, and Natural Law Based Definitions of Marriage*, in 35 *Howard Law Journal*, 173 (1992).

Friedman G.S., Whitman J.Q., *The European transformation of harassment law: discrimination versus dignity*, in 9 *Colum. J. Eur. L.* 241 (2003).

Friedman L., *The constitutional value and dialogue and the new judicial federalism*, in 28 *Hastings Const. L.Q.* 93 (2000).

Friedman L.M., *Civil Union insufficient. Prohibition on same-sex marriage violates state Constitution*, in 48-JUN *B. B.J.* 6 (2004).

Friedman L.M., *The Republic of Choice. Law, Authority and Culture*, Harvard University Press, Cambridge, Ma., 1990.

Frye M., *Lesbian 'Sex*, in Aa.Vv., *Willful Virgin: Essay in Feminism 1976-1992*, CA: Crossing Press, 1992, 110.

Gafo J. (a cura di), *Omosessualità. Un dibattito aperto*, Cittadella Editrice, Assisi, 2000.

Gairdner W., *The Trouble with Canada*, Stoddart, Toronto, 1990.

Galán J.I.P., *Same-sex couples in Spain. Historical, contextual and symbolic factors*, in M. Digoix & P. Festy (eds.), *Same-sex couples, same-sex partnerships, and homosexual marriages: A Focus on cross-national differentials*, Documents de travail n. 124, Ined., 2004, 159-172, in http://www-same-sex.ined.fr/WWW/04Doc124Ignacio.pdf.

Gallus G.B., *Le agevolazioni di viaggio e la loro concessione sulla base dell'orientamento sessuale del dipendente*, in *Diritto dei trasporti*, 2000, 2, 455.

Gatos P., *Third-Parent Adoption in Lesbian and Gay Families*, in 26 *Vermont Law Review*, 195 (2001).

Gavidia Sánchez J.V., *Uniones homosexuales y concepto constitucional de matrimonio*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2001, 61,11.

Gavigan S.A.M., *A parent(ly) knot: can heather have two mommies?*, in *Legal Inversions. Lesbians, Gay Men, and the politics of*

Law, C. Stychin, D. Herman (eds.), Temple University Press, Philadelphia, 1995, 102-117.

Gee G., *Same-sex marriage in Massachusetts: judicial interplay between federal and state courts*, in *P.L. 2004 SUM* 252.

Gerber P., *Case Comment: South Africa: Constitutional Protection for Homosexuals. A Brave Iniziative, But Is It Working?*, in 9 *Australasian Gay & Lesbian Law Journal*, The Federation Press, Auckland, 37 (2000).

Gerhard U., *Cittadinanza di genere*, in G. Bonacchi, *Una Costituzione senza Stato*, Bologna, Il Mulino, 2001, 327.

Gerstmann E., *Same-sex Marriage and the Constitution*, Cambridge University Press, New York, 2004.

Gerstmann E., *The constitutional underclass. Gays, lesbians and the failure of class-based equal protection*, The University of Chicago Press, Chicago-London, 1999.

Gerstmann E., *We are the world? What United States courts can and should learn from the law and politics of other nations*, in 1 *J. Int'l L. & Int'l Rel.*, 279 (2004-2005).

Gevisser M., *A Different Fight for Freedom: A history of South African lesbian and gay organization from the 1950s to the 1990s*, in M. Gevisser, E. Cameron, *Defiant Desire*, Routledge, New York-London, 1995, 14.

Gevisser M., Cameron E., *Defiant Desire*, Routledge, New York-London, 1995.

Gibbins R., *How in the world can you contest equal human dignity? A response to Professor Errol Mendes "Taking equality into 21st century: establishing the concept of equal human dignity"*, in 12 *Nat'l J. Const. L.* 25 (2000-2001).

Gibson D., *Analogous Grounds of Discrimination Under the Canadian Charter: Too Much Ado About Next to Nothing*, 29 *Alberta Law Review*, 772 (1991).

Glensy R.D., *Which countries count? "Lawrence v. Texas" and the selection of foreign persuasive authority*, in 45 *Va. J. Int'l L.*, 357 (2005).

Goehring J., *"Lawrence v. Texas": Dignity, a New Standard for Substantive Rational Basis Review?*, in 13 *Law & Sexuality*, 727 (2004).

Goldberg S.B., *Give Me Liberty or Give Me Death: Political Asylum and the Global Persecution of Lesbians and Gay Men*, in S. Levy (ed.), *Asylum Based on Sexual Orientation: a resource guide*, San Francisco, IGLHRC, 1996, 23.

Goldberg S.B., *Morals-based justifications for lawmaking: before and after "Lawrnece v. Texas"*, in 88 *Minn. L. Rev.*, 1233 (2004).

Goldberg S.G., *Marriage equality in New Jersey?*, in 233-APR *N.J. Law.*, 35 (2005).

Goldblatt B., *Litigating equality. The example of child care*, in *Acta Juridica*, Juta, Cape Town, 2001, 8.

Goldblatt B., *Regulating domestic partnership. A necessary step in the development of South African family law*, in 120(3) *SALJ*, 610 (2003).

Goldford D.J., *The American Constitution and the Debate over Originalism*, Cambridge University Press, New York, 2005.

Gonfroy F., *Un fait de civilisation méconnu: l'homosexualité masculine à Rome*, thèse troisième cicle, Poitiers, 1972.

Gonsiorek J.C., Rudolph J.R., *Homosexual Identity: Coming Out and Other Development Events*, in Aa.Vv., *Homosexuality*, J.C. Gonsiorek, J.D. Weinrich (eds.), Sage Publications, Newbury Park-London-New Delhi, 1991, 161.

Gonsiorek J.C., *The Empirical Basis for the Demise of the Illness Model of Homosexuality*, in Aa.Vv., *Homosexuality*, J.C. Gonsiorek, J.D. Weinrich (eds.), Sage Publications, Newbury Park-London-New Delhi, 1991, 115.

Gonsiorek J.C., Weinrich J.D., *The Definition and Scope of Sexual Orientation*, in Aa.Vv., *Homosexuality*, J. C. Gonsiorek, J.D. Weinrich (eds.), Sage Publications, Newbury Park-London-New Delhi, 1991, 1.

Goodman R., *The Incorporation of International Human Rights Standards into Sexual Orientation Asylum Claims: Cases of Involuntary "Medical" Intervention*, in 105 *Yale Law Journal*, 255 (1995).

Goolam N.M.I., *Equality before the law and freedom from discrimination. Differential treatment of classes of persons in legislation. Mwellie v. Ministry of Works, Transport and Communication*, in 60 (2) *THRHR*, 335 (1997).

Goolam N.M.I., *The "Potentially Polygamous" Saga: When will it end? Amod v. Multilateral Motor Vehicle Accidents Funds (Commission of Gender Equality Intervening)*, in 63(3) *THRHR*, 522 (2000).

Gottardi D., *Il diritto antidiscriminatorio e la nozione di discriminazioe diretta e indiretta*, in *La discriminazione fondata sull'orientamento sessuale: l'attuazione della Direttiva 2000/78/CE e la nuova disciplina per la protezione dei diritti delle personeomosessuali sul posto di lavoro*, a cura di S. Fabeni, M.G. Toniollo, Roma, Ediesse, 2005, 117-131.

Gottardi R., *Italian authorities refuse to recognise Dutch marriage*, in ILGA-Europe (ed.), *Same-sex marriage: ultimate sign of equality or end of gay liberation?*, in *ILGA-Europe Newsletter*, vol. 5 issue 2, summer 2005,15.

Goulde T.R., *"In Re Kandu": defining DOMA – deferential Washington Bankruptcy court deals blow the equal protection and due process by upholding federal ban on recognition of same-sex marriage*, in 14 *Law & Sexuality*, 193 (2005).

Graff E.J., *What is Marriage For?*, Beacon Press, Boston, MA, 1999.

Grano J.D., *Ely's Theory of Judicial Review: Preserving the Significance of the Political Process*, in 42 *Ohio State Law Journal*, 167 (1981).

Grant B., *Homosexual Marriage and the Constitution*, in 12(4) *SAJHR*, 568 (1996).

Grauerholz S.L., *Colorado's Amendment 2 Defeated: the Emergence of a Fundamental Right to particiapete in the Political Process*, in 44 *DePaul Law Review*, 841-915 (1995).

Graupner H., *Austria*, in Aa.Vv., *Combating sexual orientation discrimination in employment: legislation in fifteen EU member states*, Waaldijk K., Bonini-Baraldi M. (eds.), E.M Meijers Institute of Legal Studies, Leiden, November 2004.

Greco S., *Nuovi sviluppi in materia di tutela dei diritti fondamentali, in Rivista italiana di diritto pubblico comunitario, 1998, 6, 1369.*

Green R., *Sugar and Spice: Scientific Study Attempting to Link Child Tomboys to Adult Lesbians*, in *WESTLAW* (database) *#1995 wl 6295869.*

GREEN R., *The "sissy boy syndrome" and the development of homosexuality*, Yale University Press, New Haven, 1997.

GREENBERG D., *The construction of Homosexuality*, Chicago University Press, Chicago, 1988.

GREENBERG J.A., *What do Scalia and Thomas really think about Sex? Title VII and Gender Non-Conformity Discrimination: Protection for Transsexuals, Intersexuals, Gays and Lesbians*, in 24 *T. Jefferson L. Rev.*, 149 (2002).

GREENWALT K., *The Enduring Significance of Neutral Principles*, 78 *Columbia Law Rev*, 982 (1978).

GRIDER S., *Sexual Orientation as Ground for Asylum in the United States-in Re Tenorio, No A72 093 558 (EOIR Immigration Court, July 26, 1993)*, in 35 *Harvard International Law Journal*, 213 (1994).

GRIFFIN A., *Another Case, Another Clause. Same-Sex Marriage, Full Faith and Credit and the U.S. Suprem Court's Evolving Gay Rights Agenda*, 2 *Public Law* 315 (1998).

GRIFFITHS A.M.O., *In the shadow of marriage: gender and justice in an African community*, University of Chicago Press, Chicago, 1998.

GRILLINI F., MARELLA M.R. (a cura di), *Stare insieme. I regimi giuridici della convivenza tra status e contratto*, Jovene, Napoli, 2001.

GROPPI T., *La Corte suprema del Canada come giudice dei diritti*, in G. ROLLA (a cura di), *Lo sviluppo dei diritti fondamentali in Canada fra universalità e diversità culturale*, Giuffrè, Milano, 2000, 63.

GUGLIA F., *La paradossale discriminazione degli eterosessuali*, in *Il Giornale*, 22 settembre 1999, 10.

GUGLIELMO M., *The Amended Equal treatment Directive: How Will it Impact Sexual Harassment Legislation in European Union Member States?*, in 29 *Suffolk Transnat'l L. Rev.*, 289 (2006).

GUIGUET B., *Le droit communautaire et la reconnaissance des partenaires de même sexe*, in *Cahiers de droit européen*, 1999, 5-6, 553.

GUILD E., *Free Movement and Same-sex Relationships: Existing EC Law and Article 13 EC*, in R. WINTEMUTE, M. ANDENÆS (eds.), *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships. A Study of National,*

European, and International Law, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 2001, 677.

GULATI S., *The use of gender-loaded identities in sex-stereotyping jurisprudence*, in 78 *N.Y.U. L. Rev.*, 2177 (2003).

GUTTIEREZ F.J., *Gay and Lesbian: An Ethnic Identity Deserving Equal Protection*, in 4 *Law & Sexuality: A Review of Lesbian & Gay Legal Issue*, 195-248 (1994).

HALATYN L.H., *Political Asylum and Equal Protection: Hypocrisy of United States Protection of Gay Men and Lesbians*, in 22 *Suffolk Transnational Law Review*, 133 (1998).

HALDEMAN D.C., *Sexual Orientation Conversion Therapy for Gay Men and Lesbians: A Scientific Examination*, in AA.VV., *Homosexuality*, J.C. GONSIOREK, J.D. WEINRICH (eds.), Sage Publications, Newbury Park-London-New Delhi, 1991, 149.

HALDEMAN D.C., *The Practice and ethics of Sexual orientation Conversion Therapy*, in 62 (2) *Journal of Consulting and Clinical Psychology*, 221 (1994).

HALLET J.P., SKINNER M.B. (eds.), *Roman Sexualities*, Princeton University Press, Princeton, 1997.

HALLEY J.E., *Reasoning about Sodomy: Act and Identity In and After "Bowers v. Hardwick"*, in LXXIX *Virginia Law Review*, 1721 (1993).

HALLEY J.E., *The Status/Conduct distinction in the 1993 Revision to Military Anti-Gay Policy*, in 3 (2-3) *GLQ. A Journal of Lesbian and Gay Studies*, 159 (1996).

HALLEY J.E., *The Politics of the Closet: towards equal Protection for Gay, Lesbian, and Bisexual Identity*, in 36 *UCLA Law Review*, 915-976 (1989).

HALPERIN D.M., *How to Do the History of Homosexuality*, University of Chicago Press, Chicago, 2002.

HALPERIN D.M., *One Hundred Years of Homosexuality and Other Essays in Greek Love*, Routledge, New York, 1990.

HALPERIN D.M., WINKLER J.J., ZEITLIN F.I. (eds.), *Before Sexuality: The Construction of Erotic Experience in the Ancient Greek World, Princeton University Press, Princeton, 1991.*

HALTOM B., *The 28th Amendment: can President Bush save my marriage?*, in 40-MAR *Tenn. Bar J.*, 33 (2004).

HARCOURT B.E., *Foreword: "You Are Entering a Gay and Lesbian Free Zone": On the Radical Dissents of Justice Scalia and Other (Post-) Queers*, in 94 *The Journal of Criminal Law & Criminology*, 503 (2004).

HARGIS C.S., *Queer Reasoning: Immigration Policy, "Baker v. State of Vermont", and the (Non)Recognition of Same-Gender Relationships*, in 10 *Law & Sexuality*, 211 (2001).

HART H.L.A., *Tra utilità e diritti*, in *Sociologia del diritto*, 1979, 1/2, 1 ss.

HARVARD LAW REVIEW ASSOCIATION, *Inching down the aisle: differing paths toward the legalization of same-sex marriage in the United States and Europe*, in 116 *Harv. L. Rev.*, 2004 (2003).

HARVARD SURVEY, *Developments in the Law: Sexual Orientation and the Law*, in 102 *Harward Law Review*, 1508 (1989).

HAUSMAN B., *Changing Sex. Transsexualism, Technology, and the Idea of Gender*, Duke University Press, Durham NC, 1995.

HAVENGA P., *Same-sex unions, the Bill of Rights and medical aid schemes: Langemaat v. Minister of Safety and Security*, in 61(4) *THRHR*, 272 (1998).

HAWTHORNE L., *The principle of equality in the law of contract*, in 58(2) *THRHR*, 157 (1995).

HAYES L., *International Affermative Action Approaches in International Trade Serving as a Possibile Model for Minority Groups*, in 12 *Currents: Int'l Trade L.J.* 78 (2003).

HAYSOM N., *Dignity*, in M.H. CHEADLE, D.M. DAVIS, N.R.L. HAYSOM (eds.), *South African Constitutional Law: The Bill of Rights*, Butterworths, Durban, 2002, 123.

HAYSOM N., *Freedom of Association*, in M.H. CHEADLE, D.M. DAVIS, N.R.L. HAYSOM (eds.), *South African Constitutional Law: The Bill of Rights*, Butterworths, Durban, 2002, 247.

HEEB J.L., *Homosexual Marriage, the Changing American Family, and the Heterosexual Right to Privacy*, in 24 *Seton Hall Law Review*, 347 (1993).

HEINZE E., *Sexual Orientation and International Law: a Study in the Manufacture of Cross-Cultural "Sensitivity"*, in 22 *Michigan Journal of International Law*, 283-309 (2001).

HEINZE E., *Sexual Orientation: a Human Right. An Essay on International Human Rights Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht-Boston-London, 1995.

HELFER L.R, *Finding a* Consensus *on Equality: The Homosexual age of consent and the European Convention on Human Rights*, in 65 *New York University Law Review*, 1044-1100 (1990).

HELFER L.R., MILLER A.M., *Sexual Orientation and Human Rights: Toward a United States and Transnational Jurisprudence*, in 9 *Harvard Human Rights Law Journal*, 61, 67-77 (1996).

HENKIN L., *Infallibility under Law: Constitutional Balancing*, 78 *Columbia Law Rev*, 1023 (1978).

HENKIN L., *Shelley v Kraemer: Notes for a Revised Opinion*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 473 (1962).

HENKIN L., *The Age of Rights*, Columbia University Press, New York, 1990.

HENRICH D., *Kollisionsrechtliche Fragen der eingetragenen Lebenspartnerschaft*, in *Fam RZ*, 2002, 137.

HERMAN D., *The good, the bad, and the smugly: Perspectives on the Canadian charter of rights and freedoms*, in 14(4) *Oxford Journal of Law Studies*, Oxford University Press, 590-604 (1994).

HILTON S., *Restraints on Homosexual Rights Legislation: is There a Fundamental Right to Participate in the Political Process*, in 28 *U.C. Davis Law Review*, 445 (1995).

HIRSCH H.N., *Levels of Scrutiny, the First Amendment, and Gay Rights*, in 7 *Law & Sexuality: A Review of Lesbian & Gay Legal Issue*, 87-100 (1997).

HIRSCH H.N., *The Future of Gay Rights in America*, Routledge, New York, 2005.

HOAD N., *Tradition, modernity and human rights: an interrogation of contemporary gay and lesbian rights' claims in Southern African nationalist discourses*, in 2 *Development Update*, 32 (1998).

HOGG P.W., *Canada: the constitutiona and same-sex marriage*, in 4 *Int.'l J. Const. L.*, 712 (2006).

HOMICZ A.J., *Constitutional law. Substantive Due Process and the not-so fundamental right to sexual orientation. "Lawrence v. Texas"*, 123 S. Ct. 2472 (2003), in 37 *Suffolck U. L. Rev.*, 1249 (2004).

HOVELL D., WILLIAMS G., *A tale of two systems: the use of international law in constitutional interpretations in Australia and South Africa*, in 29 *Melb. U. L. Rev.*, 95 (2005).

HOVERMILL J.W., *A Conflict of Laws and Morals: The Choice of Law Implications of Hawaii's Recognition of Same-Sex Marriage*, in 53 *Maryland Law Review*, 450 (1994).

HOWARTH J.W., *Adventures in heteronormativity: the straight line from liberace to Lawrence*, in 5 *Nev. L.J.* 260 (2004).

HUBBARD T.K., *Homosexuality in Greece and Rome: A Sourcebook of Basic Documents*, University of California Press, Berkeley-Los Angeles, 2003.

HUDSON D.L., *Court won't tie "Lawrence" to gay adoption law: 11tt Circuit rejects arguments by Florida foster parents*, in 3(5) *ABA J. E-Report*, 1 (2004).

HUGHES H.L., *Same-sex marriage and simulacra: exploring conceptions of equality*, in 33 *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 237 (1998).

HUMAN RIGHTS WATCH, *Hatred in the Hallways. Violence and Discrimination against Lesbian, Gay, Bisexual, and Transgender Students in U.S. Schools*, Human Rights Watch, New York-Washington-London-Brussels, 2001, 1-203.

HUME D., *Trattato sulla natura umana*, in A. CARLINI, E. LECALDANO, E. RISTRETTA (a cura di), *Opere filosofiche 1*, Laterza, Bari, 1993.

HUNTER N.D., MICHAELSON S., STODDARD T., *The Rights of Lesbians and Gay Men: The Basic ACLU Guide to a Gay Person's Rights*, Southern Illinois University Press, Carbondale, 1992.

HUNTER N., JOSLIN C.G., MCGOWAN S.M., *The Rights Of Lesbians, Gay Men, Bisexuals, And Transgender People: The Authoritative Aclu Guide To The Rights Of Lesbians, Gay Men, Bisexuals, And Transgender People*, New York University Press, New York, 2004.

HUNTER N., *Life After* Hardwick, in 27 *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 538, n. 30 (1992).

HUNTER N.D., *Living with "Lawrence"*, in 88 *Minnesota Law Review*, 1103 (2004).

HUTCHINSON D.L., *"Closet Case":* Boy Scouts of America v. Dale *and the Reinforcement of Gay, Lesbian, Bisexual, and Transgender Invisibility*, in 76 *Tulane Law Review*, 81 (2001).

IGLHRC, *Public Scandals: Sexual Orientation and Criminal Law in Romania*, Human Rights Watch, New York-Washington-London-Brussels, 1998.

ISAACK W., *Equal in Word of Law: The Rights of Lesbian and Gay People in South Africa*, in *Human Rights* 19 (Summer 2003).

ISHMAEL-PERKINS N., *Zimbabwe: a brief History of love*, in 2 *Development Update*, 66 (1998).

IVISON J., *An inevitable end, reached painfully: The next vote on the issue may well be at the polls*, in *NationalPost*, Toronto, June 29, 2005, A4.

JACKSON V.C., *Holistic interpretation, comparative constitutionalism, and fissian freedoms*, in 58 *U. Miami L. Rev.*, 265 (2003).

JAGWANTH S., *What is the difference? Group categorization in "Pretoria City Council v. Walker"*, in 15(2) *SAJHR*, 200 (1999).

JARA M., LAPINSKY S., *Forging a representative gay liberation movement in South Africa*, in 2 *Development Update* 44 (1998).

JAY K., YOUNG A., *Out of the Closets: Voices of Gay Liberation*, New York University Press, New York, 1992.

JAZBHAY S.A., *A threat to constitutional values: the Interception and Monitoring Bill*, in *De Rebus*, 11 (2002).

JENSEN S., *La reconnaissance des préférences sexuelles: le modèle scandinave*, in D. BORRILLO (éd.), *Homosexualités et droit*, PUF, Paris, 1998, 262.

JOHANNESSEN L., *A Critical View of the Constitutional Hate Speech Provision*, in 13 (1) *SAJHR*, 135 (1997) .

JOHNSON G., *Vermont Civil Unions: The New Language of Marriage*, in 25 *Vermont Law Review*, 15 (2000).

JOHNSON V., *Comment, Making Words on a Page Become Everyday Life: A Strategy to Help Gay Men and Lesbians Achieve Full Equality Under South Africa's Constitution*, 11 *Emory Int'l L. Rev.*, 583 (1997).

JONAS H., *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, a cura di P.P Portinaio, Einaudi, Torino, 2002.

JORDAAN D.W., *The open society*, in 64(1) *THRHR*, 107 (2001).

JYOGIS J.A., DUPLAK R.R., TRAINOR J.R., *Sexual Orientation and Canadian Law: an Assesment of the Law Affecting Lesbian and gay Persons*, 1996, Emond Montgomery, Toronto, 1-153.

KANT I., *Fondazione della metafisica dei costume*, a cura di V. Mathieu, Milano, Bompiani, 2003.

KANT I., *La metafisica dei costumi*, a cura di G. Vidari, Laterza, Roma-Bari, 2004.

KANT I., *The moral law: Kant's groundwork of the metaphisic of morals*, translated by H.J. Paton, Routledge, London-New York, 1991.

KAPLAN M.B., *Sexual justice: democratic citizens and the politics of desire*, Routledge, New York, 1997.

KARST K., *Foreword: Equal Citizenship Under the Fourteenth Amendment*, in 91 *Harvard Law Review*, 23-24 (1977).

KATZ J.N., *Gay American History*, Meridian, New York, 1992.

KATZ M.P., *Close Encounters of the Third Kind: Privacy, Equality and the Expression of Homosexual Preference*, in 12(2) *SAJHR*, 308 (1996).

KAY R.S., *"Originalist" values and constitutional interpretation*, in 19 *Harv. J.L. & Pub. Pol'y*, 335 (1996).

KEANE T.M., *Aloha, Marriage? Constitutional and Choice of Law Arguments for Recognition of Same-Sex Marriages*, in 47 *Stanford Law Review*, 499 (1995).

KELLER C.J., *Divining the Priest: A Case Comment on* Baehr v. Lewin, in 12 *Law & Inequality*, 483 (1994).

KELLEY W.K., *Inculcating constitutional values*, in 15 *Const. Comment.*, 161 (1998).

KENDALL T., *Beyond the Privacy Principle*, in 92 *Columbia Law Review*, 1431 (1992).

KENDE M.S., *Gender stereotypes in South African and American constitutional law: The advantages of a pragmatic approach to equality and transformation*, in 117(4) *SALJ*, 745 (2000).

KENTRIDGE J., *Sexual Equality and Discrimination: a Reply to Meyerson*, in 10(2) *SAJHR*, 398 (1994).

KESSLER S.J., *Lessons from the Intersexed*, NJ Rutgers University Press, New Brunswick, 1998.

KESSLER S.J., MCKENNA W., *Gender: An Ethnomethodological Approach*, Wiley, New York, 1978.

KESSLER S.J., *The Medical Construction of Gender. Case Management of Intersexed Infants*, 16 (1) *Signs: A Journal of Women in Culture and Society*, 3 (1990).

KHALSA R.K., *Polygamy as a red herring in the same-sex marriage debate*, in 54 *Duke L.J.*, 1665 (2005).

KILPATRICK G.R., *"The National Coalition for Gay and Lesbian Equality v. The Minister of Justice": a New Era in South African Sexual Orientation Protection*, in 24 *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, 699 (1999).

KIMBALL A.M., *"Romer v. Evans" and Colorado's Amendment 2: The Gay Movement's Symbolic Victory In The Battle For Civil Rights*, in 28 *University of Toledo Law Review*, 219 (Fall 1996).

KINSEY A.C. *et al.*, *Sexual Behavior in the Human Female*, W.B. Saunders Co., Philadelphia, 1953.

KINSEY A.C., POMEROY W.B., MARTIN C.E., *Sexual Behavior in the Human Male*, W.B. Saunders Co., Philadelphia, 1948.

KINSMAN G., *The Regulation of Desire: Sexuality in Canada*, Black Rose Books, Montréal, 1987.

KIRSCH J.A.W., WEINRICH J.D., *Homosexuality, Nature, and Biology: Is Homosexuality Natural? Does It Matter?*, in AA.VV., *Homosexuality*, J.C. GONSIOREK, J.D. WEINRICH (eds.), Sage Publications, Newbury Park-London-New Delhi, 1991, 13.

KLAAREN J., *Non-Citizens and Constitutional Equality:* "Larbi-Odam v. MEC for Education" (North-West Province), in 14(2) *SAJHR*, 286 (1998).

KLARMAN M.J., *Brown and Lawrence (and Goodridge)*, in 104 *Mich. L. Rev.*, 431 (2005).

KMIEC D.W., *The procreative argument for proscribing same-sex marriage*, in 32 *Hastings Const. L.Q.*, 653 (2004-2005).

KNAUER N.J., *"Lawrence v. Texas": When "Profound and Deep Convictions" Collide With Liberty Interests*, in 10 *Cardozo Women's Law Journal*, 325 (2004).

KOHM L.M., *The Homosexual "Union": Should Gay and Lesbian Partnerships Be Granted the Same Status as Marriage?*, in 22 *J. Contemp. L.*, 51 (1996).

KOHM L.M., *A Reply to "Principles and Prejudice": Marriage and the Realization that Principles Win Over Political Will*, in 22 *J. Contemp. L.*, 293 (1996).

KOK A., *Homosexuality, the Bill of Rights and the unlawfulness criterion in the law of delict*, in 118(1) *SALJ*, 102 (2001).

Kok A., *The Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act: Why the controversy?*, in 2 *Tydskrif Vir Die Suid-Afrikaanse Reg*, 294 (2001).

Kommers D.P., *German constitutionalism: a prolegomenon*, in *40 Emory L.J.*, 837 (1991).

Koppelman A., *Dumb and DOMA: Why the Defense of Marriage Act is Unconstitutional*, 83 *Iowa Law Review*, 1 (1997).

Koppelman A., *Interstate recognition of same-sex marriages and civil unions: a handbook for judges*, in 53 *U. Pa. L. Rev.*, 2143 (2005).

Koppelman A., *"Lawrence"'s Penumbra*, in 88 *Minnesota Law Review*, 1171 (2004).

Koppelman A., *"Romer v. Evans" and Invidious Intent*, in 6 *William and Mary Bill of Rights Journal*, 89 (1997).

Koppelman A., *The decline and fall of the case against same-sex marriage*, in 2 *U. St. Thomas L.J.*, 2 (2004).

Koppelman A., *The Gay Rights Question in Contemporary American Law*, University of Chicago Press, Chicago, 2002.

Koppelman A., *The Miscegenation Analogy in Europe, or, Lisa Grant meets Adolf Hitler*, in R. Wintemute, M. Andenæs (eds.), *Legal Recognition of Same-Sex Partnership. A Study of National, European, and International Law*, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 2001, 623.

Koppelman A., *The miscegenation analogy: sodomy law as sex discrimination*, in 98 *Yale L.J.*, 145 (1988).

Koppelman A., *Why Discrimination Against Lesbian and Gay Men is Sex Discrimination*, in 69 *N.Y.U. L. Rev.*, 197 (1994).

Kovacs K.E., *Recognizing Gay and Lesbians Families: Marriage and Parental Rights*, in 5 *Law & Sexuality: A Review of Lesbian & Gay Legal Issue*, 513-541 (1996).

Kozuma S.K., *"Baehr v. Lewin" and Same-Sex Marriage: The Continued Struggle for Social, Political and Human Legitimacy*, in 30 *Williamette Law Review*, 891 (1994).

Kralingen A.V., *The dialogic saga of same-sex marriage: EGALE, Halpern, and the relationship between suspended declarations and productive political discourse and rights*, in 62 *U. Toronto Fac. L. Rev.*, 149 (2004).

Kramer L., *Same-sex Marriage, Conflict of Laws, and the Unconstitutional Public Policy Exception*, 106 *Yale Law Journal*, 1965 (1997).

Kraus J., *Monkey see, monkey do: on* Baker, Goodridge, *and the need for consistency in same-sex alternatives to marriage*, in 26 *Vermont L. Rev.*, 959 (2002).

Kroeze I.J., *Doing things with values: the role of constitutional value in constitutional interpretation*, in 2 *STELL LR*, 270 (2001).

Kronman A.T., *Alexander Bickel's Philosophy of Prudence*, in 94 *Yale Law Journal*, 1567 (1985).

Krotoszynski R.J. Jr., Spitko E.G., *Navigating dangerous constitutional Straits: a prolegomenon on the federal marriage amendment and the disenfranchisement of sexual minorities*, in 76 *U. Colo. L. Rev.*, 599 (2005).

Kruger R., *Appearance and reality: constitutional protection of the institutions of marriage and the family*, in 66(2) *THRHR*, 285 (2003).

Kubasek N.K., Frandorf A., Minnick K.J., *Civil Union statutes: a shortcut to legal equality for same-sex partners in a landscape littered with Defense Of Marriage Acts*, in 15 *U. Fla. J.L. & Pub. Pol'y*, 229 (2004).

La Rocca D., *La "scommessa" egualitaria nella costruzione della cittadinanza europea*, in L. Califano, *Donne, politica e processi decisionali*, Torino, Giappichelli, 2004.

Labuschagne J.M.T., *Eengeslaghuwelike:'n Menseregtelike en Regsevolusionere Perpektief*, in 12(4) *SAJHR*, 534 (1996).

Labuschagne J.M.T., *Sexual Orientation, Sexual Autonomy and Discrimination in Definition of Crime*, in 12(2) *SAJHR*, 321 (1996).

Lahey K.A., *Are We "Persons" Yet? Law and Sexuality in Canada*, University of Toronto Press, Toronto-Buffalo-London, 1999.

Lambda, *State, Cities and Counties Prohibiting Sexual Orientation Discrimination*, Lambda Legal Defense and Education Fund Inc., New York, 1998.

Langston C.W., *Fundamental right, fundamentally wronged: Oregon's unconstitutional stand on same-sex marriage*, in 84 *Or. L. Rev.*, 861 (2005).

LAU H., *Sexual orientation: testing the universality of international human rights law*, in 71 *U. Chi. L. Rev.*, 1689 (2004).

LAUMANN E., GAGNON J., MICHAEL R., MICHAELS S., *The Social Organization of sexuality*, University of Chicago Press, Chicago, 1994.

LAVIOLETTE N., *The immutable refugees: sexual orientation in "Canada (A.G.)" v.* Ward, in 55(1) *University of Toronto Faculty of Law Review*, 1 (1997).

LAW D.S., *Generic Constitutional Law*, *in* 23 *University of San Diego School of Law: University of San Diego Public Law and Legal Theory Research Paper Series* 3 (September 2004), in http://law.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1015&context=sandiegolwps).

LAW S.A., *Homosexuality and the Social Meaning of Gender*, in 1988 *WILR* 187.

LAWRENCE M.A., *Reviving a natural right: the freedom of autonomy*, in 42 *Willamette L. Rev.*, 123 (2006).

LEONARD A., *"Boy Scouts of America v. Dale"*: *The 'Gay Rights Activist' as Constitutional Pariah (Symposium: After the Gay '90s: The New Law and Politics of Sexual Orientation)*, in 12 *Stanford Law & Policy Review*, 27 (2001).

LEONARD A., *Courts Reject Voter Initiatives to Ban Laws That Protect Gays*, in 3(2) *Employment Testing: Law and Policy Reporter* 24 ss. (February 1994).

LEONARD A., *Going for the brass ring: the case for same-sex marriage*, in 82 *Cornell Law Review*, 572 (1996-97).

LEONARD A., *"Lawrence v. Texas" and the New Law of Gay Rights*, in 30 *Ohio Northern University Law Review*, 189 (2004).

LEONARD A., *Ten Propositions About Legal Recognition of Same-Sex Partners*, in 30 *Capital University Law Review,* 343 (2002).

LEONARD A.S., *Homosexuality and the Constitution*, Garland, New York, 1997.

LEONARD A.S., *The impact of international human rights developments and sexual minority rights*, in 49 *N.Y.L. Sch. L. Rev.*, 525 (2004-2005).

LEVAY S., *Queer Science. The Use and Abuse of Research into Homosexuality*, MIT Press, Cambridge, Mass., 1996.

LEVAY S., *The sexual Brain*, MIT Press, Cambridge, Mass., 1993.

LEVIN D., *The Constitution as Rhetorical Symbol in western Anti-gay Rights initiative: The Case of Idaho*, in AA.VV., *Anti-gay Rights. Assessing Voter Initiatives*, S.L. WITT, S. MCCORKLE (eds.), Praeger, Westport-London, 1997, 33.

LEVINET M., *La liberté matrimoniale au sens de la Convention Européenne des droits de l'homme*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2004, 60, 889.

LEWIS K.H., *Equal Protection after* Romer v. Evans*: Implications for the Defense of Marriage Act and Other Laws*, 49 *Hastings L.J.*, 175 (1997), 180.

L'HEUREUX-DUBÉ C., *Making a difference: The pursuit of Equality and a compassionate justice*, in 13(3) *SAJHR*, 335 (1997).

L'HEUREUX-DUBÉ C., *Realizing equality in the twentieth century: the role of the Supreme Court of Canada in comparative perspective*, in 1 *International Journal of Constitutional Law*, 35 (Jan. 2003).

LIEBENBERG S., *The interpretation of Socio-Economic Rights*, in M. CHASKALSON, J. KENTRIDGE, J. KLAAREN, G. MARCUS, D. SPITZ, A. STEIN, S. WOOLMAN (eds.), *Constitutional Law of South Africa*, Juta, Cape Town, 2004, 33-57.

LIEBENBERG S., *The value of human dignity in interpreting socio-economic rights, Conference of the SA Journal of Human Right "Twenty Years oh Human Rights Scholarship and Ten-Years of Democracy"*, 5-7 July 2004.

LIEBENBERG S., O' SULLIVAN M., *South Africa's new equality legislation. A tool for advancing women's socio-economic equality?*, in *Acta Juridica*, Juta, Cape Town, 2001, 70.

LIEBENBERG S., *Justice O'Reagan delivers prestige lecture on equality*, in *Kampusnuus*, 26 August 2004, 4.

LIN T.E., *Social Norms and Judicial Decisionmaking: Examining the Role of Narratives in Same-sex Adoption Case*, in 99 *Columbia Law Review*, 741 (1999).

LIND C., HASLAM E., *Stories of Sexuality in Constitutional Reform in South Africa: Translating Individual Experiences into Law. Draft Paper for the Wits Law and Society Workshop*, Johannesburg 25-26 September 2003.

LIND C., *Politics, Partnership Rights and the Constitution in South Africa… (and the problem of sexual identity)*, in R. WINTEMUTE,

M. Andenæs (eds.), *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships. A Study of National, European, and International Law*, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 2001, 279.

Lind C., *Sexual Orientation, Family Law and Transitional Constitution*, 112 *SALJ*, 481 (1995).

Lindley K.V., *Will the tower topple? The future of morality as a legitimate state interest argument in homosexual legal issues*, in 53 *Drake L. Rev.*, 1063 (2005).

Linton P.B., *Same-sex "marriage" under state equal rights amendments*, in 46 *St. Louis U. L.J.*, 909 (2002).

Linton P.B., *State equal rights amendments: making a difference or making a statement?*, in 70 *Temp. L. Rev.*, 907 (1997).

Lipkin R.J., *The harm of same-sex marriage: real or imagined?*, in 11 *Widener L. Rev.*, 277 (2005).

Lloyd J.C., *Case Comment:* Halpern v. Canada (A.G.), in 41(2) *Alberta Law Review*, 643 (September 2003).

Lloyd J.C., *Defining Marriage, Step One: "Egale" v. "Canada"*, in 39(4) *Alberta Law Review*, 963 (April 2002).

Lobsinger E.J., *A national model for reconciling equal protection for same-sex couples with state marriage amendments: "Alaska Civil Liberties Union Ex Rel. Carter v. Alaska"*, in 23 *Alaska L. Rev.*, 117 (2006).

Loenen T., *The Equality Clause in the South African Constitution: Some Remarks from a Comparative Perspective*, in 13(3) *SAJHR*, 401 (1997).

Loosemore S., *"Egale v. Canada": The Case for Same-Sex Marriage*, in 60(1) *University of Toronto Faculty Law Review*, 43 (Winter 2002).

Lorda J.L., *La ceremonia de la confusión matrimonial*, in *Diario de Navarra*, 10-5-2005.

Louw R., *Gay and Lesbian Partner Immigration and the Redefining of Family: "National Coalition for Gay and Lesbian v. Minister of Home Affairs"*, in 16(2) *SAJHR*, 313 (2000).

Louw R., *Gay and Lesbian Sexualities in South Africa. From Outlawed to Constitutionally Protected*, in L.J. Moran, D. Monk, S. Baresford (eds.), *Legal Queeries. Lesbian, Gay and Transgender Legal Studies*, Cassell, London-New York, 1998, 139.

Louw R., *"Langemaat v. Minister of Safety and Security 1998 (3) SA 312 (T)": A Gay and Lesbian Victory but a Constitutional Travesty*, in 15(3) *SAJHR*, 393 (1999).

Louw R., *Sexual Orientation, criminal law and the Constitution: privacy versus equality*, in 11(3) *South African Criminal Justice*, 375 (1998).

Louw R., *Sexual Orientation*, in 8 *South African Human Rights Yearbook*, 245 (1997/1998).

Louw R., *Sexual Orientation, the right to equality and the common-law offence of sodomy: "S v. Kampher 1997 (2) SACR 418 (C)"*, in 11 (1) *South African Journal of Criminal Justice*, 112 (1998).

Loveland I., *A fundamental right to be gay under the fourteenth amendment*, in 4 *Public Law*, 601-612 (1996).

Lucarelli A., *Statuti regionali e nuovi diritti*, in *Forum di Quaderni costituzionali* (http://webunife.it/progetti/forumcostituzionale; 26-1-2004).

Luchini L., *Rettificazione di sesso e diritto al cambiamento del prenome: riflessioni in merito alla legge 164/1982*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 1997, 773.

Lusky L., *By What Right? A Commentary on the Supreme Court's Power to Revise the Constitution*, The Michie Company, Charlottesville, Virginia, 1975.

MacDougall B., *Queer Judgements: Homosexuality, Expression and the Courts* in *Canada, University of Toronto Press*, Toronto, 2000.

MacDougall B., *The Celebration of Same-Sex Marriage*, in 32 *Ottawa Law Review*, 235 (2000-2001).

Mackinnon C.A., *The road not taken: sex equality in* Lawrence v. Texas, in 65 *Ohio St. L.J.*, 1081 (2004).

Maguire S., *The Human rights of sexual minorities in Africa*, in 35 *Cal. W. Int'l L.J.*, 1 (2004).

Maithufi IP, *The Recognition of Customary Marriages Act of 1998: A commentary*, in 63(3) *THRHR*, 509 (2000).

Makhonya Dibodu T., *Ethical Foundation of Affirmative Action*, in 36(2) *Codicillus*, 18 (1995).

Mallen A., *Sex Roles Stereotypes, Gender Identity and Parental Relationship in Male Homosexuals and Heterosexuals*, in Aa.Vv.,

Homosexuality and Social Sex Roles, The Haworth Press, New York, 1983, 55.

Managas E.A., *California's Assembly Bill 205, the Domestic Partner Rights and Responsibilities Act of 2003: is domestic partner legislation compromising the campaign for marriage equality?*, in 17 *Hastings Women's L.J.*, 39 (2006).

Mancini G.F., *Relazione alla conferenza tenuta alla Human Rights and Equal opportunities Commission, sotto gli auspici della University of New South Wales (Sidney): Workplace discrimination and the law of the European Union*, novembre 1998.

Manjoo R., *Legislative Recognition of Muslim Marriages in South Africa*, in 32 *Int'l J. Legal Info.*, 271-282 (2004).

Marcosson S.A., *"Romer" and the limits of legitimacy: stripping opponents of gay and lesbian rights of their "first line of defense" in the same-sex marriage fight*, in 24 *Journal of Contemporary Law*, 217 (1998).

Marcus G., *Freedom of Expression under the Constitution*, 10 *SAJHR*, 140 (1994).

Mariscal De Gante M., Lopez Pasaro E., *Transexualidad y discriminación*, in *Revista española de Derecho del Trabajo*, 1999, 96, 601.

Markey K., *An overview of the legal challenges faced by gay and lesbian parents: how courts treat the growing number of gay family*, in 3 *New York Law School Journal of Human Rights*, 721-755 (1998).

Markovitz L., *Should the law of Intestate Succession Accommodate Same-sex Couples?*, in *Responsa Meridiana*, 2001, 122.

Marr D., *How can We Square Freedom with Anti-Vilification Laws*, in *Australasian Gay & Lesbian Law Journal*, The Federation Press, Auckland, 2000, 9, 9-21.

Martinez De Aguirre Aldaz C., *Matrimonio Homosexual ¿por qué no?*, ined., noviembre 2004, in http://www.unav.es/civil/nosindebate/mhmdaguirre.pdf.

Martinez F.R., *Homosexualidad y Constitución*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2005, 73, 111.

Mason G., *Boundaries of Sexuality: Lesbian Experience and Feminist Discourse on Violence Against Woman*, in *Australasian Gay*

and Lesbian Law Journal, The Federation Press, Auckland, 1997, 7, 41-56.

MAUNEY C.E. JR., *Landmark decision or limited precedent: does* Lawrence v. Texas *require recognition of a fundamental right to same-sex marriage?*, in 35 *Cumb. L. Rev.*, 147 (2004-2005).

MAXWELL N.G., *Opening Civil Marriage To Same-Gender Couples: a Netherlands-United States Comparison*, 18 *Arizona Journal of international and comparative law*, 141 (2001).

MCALLISTER M.C., *Human dignity and individual liberty in Germany and the United States as examined through each country's leading abortion cases*, in 11 *Tulsa J. Comp. & Int'l L.*, 491 (2004).

MCC. MATHIAS C. JR., *Ordered liberty: the original intent of the constitutional*, in 47 *Md. L. Rev.*, 174 (1987).

MCCRUDDEN C., CHAMBERS G. (eds.), *Individual Rights and the Law in Britain*, The Law Society-Clarendon Press, Oxford, 1994.

MCDAVID HARRIS E., *Intercourse Against Nature: The Role of the Covenant on Civil and Political Rights and the Repeal of Sodomy Laws in the United States*, in 18 *Houston Journal of International Law*, 525-556 (1996).

MCDONNELL B.H., *Is incest next?*, in 10 *Cardozo Women's L.J.*, 337 (2004).

MCDONOUGH M., *Gay marriage decision harks back 55 years*, in 2(46) *ABA J. E-Report*, 1 (2003).

MCGOWAN M.O., *From outlaws to ingroup:* Romer, Lawrence, *and the inevitable normativity of group recognition*, in 88 *Minn. L. Rev.*, 1312 (2004).

MCGUIRE R.J., CARLISLE J.M., YOUNG B.G., *Sexual Deviations as Conditioned Behaviour. A Hypothesis*, in 2 *Behaviour Research and Therapy*, 185 (1965).

MCINNES J., *Case Note on Case C-249, "Lisa Jacqueline Grant v. South West Trains Ltd"*, in 36 *Common Market Law Review*, 1054 (1999).

MCK. NORRIE K., *Reproductive Technology, Transsexualism and Homosexuality: New Problems for International Private Law*, in 43 *International and Comparative Law Quarterly*, 757-775 (1994).

MCLAREN T., *"The best interest of the child": a right or a principle?*, in *Responsa Meridiana*, 2005, 119-135.

Melis S., *Il regime giuridico delle coppie omosessuali in Europa*, in *Rassegna parlamentare*, 2005, 1, 267.

Mercati G., *Notizie varie di antica letteratura medica e di bibliografia*, Tipografia poliglotta vaticana, Roma, 1917.

Messinetti D., *Personalità (diritti della)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXIII, Giuffrè, Milano, 1983, 373.

Metter C.M., *Some "incest" is harmless incest: determining the fundamental right to marry of adults related by affinity without resorting to state incest statutes*, in 10-WTR *Kan. J.L. & Pub. Pol'y*, 262 (2000).

Meyerson D., *Multiculturalism, religion and equality*, in *Acta Juridica*, Juta, Cape Town, 2001, 104.

Meyerson D., *Rights Limited. Freedom of Expression, religion and the South African Constitution*, Juta, Cape Town, 1997.

Meyerson D., *Sex and Gender in the South African Law Commission's Proposed Bill of Rights, The ANC's Draft Bill of rights, and the Government's Proposals on a Charter of Fundamental Rights*, in 9(2) *SAJHR*, 291 (1993).

Meyerson D., *Sexual Equality and The Law*, in 9(3) *SAJHR*, 237 (1993).

Michelman F., *Foreword: On Protecting the Poor through the Fourteenth Amendment*, in 83 *Harvard Law Review*, 7-59 (1969).

Michelman F.I., *Liberties, fair values, and constitutional method*, in 59 U. *Chi. L. Rev.*, 91 (1992).

Miguel Freitas P., *Portugal*, in Aa.Vv., *Combating sexual orientation discrimination in employment: legislation in fifteen EU member states*, Waaldijk K., Bonini-Baraldi M. (eds.), E.M Meijers Institute of Legal Studies, Leiden, November 2004, 377-406.

Mill J.S., *Sulla libertà*, a cura di G. Mollica, Bompiani, Milano, 2003.

Mill J.S., *Utilitarismo*, Cappelli, Bologna, 1981.

Millbank J., *Lesbian Mothers, Gay Fathers: Sameness and Difference*, in *Australasian Gay and Lesbian Law Journal*, The Federation Press, Auckland, 1992, 2, 21-40.

Miller H.M., *An Argument for the Application of equal Protection Hightened Scrutiny to Classification Based on Homosexuality*, in 57 *Southern California Law Review*, 797 (1984).

MILTON J., *Unfair discrimination on the grounds of "gender", sex… [or] sexual orientation". How the Sexual Offence Act 1957 does it all*, in 10 *South African Journal of Criminal Justice*, 297 (1997).

MISCHKE C., *Big Law. Little Wrong: discrimination on the Basis of sexual orientation and the New South African Constitution order*, in 36(1) *Codicillus*, 33 (1995).

MITCHELL B., *Unfair discrimination or necessary for equal opportunity? The ECJ upholds positive action in* Lommers v. Minister Van Landbouw, in 26 *Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev.*, 469 (2004).

MOERINGS M., *The Netherlands: Front Runners in Anti-discrimnation Laws*, in L.J. MORAN, D. MONK, S. BARESFORD (eds.), *Legal Queeries. Lesbian, Gay and Transgender Legal Studies*, Cassell, London-New York, 1998, 125.

MOHR R.D., *The Shag-A-Delict Supreme Court: "Anal Sex", "Mistery", "Destiny", and the "Transcendent" in "Lawrence v. Texas"*, in 10 *Cardozo Women's Law Journal*, 365 (2004).

MOHYUDDIN F., *United States Asylum Law in the Context of sexual Orientation and Gender Identity: Justice for Transgendered?*, in 12 *Hastings Women's Law Journal*, 387 (2001).

MONEY J., EHRHARDT A.A., *Man &Woman, Boy & Girl. The Differentiation and Dimorphism of Gender Identity from Conception to Maturity*, John Hopkins University Press, Baltimore, 1972.

MONEY J., *Gay, Straight, and In-Between: The Sexology of Erotic Orientation*, Oxford University Press Inc., New York, 1988.

MONEY J., *Linguistic Resources and Psychodynamic Theory*, 28 *British Journal of Medical Psychology*, 264 (1955).

MONTALTI M., *Affirmative action in South Africa: an enforceable right or a defence? Some reflections from a comparative perspectice*, J.O. FROSINI, L. PEGORARO (eds.), Bonomo: CCSDD Lectures Series, Bologna, 2006.

MONTALTI M., *Il felice epilogo del "same-sex marriage" in Sudafrica*, in *Quaderni costituzionali*, 2006, 2, 344-347.

MONTALTI M., *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso è un diritto fondamentale? Due recenti pronunce in Massachusetts dopo "Lawrence v. Texas"*, in *Politica del Diritto*, 2004, 4, 687-700.

Montalti M., *L'efficacia orizzontale del "Bill of Rights" sudafricano alla luce di alcune riflessioni comparative*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2004, 4, 1714-1733.

Montalti M., *La battaglia legale per il* same-sex marriage *in Canada e Sudafrica: eguaglianza e dignità umana "versus" libertà religiosa*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 6/2004, 4819-4833.

Montalti M., *Same-sex marriage tra protezione statale e principio federale*, in *Quaderni costituzionali*, 2004, 1, 35.

Montalti M., *U.S.A. Il matrimonio tra persone dello stesso sesso è un diritto fondamentale?*, in *Forum di Quaderni costituzionali* (http://web.unife.it/progetti/ forumcostituzionale/telescopio2.htm#mm ; 20-01-2004).

Moodie T.D., *Going for Gold. Men, Mines, and Migration*, Witwatersrand University Press, Johannesburg, 1994.

Moran L.J., Monk D., Baresford S. (eds.), *Legal Queeries. Lesbian, Gay and Transgender Legal Studies*, Cassell, London-New York, 1998.

Moran R.F., *Love with a proper stranger: what anti-miscegenation laws can tell us about the meaning of race, sex, and marriage*, in 32 *Hofstra L. Rev.*, 1663 (2004).

Morello C., *Singles' Sex No Longer a Va. Crime: Defense in Herpes-Based Suit Leaned on 19th-Century Law*, in *Washington Post*, Jan. 15, 2005, B5.

Mori P., *La parità tra uomo e donna nel trattato di Amsterdam*, in Aa.Vv., *Il trattato di Amsterdam*, Milano, Giuffrè, 1999.

Morin E., *I sette saperi necessari all'educazione del futuro*, Raffaello Cortina, Milano, 2001.

Moscati E., Zoppini A. (a cura di), *I contratti di convivenza*, Giappichelli, Torino, 2002.

Mosikatsana T.L., *Comment on the "Adoption by K and B, Re"*, in 12(4) *SAJHR*, 582 (1996).

Mosikatsana T.L., *Gay/lesbian adoptions and the best interest standard: A critical analitical perspective*, in *Acta Juridica*, Juta, Cape Town, 1996, 114.

Mosikatsana T.L., *The Definitional Exclusion of Gays and Lesbians From Family Status*, in 12(4) *SAJHR*, 549 (1996).

Moss S.M., *"McGriff v. McGriff": consideration of a parent's sexual orientation in child custody disputes*, in 41 *Idaho L. Rev.*, 593 (2005).

MOTARA S., *Making the Bill of Rights a Reality for Gay and Lesbian Couples: "National Coalition for Gay and Lesbian Equality v. Minister of Home Affairs"*, in 16(2) *SAJHR*, 344 (2000).

MOWCHAN S.C., *A Supreme Court is "willing to start down the road": the slippery slope of "Lawrence v. Texas"*, in 17 *Regent U. L. Rev.*, 125 (2004-2005).

MUENZEN T., *Equal Protection. The Supreme Court of Washington takes its first step in applying an independent to the privileges and immunities clause of the Washington Constitution in finding that it provides greater protection than the federal equal protection clause: "Grant County Fire Prot. Dist. No. 5 v. City of Moses Lake"*, 42 P.3d 394 (Wash. 2002), in 34 *Rutgers L.J.* 1205 (2003).

MURDOCH J., PRICE D., *Courting Justice: Gay Men and Lesbians v. the Supreme Court*, Basic Books, New York, 2002.

MURPHY T., *Redirecting Sexual Orientation. Techniques and Justifications*, in 29 *Journal of Sexual Research* 501 (1992).

MURRAY M., *Problems with California's definition of incest*, in 11 *J. Contemp. Legal Issues*, 104 (2000).

MYERS M.G., *Polygamist eye for the monogamist guy: homosexual sodomy… gay marriage… is polygamy next?*, in 42 *Hous. L. Rev.*, 1451 (2006).

NAIDU M., *The causes of indirect discrimination against women in employment*, in 39(1) *Codicillus*, 33 (1998).

NELSON W.E, *The Fourteenth Amendment: From Political Principle to Judicial Doctrine*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 1988.

NEUWIRTH J., *Inequality Before the Law: Holding States Accountable for Sex Discriminatory Laws under the Convention on Elimination of all Forms of Discrimination Against Women and through the Beijing Platform for Action*, in 18 *Harv. Hum. Rts. J.*, 19 (2005).

NGWENA C., *Sexuality rights as human rights in Southern Africa with particular reference to South Africa*, in 17(1) *SA Public Law*, 1 (2002).

NIBI L., *La parità di trattamento in materia di occupazione e condizioni di lavoro: prime riflessioni sul d. lgv. 216/2003*, in

Diritto&Diritti, settembre 2003 (www.diritto.it/articoli/lavoro/nibi7.html).

Niemczyk B.N., *"Baker" v. "Nelson" revisited: is same-sex marriage coming to Minnesota?*, in 28 *Hamline L. Rev.*, 425 (2005).

Nkoli S., *Wardrobes: Coming out as a black gay activitist in South Africa*, in M. Gevisser, E. Cameron, *Defiant Desire*, Routledge, New York-London, 1995, 249.

Noble S., *Same-sex marriage under the Final Constitution*, in *Responsa Meridiana*, 91 (1997).

Nolan L.C., *The meaning of "Loving": marriage, Due Process and Equal Protection (1967-1990) as equality and marriage, from "Loving" to "Zablocki"*, in 41 *How. L.J.*, 245 (1998).

Norris M.P., Randon M.A., *Sexual Orientation and the Workplace : Recent Developments in discrimination and Harassment Law*, in 9(2) *Employee Relations Law Journal*, 233-246 (1993).

Novak D., *Nature, Morality, and Homosexuality*, in *Natural Law and Contemporary Public Policy*, D.F. Forte (ed.), Georgetown University Press, Wagshington, 1998, 29-40.

Nowak J.E., Rotunda R.D., *Constitutional Law*, West Publishing Co., St. Paul, Minnesota, 1995[5].

Nunin R., *Recepite le direttive comunitarie in materia di lotta contro le discriminazioni*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2003, 10, 905.

Nussbaum M.C., *Capacità personale e democrazia sociale*, a cura di G. Zanetti, Diabasis, Reggio Emilia, 2003.

Nussbaum M.C., *Diventare persone. Donne e universalità dei diritti*, Bologna, Il Mulino, 2001.

Nussbaum M.C., *Giustizia sociale e dignità umana: da individui a persone*, Il Mulino, Bologna, 2002.

Nussbaum M.C., *L'intelligenza delle emozioni*, Bologna, Il Mulino, 2004.

Nussbaum M.C., *Nascondere l'umanità. Il disgusto, la vergogna, la legge*, Roma, Carocci, 2005.

Nussbaum M.C., *Women and Human Development: the Capabilities Approach*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000.

O'Connor S.D., *Keynote Addresse before the Ninethy-Sixth Annual Meeting of the American Society of International Law* (Mar. 16, 2002), 96 *Am. Soc'y Int'l L. Proc*, 348 (2002).

O'Rourke S.P., Lee Dellinger L.K., *Romer v. Evans: The Centerpiece of the American Gay Rights Debate*, in Aa.Vv., *Anti-gay Rights. Assessing Voter Initiatives*, S.L. Witt, S. McCorkle (eds.), Praeger, Westport-London, 1997, 133.

Oates K., *Public policy and the recognition of same-sex marriage*, in 12-FEB *Nev. Law.*, 32 (2004).

Olivetti-Rason N., *Una recente sentenza della Corte Suprema statunitense in tema di parità tra uomo e donna*, in *Diritto e società*, 1988, 1, 183-194.

Olyan S.M., Nussbaum M.C., *Sexual Orientation and Human Rights in American Religious Discourse*, Oxford University Press, New York, 1998.

Omen B., *Traditional woman-to-woman marriages, and the Recognition of Customary Marriages Act*, in 63(2) *THRHR*, 274 (2000).

Orgon Coolidge D., Duncan W.C., *Definition or Discrimination?: State Marriage Recognition Statutes in the "Same Sex Marriage" Debate*, in 32 *Creighton Law Review*, 3 (1998).

Orighi G.A., *Il mio grosso grasso matrimonio olandese*, in *Panorama*, 3 novembre 2005, 118.

Orrù R., *La VI Revisão della costituzione portoghese del 1976: dalla scelta "minimalista" al risultato altamente problematico*, in *Diritto pubblico Comparato ed Europeo*, 2004, 3, 1136-1150.

Oshige Mcgowan M., *From Outlaws to Ingroup: Romer, Lawrence and the Inevitable Normativity of Group Recognition*, in 88 *Minnesota Law Review*, 1322-1325 (2004).

Overing A., Vermeulen J., Kempe Th., Ruygers H., *L'omosessualità. Aspetti medici, sociali e pastorali*, Queriniana, Brescia, 1967.

Oxman B.H., *European Community. Principle of Equal Treatment. Sex Discrimination. Positive Action in Employment of Women*, in 96 *Am. J. Int'l L.*, 453 (2002).

Pagan L.A.A., *Human dignity, privacy and personality rights in the constitutional jurisprudence of Germany, the United States and the Commonwealth of Puerto Rico*, in 67 *Rev. Jur. U.P.R.* 343 (1998).

Paige R.S., *Wadding the Dog. If the State of Hawaii Accepts Same-sex Marriage Will Other States Have To?: an Examination of Conflict of Laws and escape Devices*, 47 *The American University Law Review*, 165-185 (1997).

PALADIN L., *Il principio costituzionale di eguaglianza*, Milano, 1965.

PALLARO P., *I diritti degli omosessuali nella Convenzione europea per i diritti umani e nel diritto comunitario*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 2000, 1, 111.

PALLARO P., *Il divieto di discriminazioni fondate sul sesso, fra transessualismo e libertà di orientamento sessuale*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 37, 1998, 609 ss.

PALOMBELLA G., *L'autorità dei diritti. I diritti fondamentali tra istituzioni e norme*, Roma-Bari, Laterza, 2002.

PALOMBELLA G., *Diritti come norme e come fini*, in *Ragion Pratica*, 2003, 20, 73-109.

PANTAZIS A., *An Argument for the Legal Recognition of Gay and Lesbian Marriage*, in 114(3) *SALJ*, 556 (1997).

PANTAZIS A., *Home and the world: Lesbian and gay places in the law*, in 119(2) *SALJ*, 305 (2002).

PANTAZIS A., *How to Decriminalise Gay sex: "National Coalition for Gay and Lesbian Equality v. Minister of Justice"*, in 15(2) *SAJHR*, 188 (1999).

PANTAZIS A., *Lesbian and gay elders and the law*, in 119(3) *SALJ*, 534 (2002).

PANTAZIS A., *Lesbian and gay youth in law*, in 117(1) *SALJ*, 51 (2000).

PANTAZIS A., *Meanings of Transsexualism*, in 13(3) *SAJHR*, 468 (1997).

PANTAZIS A., *The homosexual panic and gay advance defense*, in 10 *South African Journal of Criminal Justice*, 85 (1997).

PANTAZIS A., *The Problematic Nature of gay Identity*, in 12(2) *SAJHR*, 291 (1996).

PARK J.S., *Pink Asylum: Political Asylum Eligibility of Gay Man and Lesbian Under U.S. Immigration Policy*, in S. Levy (ed.), *Asylum Based on Sexual Orientation: a resource guide*, San Francisco, IGLHRC, 1996, 3.

PASFIELD J.R., *Confronting America's ambivalence towards same-sex marriage: a legal and policy perspective*, in 108 *W. Va. L. Rev.*, 267 (2005).

PASTORI G., *Luci e ombre dalla giurisprudenza costituzionale in tema di norme programmatiche degli statuti regionali*, in *Forum di Quaderni costituzionali*.

PATRICK J., *A Merit Badge for Homophobia? The Boy Scouts Earns the Right to Exclude Gays in "Boy Scouts of America v. Dale"*, in 10 *Law & Sexuality*, 93 (2001).

PATTI S., *Attribuzione di sesso e mutamento di nome: lacune della legge e soluzioni giurisprudenziali*, in *Il foro italiano*, 1983, 589 ss.

PAULSEN J.W., *The significance of "Lawrence v. Texas"*, in 41 *Houston Lawyer* 32 (2004).

PAULY I.B., *Terminology and Classification of Gender Identity Disorders*, in W.O. BOCKTING, E. COLEMAN (eds.), *Gender Dysphoria. Interdisciplinary Approaches in Clinical Management*, The Haworth Press Inc., New York-London-Norwood, 1992, 7.

PAYNE J.E., *Abundant Dulcibus Vitiis, Justice Kennedy: In "Lawrence v. Texas", an Eloquent and Overdue Vindication of Civil Rights Inadvertently Reveals What Is Wrong with the Way the Rehnquist Court Discusses Stare Decisis*, in 78 *Tulane Law Review*, 969 (2004).

PEARL M.L., *Chipping Away at "Bowers v. Hardwick": Making the Best of an Unfortunate Decision*, in 63 *New York University Law Review*, 154 (1988).

PEDETTA M., *La Corte costituzionale salva gli enunciati degli Statuti regionali sulla tutela delle "forme di convivenza" mettendoli nel limbo*, in *Forum di Quaderni costituzionali*.

PERELLA MCCONAGHY J., *Constitutional Law. Hawaii Subjects Sex-Based Classifications to Strict Scrutiny Analysis. "Baehr v. Lewin"*, in 28 *Suffolk University Law Review*, 164 (1994).

PÉREZ J.I.A., *"Unioni civili", "unioni di fatto" e altre convivenze. Rassegna della legislazione europea*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2003, 2, 343.

PERLINGIERI P., *Sulla famiglia come formazione sociale*, in ID. (a cura di), *Rapporti personali nella famiglia*, Jovene, Napoli, 1982, 39.

PERRY M.J., *The Constitution, the Courts and Human Rights: An Inquiry into the Legitimacy of Constitutional Policy-making by the Judiciary*, Yale University Press, New Haven, 1982.

PERRY M.J., *We the People: The Fourteenth Amendment and the Supreme Court*, New York-Oxford, Oxford University Press, 1999.

PETITTI C., *I diritti nelle famiglie di fatto: attualità e futuro*, in *Familia*, 2003, 4, 1021-1037.

Pezzini B., *Matrimonio e convivenze stabili omosessuali. Resistenza del paradigma eterosessuale nel diritto comunitario e difficoltà del dialogo con le legislazioni nazionali (nonostante la Carta dei diritti fondamentali)*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2001, 3, 1519.

Pezzini B., *Transessualismo, salute e identità sessuale*, in *Rassegna di diritto civile*, 1984, 461.

Phillips O., *Zimbabwe*, in D.J. West, R. Green (eds.), *Sociolegal control of Homosexuality*, Plenum Press, New York-London, 1997, 43.

Phillips O., *Zimbabwean law and the production of a white man's disease*, in 6 (IV) *Social & Legal studies*, London, 471 (1997).

Pieterse M., *Discrimination Through the eye of the Beholder*, in 16(1) *SAJHR*, 121 (2000).

Pieterse M., *Stereotypes, sameness, difference and human right: catch 22?*, in 16(1) *SAPR/PL* 93 (2001).

Pieterse M., *The Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act 4 of 2000: Final nail in the customary law coffin?*, in 117(3) *SALJ*, 627 (2000).

Pignatelli N., *Coppie omosessuali: la Spagna va oltre le socialdemocrazie scandinave*, in *Quaderni Costituzionali*, 2005, 3, 654.

Pillard R.C., *Masculinity and Femininity in Homosexuality: "Inversion" Revisited*, in Aa.Vv., *Homosexuality and Social Sex Roles*, The Haworth Press, New York, 1983, 32.

Pinelli C., Barazzoni F., *La Carta dei diritti, la cittadinanza e la vita democratica dell'Unione*, in F. Bassanini, G. Tiberi (a cura di), *Una Costituzione per L'europa*, Il Mulino, Bologna, 2003, 37.

Pinello D.R., *America's Struggle for Same-sex Marriage*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

Pinello D.R., *Gay Rights and American Law*, Cambridge University Press, Cambridge, UK, New York, 2003.

Pinori A., *Aspetti giuridici connessi ed interventi di modificazione dei caratteri sessuali*, in *Rassegna di diritto civile*, 1995, 621 ss.

Pityana B., *The Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act 4 of 2000*, in 44(1) *Codicillus*, 2 (2003).

Pizzetti F., *Il gioco non valeva la candela:il prezzo pagato è troppo alto*, in *Forum di Quaderni costituzionali*.

PLANT R., *The pink triangle. The nazi war against homosexuals*, Henry Holt and Company, New York, 1986.

POCAR V., DAMENO R., *Morale/morali. Pluralismo etico, bioetica e discriminazioni sulla base dell'orientamento sessuale*, in *Sociologia del diritto*, 2004, 2, 165.

POLIKOFF N.D., *Raising Children: Lesbian and Gay Parents Face the Public and the Courts*, in *Creating Change. Sexuality, Public Policy, and Civil rights*, J. D'EMILIO, W.B. TURNER, U. VAID (eds.), St. Martin Press, New York, 2000, 305-335.

POLIKOFF N.D., *Symposium 2000: Recognizing Partners but no Parents / Recognizing Parents but not Partners: Gay and Lesbian Family Law in Europe and the United States*, in 17 *New York Law School Journal of Human Rights* 711 (2000).

POLK L.M., *Montana's marriage Amendment: unconstitutionally denying a fundamental right*, in 66 *Mont. L. Rev.*, 405 (2005).

POLLOCK S.G., *Adequate and independent state grounds as a means of balancing the relationship between state and federal courts*, in 63 *Tex L. Rev.*, 977 (1985).

POPPER K.R., *La società aperta e i suoi nemici*, M. Pera (a cura di), Armando Editore, Roma, 1993, voll. I-II.

POSNER R., *Sex and Reason*, Harvard University Press, Cambridge, 1992.

POST R.C., *The Supreme Court, 2002 Term. Foreword: Fashioning the Legal Constitution: Culture, Courts, and Law*, in 117 *Harvard Law Review*, 4, 98 (2003).

POSTER R., *Relations Between Consenting Adults: Sodomy Law and Homosexual Marriage*, R. BAIRD, S. ROSENBAUM (eds.), Prometheus Books, Amherst, 1997.

POUND R., *Interests in Personality*, in 28 *Harvard Law Review*, 343 (1915).

POWELL H.J., *Rules for originalists*, in 73 *Va. L. Rev.*, 659 (1987).

POWELL H.J., *The Original Understanding of Original Intent*, in 98 *Harvard Law Review*, 885 (1985).

PRONK P., *Against nature? Types of moral argumentation regarding homosexuality*, Grand Rapids (Mich.), W.B. Eerdmans, 2004.

PSONAK R.A., *"Don't Ask, Don't tell, Don't Discharge" at Least in Europe: a Comparison of the Policies on Homosexuals in the Mi-*

litary in the United States, in 33 *Connecticut Law Review*, 337 (2000).

Ramanathan E.D., *Queer cases: A comparative analysis of Global Sexual Orientation-Based Asylum Jurisprudence*, in S. Levy (ed.), *Asylum Based on Sexual Orientation: a resource guide*, San Francisco, IGLHRC, 1996, 31.

Ramolotja A.M., *Determining the best interest of the child*, in 40(1) *Codicillus*, 10 (1999).

Ramsey M.D., *International materials and domestic rights: reflections on "Atkins" and "Lawrence"*, in 98 *Am. J. Int'l L.* 69 (2004).

Rasnic C.D., *The Latest Pronuncement from the European Court of Justice on Discrimination Against Homosexuals: "Grant" v. "South-West Trains"*, LTD, in 12 *New York International Law Review*, 79 (1999).

Rautenbach I., Malherbe E., *Constitutional Law*, 4th edition, LexisNexis Butterworths, Durban, 2004.

Rautenbach I.M., *Engaging the text of section 8 of the constitution in applying the bill of rights of law relating to private relations*, in 4 *Tydskrif Vir Die Suid-Afrikaanse Reg* 747 (2002).

Rautenbach I. M., *The limitation of rights of provisions of the bill of rights other than the general limitation clause: a few examples*, in 4 *Tydskrif Vir Die Suid-Afrikaanse Reg*, 617 (2001).

Rawls J., *Una teoria della giustizia*, a cura di S. Maffettone, Feltrinelli, Milano, 1983.

Rayment M.E., *Goodridge v. Department of Public Health: the wrong step at the wrong time for same-sex marriages*, in 82 *Denv. U. L. Rev.*, 109 (2004).

Reaume D., *Comparing Theories of Sex Discrimination: the Role of Comparison*, in 25 *Oxford J. Legal Stud.*, 547 (2005).

Reaume D., *Discrimination and dignity*, in 63 *La. L. Rev.*, 645 (2003).

Rehnquist W.H., *Constitutional Courts. Comparative Remarks*, Address in Commemoration of the Fortieth Anniversary of the German Basic Law (1989), ristampato in *Germany and Its Basic Law: Past, Present and Future. A German-American Symposium*, P. Kirchoff, D.P. Kommers (eds.), Nomos, 1993.

Reid G., *"Going back to God, just as we are": contesting identities in the Hope and Unity Metropolitan Community Church*, in 2 *Development Update*, 57 (1998).

Renstrom P.G., *Constitutional Rights Sourcebook*, ABC-CLIO, Santa Barbara, 1999.

Retief G., *Keeping Sodom out of the Laager*, in M. Gevisser, E. Cameron, *Defiant Desire*, Routledge, New York-London, 1995, 99.

Richards D.A.J., *Identity, and the Case for Gay Rights. Race, Gender, Religion as Anologies*, The University of Chicago Press, Chicago-London, 1999.

Richards D.A.J., *Sexual Preference as a Suspect (Religious) Classification: an Alternative Perspective on the Unconstitutionality of Anti-Lesbian/Gay Initiatives*, in 55 *Ohio State Law Journal*, 491-553 (1994).

Ringel J., *11th Circuit Nixes Sex Toys, Sex Rights*, in *Fulton County Daily Report*, July 29, 2004.

Rivera R., *Our Straight-Laced Judges: The Legal Position of Homosexual Persons in the United States*, in 30 *Hastings Law Journal*, 799 (1979).

Rivera R., *Queer Law: Sexual Orientation Law in the Mid-Eighties*, in 10 *University of Dayton Law Review*, 459 (1985), 11 *University of Dayton Law Review*, 275 (1986).

Rivera R., *Recent Developments in Sexual Preference Law*, in 30 *Drake Law Review*, 311 (1980-1981).

Roberts E., *Heightened Scrutiny Under the Equal Protection Clause: A Remedy To Discrimination Based on Sexual Orientation*, in 42 *Drake Law Review*, 485 (1993).

Robertson J., *Children of Choice. Freedom and the New reproductive Techniques*, Princeton University Press, Princeton, 1995.

Robinson D.M., *A study of the greek love-names*, Arno Press, New York, 1979.

Robinson J.A, *The best interest of children in custody litigation where homosexualism of a parent is a consideration*, in 30(2) *Tydskrif vir Regswetenskap-Journal for Juridical Science*, 107 (2005).

Roca I Girona J., *De la Pureza a la maternidad. La construcción del género femenino en la postguerra española*, Ministerio de Educación y Cultura, Madrid, 1996.

Rodríguez Ruiz B., *Recognizing the rights of unmarried cohabitants in Spain: why not treat them like married couples?*, in *Int'l J. Const. L.*, 669 (2004).

Rolla G., *Il valore normativo del principio della dignità umana. Brevi considerazioni alla luce del costituzionalismo iberoamericano*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2003, IV, 1870-1880.

Rosa F., *The Court's interpretation of the principle against sexual orientation discrimination prior to the entry into force of the 1982 Charter of Rights and Liberties*, in E. Ceccherini (ed.), *Sexual Orientation in Canadian Law*, Giuffrè, Milano, 2004, 57-58.

Rosati C.S., *What is the "meaning of marriage"?*, in 42 *San Diego L. Rev.*, 1003 (2005).

Rosen J., *Continental divide: Americans see privacy as a protection of liberty, Europeans as a protection of dignity. Will one conception trump the other – or are both destined to perish?*, in 2004-OCT *Legal Aff.* 49.

Ross G., *A "Don't Ask, Don't Tell" Update*, in *Human Rights* 27 (Fall 1995).

Ross J., *Riddle for our times: the continued refusal to apply the miscegenation analogy to same-sex marriage*, in 54 *Rutgers L. Rev.*, 999 (2002).

Ross M.W., *Femininity, Masculinity, and sexual Orientation: Some Cross-cultural Comparison*, in Aa.Vv., *Homosexuality and Social Sex Roles*, The Haworth Press, New York, 1983, 27.

Ross M.W., *The Married Homosexual Man. A Psychological Study*, Routledge and Kegan Paul, New York, 1983.

Ross M.W., *Homosexuality and Social Sex Roles: a Re-Evaluation*, in Aa.Vv., *Homosexuality and Social Sex Roles*, The Haworth Press, New York, 1983, 1.

Rossi E., *L'Europa e i gay*, in *Quaderni Costituzionali*, 2000, 2, 405.

Rossi E., *Le unioni stabili registrate di fronte alla Corte di giustizia*, in *Quaderni costituzionali*, 2001, 3, 695.

Rubenfeld J., *The Right of Privacy*, in 102 *Harvard Law Review*, 737 (1989).

Rubenstein W.B., *Cases and Materials on Sexual Orientation and the Law: Lesbians, Gay Men, and the Law (American Casebook Series)*, West Publishing Company, Saint Paul, Minnesota, 1996[2].

RUBENSTEIN W.B., *Sexual Orientation and the Law*, West Publishing Co., Saint Paul, Minnesota, 1997.

RUBENSTEIN W.B., *Since When Is the Fourteenth Amendment Our Route to equality? Some Reflections on the Construction of the "Hate-Speech" Debate from a Lesbian/Gay Perspective*, in *Speaking of Race, Speaking of Sex. Hate Speech, Civil Rights, and Civil Liberties*, H.L. GATES, A.P. GRIFFIN, D.E. LIVELY, R.C. POST, W.B. RUBENSTEIN, N. STROSSEN (eds.), New York University Press, New York-London, 1994, 280-299.

RUBENSTEIN W.B., *We Are Family: A Reflection on the Search for Legal Recognition of Lesbian and Gay Relationships*, in 8 *Journal of Law & Politics*, 89 (1991).

RUGGERI A., *"Nuovi" diritti fondamentali e tecniche di positivizzazione*, in *Politica del diritto*, 1993, 2, 183.

RUGGERI A., *Gli Statuti regionali alla Consulta e la vittoria di Pirro*, in *Forum di Quaderni costituzionali* (9 dicembre 2004).

RUGGERI A., *La Corte, la "denormativizzazione" degli statuti regionali e il primato del diritto politico sul diritto costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*.

RUIZ FABRI H., *Diritti dell'uomo e sovranità dello Stato: le frontiere sono state sostanzialmente ridefinite?*, in *Ragion Pratica*, 2004, 22, 49-74.

RUSSELL J.H., *The religious liberty argument for same-sex marriage and its effect upon recognition*, in 7 *Rutgers J.L. & Religion* 4 (2005).

RYDER B., *Equality rights and sexual orientation: confronting heterosexual family privilege*, 9 *Can. J. Fam. L.* 39 (1990).

SABBADINI L.L., *Le convivenze "more uxorio"*, in M. BARBAGLI, C. SARACENO (a cura di), *Lo Stato delle famiglie in Italia*, Il Mulino, Bologna, 1997, 86 ss.

SACHS M., *Equality questions in German Constitutional Law. Seminar Lecture LLM Course on Comparative Human Rights Law*, Stellenbosch University, August 11th 2004.

SACK E.J., *The retreat from DOMA: the public policy of same-sex marriage and a theory of congressional power under the full faith and credit clause*, in 38 *Creighton L. Rev.*, 507 (2005).

SACKS V., *Multiculturalism, Constitutionalism and South African Constitution*, in IV *Public Law*, 672 (1997).

SADTLER E.H., *A Right to Same-Sex Marriage under International Law: Can it be Vendicated in the United States?*, in 40 *Virginia Journal of international Law*, 405-447 (1999).

SAMAR V.J., *"Family" and the Political Landscape for Lesbian, Gay, Bisexual and Transgender People (LGBT): Gay Rights as a Particular Instantiation of Human Rights*, 64 Alb. L. Rev., 983 (2001).

SAMAR V.J., *Privacy and the debate over same-sex marriage* versus *unions*, in 54 *DePaul L. Rev.*, 783 (2005).

SAMAR V.J., *The Right to Privacy. Gays, Lesbians, and the Constitution*, Temple University Press, Philadelphia, 1991, 1-250.

SAMAR V.J., *Sexual orientation: the judicial response. "Bowers, Lawrence" and same-sex marriage: a meeting of hard and very hard cases*, in 24 *St. Louis U. Pub. L. Rev.*, 89 (2005).

SANCHEZ-OSORIO M., *The Road of Recognition and Application of the Fundamental Constitutional Right to Marry of Sexual Minorities in the United States, the Netherlands, and Hungary: a Comparative Legal Study*, in 8 *ILSA Journal of International and Comparative Law*, 131 (2001).

SANDERS A.B., *The "new judicial federalism" before its time: a comprehensive Review of economic substantive Due Process under state constitutional law since 1940 and the reasons for its recent decline*, in 55 *Am. U.L. Rev.*, 457 (2005).

SANDERS A.J.G.M., *Homosexuality and the Law: a Gay Revolution in South Africa*, in 41(1) *Journal of African Law*, 100 (1997).

SANDERS D., *Human Rights and Sexual Orientation in International Law*, in *ILGA News*, 11/5/2005.

SAVATER F., *Etica come amor proprio*, Roma-Bari, Laterza, 1998.

SAVINO E. (a cura di), *Platone. Simposio, Apologia di Socrate, Critone, Fedone*, Arnoldo Mondadori Editore, Milano, 1993.

SAVOLAINEN M., *Registered Partnership Act Adopted in Finland*, in *Familia*, 2002, 3, 775.

SCAHILL A., *Can Hate Speech be Free Speech*, in *Australasian Gay and Lesbian Law Journal*, The Federation Press, Auckland, 1994, 4, 1-29.

SCHACTER O., *Human dignity as a normative concept*, in 77 *Am. J. Int'l L.*, 848 (1983).

SCHIMELFENIG TL., *Recognition of the rights of homosexuals: implications of "Lawrence v. Texas"*, in 40 *California Western Law Review*, 149 (2003).

SCHLESINGER P., *Matrimonio tra individui dello stesso sesso contratto all'estero*, in *Famiglia e diritto*, 2005, 4, 415.

SCHMID H.J., *Decriminalization of Sodomy Under South Africa's 1996 Constitution: Implication for South African and U.S. Law*, in VIII (1) *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, 163.

SCHOLEM G., *le grandi correnti della mistica ebraica*, a cura di G. Busi, Torino, Einaudi, 1993.

SCHRAGGER R.C., *Cities as constitutional actors: the case of same-sex marriage*, in 21 *J.L. & Pol.*, 147 (2005).

SCHROEDER T.C., *Does sex matter? Washington's Defense Of Marriage Act under the equal rights amendment of the Washington state Constitution*, in 80 *Wash. L. Rev*, 535 (2005).

SCHWAB D., *Eingetragene Lebenspartnerschaft. Ein Überblick*, in *FamRZ*, 2001, 385.

SCHWARTZ J.L., *"Lawrence v. Texas": Court of Appeals of Texas Holds Texas Ban on Homosexual Sodomy Does Not Invidiously Discriminate Against Homosexuals under Federal and State Constitution*, in *12 Law & Sexuality*, 363 (2003).

SCURTI M.F., *Same-sex marriage: is Maryland ready?*, in 35 *U. Balt. L.F.*, 128 (2005).

SEDLER R.A., *The Constitution should protect the right to same-sex marriage*, in 49 *Waine L. Rev.*, 975 (2004).

SEDWICK E. K., *Epistemology of the Closet*, University of California Press, Berkeley, 1990.

SEEDORF S., *La garanzia costituzionale delle minoranze in Sud Africa*, in *Giurisprudenza costituzionale*, III, 2001, 1851.

SELIGSOHN A.J., *Choosing Liberty Over Equality And Sacrificing Both: Equal Protection And Due Process in Lawrence v. Texas*, in 10 *Cardozo Women's Law Journal*, 411 (2004).

SEN A., *Commodities and capabilites*, North-Holland, Amsterdam, 1985.

SERGENT B., *L'omosessualità nella mitologia greca*, Laterza, Roma, 1986.

SESTA M., *Verso nuove trasformazioni del diritto di famiglia italiano?*, in *Familia*, 2003, 1, 123.

SEVASTANO P., *An Anthropologist among Attorneys: Thoughts on Biological Sex, Gender, Marriage and the Family*, in 25 *Women's Rts. L. Rep.*, 213 (2004).

SHARPE A.N., *The transsexual and Marriage: Law's Contradictory desires*, in *Australasian Gay and Lesbian Law Journal*, The Federation Press, Auckland, 1997, 7, 1-14.

SHAW S., *No longer a Sleeping Giant: The Re-Awakening of Religious Conservatives in American Politics*, in AA.VV., *Anti-gay Rights. Assessing Voter Initiatives*, S.L. WITT, S. MCCORKLE (eds.), Praeger, Westport-London, 1997, 7.

SHERMAN P.G., *Constitutional Law. Fourteenth Amendment. State anti-sodomy laws as applied to consensual homosexual activity in the privacy of the home held unconstitutional*, in 73 *Mississippi Law Journal*, 347 (2003).

SHMAEL-PERKINS N.I., *Zimbabwe: a brief History of love*, in 2 *Development Update*, 66 (1998).

SILVER B., *'Til Deportation Do Us Part: The Extension of Spousal Recognition to Same-sex Partnership*, in 12(4) *SAJHR*, 575 (1996).

SILVERSTEIN C., *Psychological and Medical Treatments of Homosexuality*, in AA.VV., *Homosexuality*, J.C. GONSIOREK, J.D. WEINRICH (eds.), Sage Publications, Newbury Park-London-New Delhi, 1991, 101.

SIMON D., *Commentaire sous CJCE, 31 mai 2001*, D. et Royaume de Suède, soutenus par Danemark et Pays-Bas c. Conseil, *aff. C-122/99 P et C-125/99 P*, in *Europe* (Paris), 7 (juillet 2001) 11-12.

SINCLAIR J.D. (assisted by J. HEATON), *The law of Marriage*, vol. I, Kenwyn, Juta, 1996.

SINCLAIR J.D., *Marriage: is it Still a Commitment for Life Entailing a Lifelong Duty of Support?*, in *ACTA JURIDICA*, JUTA, CAPE TOWN, 1983, 75.

SINGH D., *Discrimination Against Lesbian in Family Law*, in 11(4) *SAJHR*, 571 (1995).

ŠIPOVA I., BRZEK A., *Parental and Interpersonal Relationship of Transsexuals and Masculine and Feminine Homosexual Men*, in AA.VV., *Homosexuality and Social Sex Roles*, The Haworth Press, New York, 1983, 75.

SLARK S., *Are anti-polygamy laws an unconstitutional infringment on the liberty interests of consenting adults?*, in 6 *J. L. & Fam. Stud.*, 451 (2004).

SLOTH-NIELSEN J., *Children*, in M.H. CHEADLE, D.M. DAVIS, N.R.L. HAYSOM (eds.), *South African Constitutional Law: The Bill of Rights*, Butterworths, Durban, 2002, 507.

SMITH C., WILETS J., *Lessons from the Past and Strategies for the Future: Using Domestic, International and Comparative Law to Overturn Sodomy laws*, in 24 *Seattle University Law Review*, 49-77 (2000).

SMITH C.L., *Undo Two: An Essay Regarding Colorado's Anti-Lesbian and Gay Amendment 2*, in 32 *Washburn Law Journal*, 367 (1993).

SMITH D., *Continental drift: the European Court of Human Rights and the abolition of anti-sodomy laws in* Lawrence v. Texas, in 72 *U. Cin. L. Rev.*, 1799 (2004).

SMITH J.B., *The flows of rational basis with bite: why the Supreme Court should acknowledge its application of heightened scrutiny to classifications based on sexual orientation*, in 73 *Fordham L. Rev.*, 267 (2005).

SMITH N., *Affirmative Action under the New Constitution*, in 11(1) *SAJHR*, 84 (1995).

SMITH P.S., *The Demise of Three-Tier Review: Has the United State Supreme Court Adopted a "Sliding Scale" Approach Toward Equal Protection Jurisprudence?*, in 23 *Journal of Contemporary Law*, 475-514 (1997).

SMITH R.R., *Secular Anti-Gay Advocacy in the Springfield, Missouri, Bias Crime Ordinance debate*, in AA.VV., *Anti-gay Rights. Assessing Voter Initiatives*, S.L. WITT, S. MCCORKLE (eds.), Praeger, Westport-London, 1997, 95.

SPACKMAN P.L., *"Grant v. South-West Trains": Equality for Same-Sex Partners in the European Community*, in 12 *American University Journal of International Law & Policy* 1063 (1997).

SPARLING T.A., *All in the Family: Recognizing the Unifying Potential of Same-Sex Marriage*, in 10 *Law & Sexuality*, 187 (2001).

SPENCE J., HELMREICH R.L., STAPP J., *The Personal Attributes questionnaire. A Measure of Sex-role Stereotypes and Masculinity and*

Femininity, in 4 *JSAS Catalog of Selected Documents in Psychology*, 43 (1974).

SPIJKER G.H.A., *A captive in the wrong body: transsexualism. A comparative perspective*, in 63(4) *THRHR*, 626 (2000).

SPINDELMAN M., *Surviving* Lawrence v. Texas, in 102 *Michigan Law Review*, 1615 (2004).

SPITZ R., CHASKALSON M., *The Politics of Transition. A Hidden History of South Africa's Negotiated settlement*, Witwatersrand University Press, Johannesburg, 2001.

SPRIGMAN C., OSBORNE M., *Du Plessis is* Not *Dead: South Africa's 1996 Constitution and the Application of the Bill of Rights to Private Disputes*, in 15(1) *SAJHR*, 25 (1999).

STEFANEC E., *Mimicking marriage: as the evolution of the legal recognition of same-sex marriage progresses, civil unions currently represent the best alternative to marriage*, in 30 *U. Dayton L. Rev.*, 119 (2004).

STEIN E., *Introducing "Lawrence v. Texas": Some Background and a Glimpse Of The Future*, in 10 *Cardozo Women's Law Journal*, 263 (2004).

STEIN E., *The Mismeasure of Desire: the Science, Theory, and Ethics of Sexual Orientation*, Oxford University Press, Oxford-New York, 1999.

STEINER H.J., *Individual Claims in a World of Massive Violations: What Role for the Human Rights Committee?*, in P.J. ALSTON & J. CRAWFORD (eds.), *The Future of UN Human Rights Treaty Monitoring*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, 15-54.

STEYN E., *From Closet to Constitution: The gay family rights odissey*, 1 *TSAR*, 97 (1998).

STEYN E., *On the international recognition of gay love*, in 2 *Tydskrif Vir Die Suid-Afrikaanse Reg* 340 (2003).

STEYN E., *Women who love women. A female perspective on gay family law*, in 2 *Tydskrif Vir Die Suid-Afrikaanse Reg*, 341 (2001).

STEYNBERG L., MOKOTONG M., *Extension of Duty of Support to Include Homosexual Cohabitants*, in 67(1) *THRHR*, 115 (2004).

STODDARD T.B., *"Bowers v. Hardwick", Precedent by Personal Predilection*, in 54 *University of Chicago Law Review,* 648 (1987).

Stone G.R., Seidman L.M., Sunstein C.R., Tushnet M. V., *Constitutional Law*, Aspen Publishers, Inc., Legal Education Division, Gaithersburg-New York, 2001.

Storms M., *A theory of Erotic Orientation Development*, in 88 *Psychological Review*, 340 (1981).

Storms M., *Theories of sexual Orientation*, in 38 *Journal of Personality and Social Psychology*, 783 (1980).

Strasser M., *Family, Definition, and the Constitution: On the Antimisscegenation analogy*, 25 *Suffolk University Law Review*, 881 (1991).

Strasser M., *Harvesting the fruits of gardiner: on marriage, public policy, and fundamental interests*, in 71 *Geo. Wash. L. Rev.*, 179 (2003).

Strasser M., *Marriage, parental rights, and public policy: on the FMA, its purported justification, and its likely effects on families*, in 2 *U. St. Thomas L.J.*, 118 (2004).

Strasser M., *"Defining" Marriage in light of* Moreno-Cleburne-Romer-Lawrence *jurisprudence: why DOMA cannot pass constitutional muster after "Lawrence"*, in 38 *Creighton L. Rev.*, 421 (2005).

Strasser M., *Adoption and the best interest of the child: on the use and abuse of studies*, in 38 *New. Eng. L. Rev.*, 629 (2004).

Strasser M., *Constitutional Limitations and* Baehr *Possibilities: On Retroactive Legislation, Reasonable Expectations, and Manifest Injustice*, in 29 *Rutgers Law Journal*, 271 (1998).

Strasser M., *Domestic Relations Jurisprudence and the Great Slumbering Baehr: On definitional Preclusion, Equal Protection and Fundamental Interests*, 64 *Fordham Law Review*, 921 (December 1995).

Strasser M., *Equal Protection at the Crossroads: On* Baker, *Common Benefits, and Facial Neutrality*, in 42 *Arizona Law Review*, 935 (2000).

Strasser M., *"Ex Post Facto" Laws, Bills of Attainder, and the Definition of Punishment: On DOMA, the Hawaii Amendment and Federal Constitutional Constraints*, in 48 *Syracuse Law Review*, 227 (1998).

Strasser M., *Interpretations of "Loving" in "Lawrence", "Baker", and "Goodridge": on equal protection and the tiers of scrutiny*, in 13 *Widener L.J.*, 859 (2004).

STRASSER M., *"Lawrence" and same-sex marriage bans: on constitutional interpretation and sophistical rhetoric*, in 69 *Brook. L. Rev.*, 1003 (2004).

STRASSER M., *"Lawrence", same-sex marriage and the Constitution: what is protected and why?*, in 38 *New Eng. L. Rev.*, 667 (2004).

STRASSER M., *Legally Wed: Same-Sex Marriage and the Constitution*, Cornell University Press, New York, 1997.

STRASSER M., *Legislative Presumptions and Judicial assumptions: On Parenting, Adoption, and the Best Interest of the Child*, in *U. Kan. L. Rev.*, 49 (1996).

STRASSER M., *Rebellion in the eleventh circuit: on "Lawrence", "Lofton", and the best interest of children*, in 40 *Tulsa L. Rev.*, 421 (2005).

STRASSER M., *Same-sex marriage referenda and the Constitution: on "Hunter", "Romer", and electoral process guarantees*, in 64 *Alb. L. Rev.,* 949 (2001).

STRASSER M., *Sexual orientation: the judicial response. The* Lawrence *reader: "Standhardt" and "Lewis" on women in love*, in 24 *St. Louis U. Pub. L. Rev.*, 59 (2005).

STRASSER M., *Suspect Classes and Suspect Classifications: On Discriminating, Unwittingly or Otherwise*, in 64 *Temple Law Review*, 937 (1991).

STRASSER M., *The Challenge of Same-Sex Marriage. Federalist Principles and Constitutional Protections*, Praeger, Westport-London, 1999.

STRATTON B.L., *A prediction of the United States Supreme Court's analysis of the Defense Of Marriage Act after Lawrence v. Texas*, in 45 *S. Tex. L. Rev.*, 361 (2004).

STRAUSS D.M., *The end of the beginning for gay rights under the New Jersey Constitution?: the New Jersey Domestic Partnership Act, "Lewis v. Harris", and the future of gay rights in New Jersey*, in 36 *Rutgers L.J.*, 829 (2004).

STRYDOM H.A., *The private domain and the Bill of Rights*, 10 *SAPR/PL*, 52 (1995).

STUHMCKE A., *Lesbian Access to In Vitro Fertilisation*, in *Australasian Gay and Lesbian Law Journal*, The Federation Press, Auckland, 1997, 7, 15-40.

Stychin C. F., *Constituting Sexuality: the struggle for sexual orientation in the South Africa Bill of Rights*, in 23 (IV) *Journal of Law and Society*, 455 (1996).

Stychin C., *Essential Rights and Contested Identities: Sexual Orientation and Equality Rights Jurisprudence in Canada*, in 8 *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 49-66 (1995).

Stychin C.F., *A Nation by Rights: national cultures, sexual identity politics and the discourse of rights*, Temple University Press, Philadelphia, 1998.

Sudre F., Marguenaud J-P., Andriantsimbazovina J., Gouttenoire A., Levinet M., *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Collection Thémis, PUF Droit, Paris, 2004, 38.

Sullivan A., *Virtually Normal. An Argument about Homosexuality*, Knopf, New York, 1995.

Sunstein C., *What Did* Lawrence *Hold? Of Desuetude, Sexuality, and Marriage*, in *The Supreme Court Review*, 2003, 30.

Sunstein C.R., *Sexual Orientation and The Constitution: a Note on The Relationship between Due Process and Equal Protection*, in 55 *University of Chicago Law Review,* 1161 (1988).

Swart G.J., *An outcomes-based approach to the interpretation of the right to equality*, in 13(2) *SAPR/PL* 217 (1998).

Swindler A., *Homosexuality and World Religions*, Trinity Press, Valley Forge, 1993.

Symposium, *Equality, Privacy, and Lesbian and Gay Rights After "Lawrence v. Texas"*, in 65 *Ohio State Law Journal*, 1057 (2004).

Takach R., *Gay and Lesbian Inequality. The Anti-vilification Measures*, in *Australasian Gay and Lesbian Law Journal*, The Federation Press, Auckland, 1994, 4, 30-49.

Tatchell P., *Europe in the Pink: Lesbian and Gay Equality in the New Europe*, GMP Publishers, London, 1992.

Taylor A., *Conceptions of Masculinity and Femininity as a Basis for Stereotypes of Male and Female Homosexuals*, in Aa.Vv., *Homosexuality and Social Sex Roles*, The Haworth Press, New York, 1983, 37.

Teichner S., *The Hate Speech Provision of the Promotion of Equality and the Prevention of Unfair Discrimination Act of 2000: the Good, the Bad and the Ugly*, in 19(3) *SAJHR*, 349 (2003).

THE ASSOCIATION OF THE BAR OF THE CITY OF NEW YORK COMMITTEE AND LESBIAN AND GAY RIGHTS, COMMITTEE ON SEX AND LAW, AND COMMITTEE ON CIVIL RIGHTS, *Report on marriage rights for same-sex couples in New York*, in 13 *Colum. J. Gender & L.*, 70 (2004).

THERON A., *Anty-gay violence and discrimination: the need for legislation against anty-gay hate crimes in the sociopolitically changing South Africa*, in 7(3) *Acta Criminologica*, 107 (1994).

THOMAS D.L. JR., *Same-sex marriage: the power of definition*, in 4 *Appalachian J.L.*, 109 (2005).

THOMAS K., *Beyond the Privacy principle*, in 92 *Columbia Law Review*, 1431 (1992).

THOMAS M., *Teetering on the brink of equality: sexual orientation and international constitutional protection*, in 17 (II) *Boston College Third World Law Journal*, 365 (1997).

THOMPSON J., *The Washington Constitution's prohibition on special privileges and immunities: real bite for "equal protection" Review of regulatory legislation?*, in 69 *Temp. L. Rev.*, 1247 (1996).

THORNTON B.S., *The New International Jurisprudence on the Right to Privacy: a Head-On Collision with Bowers* V. *Hardwick*, in 58 *Albany Law Review*, 725-774 (1995).

TIELMAN R., HAMMELBURG H., *Country-by-Country Survey*, in A. HENDRIKS, R. TIELMAN, E. VAN DER VEEN (eds.), *The Third ILGA Pink Book*, Prometheus, Buffalo, 1993, 249.

TLADI D. D., *Breathing constitutional values into the law of contract: freedom of contract and the Constitution*, in 35(2) *De Jure*, 306 (2002).

TOTTEN C.D., *Constitutional Precommitments to Gender Affermative Action in the European Union, Germany, Canada and the United States: a Comparative Approach*, in 21 *Berkeley J. Int'l L.*, 27 (2003).

TOULON E.J., *Call the Caterer: Hawaii to Host First Same-Sex Marriage*, in 3 *Southern California Review of Law & Women's Studies*, 109 (1993).

TRIBE L.H., *American Constitutional Law*, Foundation Press, Mineola, NY, 1988[2].

TRIBE L.H., DORF M.C., *Levels of generality in the definitions of rights*, in 57 *U. Chi. L. Rev.*, 1057 (1990).

TRIBE L.H., Lawrence v. Texas: *The "Fundamental Right" That Dare Not Speak Its name*, in 117 *Harvard Law Review*, 1893 (2004).

TRIBE L.H., *The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories*, in 89 *Yale Law Journal*, 1063 (1980).

TROSINO J., *American wedding: same-sex marriage and the miscegenation analogy*, in 73 *B.U. L. Rev.*, 93 (1993).

TURNER R., *Traditionalism, majoritarian morality, and the homosexual sodomy issue; the journey from* Bowers *to* Lawrence, in 53 *U. Kan. L. Rev*, 1 (2004).

TUSHNET M., *The possibilities of Comparative Constitutional Law*, 108 *Yale Law Journal*, 1225 (1999).

TUSSMAN J., TENBROEK J., *The Equal Protection of the Laws*, in 37 *California Law Review*, 341 (1949).

TUTU D.M., *Non c'è futuro senza perdono*, Feltrinelli, Milano, 2001.

TWOMEY A., *Strange Bedfellows: The UN Human Rights Committee and the Tasmanian Parliament*, Parliamentary Research Service, Current Issues Brief No 6, 1994, 13.

ULRICHS K.H., *The Riddle of "Manly Love". The Pioneering Work on Male Homosexuality*, translated by M. A. Lombardi-Nash, Prometheus Books, Buffalo, 1994².

VALDES F., *Queers, Sissies, Dykes, and Tomboys: Decostructing the Conflation of "Sex", "Gender", and "Sexual Orientation" in Euro-American Law and Society*, in 83 *Cal. L. Rev.*, 1 (1995).

VALENTINI C., *La sentenza "Lawrence v. Texas" e l'interpretazione del XIV Emendamento*, in *Quaderni Costituzionali*, 2005, 1, 190 ss.

VALLADARES RASCÓN E., *El derecho a contraer matrimonio y la Constitución*, in *Aranzadi civil*, 2005, 9, 29.

VAN ASWEGEN A., *The implication of the Bill of Rights for the law of contract and delict*, 11 *SAJHR*, 50 (1995).

VAN DER MEIDE W., *Legislating Equality. A Review of laws affecting gay, lesbian, bisexual, and transgendered people in the United States*, National Gay and Lesbian Task Force, National Center for Lesbian Rights, Washington DC/ San Francisco, 2000.

VAN DER STAAIJ E., *Huwelijk wordt steeds verder opgerekt*, in *Reformatorisch Dagblad*, 23-09-2005.

VAN DER VYVER J., *The private sphere in constitutional litigation*, in 57(3) *THRHR*, 378 (1994).

VAN DER WALT A.J., BOTHA H., *Coming to grips with the new constitutional order: critical comments on Harksen v. Lane No*, in 13(1) *SAPR/PL*, 17 (1998).

VAN DER WALT G., *Gay Rights and Medical Aid Scheme membership. "Langemaat v. Minister of Safety and Security [1998] 2 All SA 259 (T)"*, in 19(1) *Obiter*, 193 (1998).

VAN DER WALT J., *Blixen's difference: horizontal application of fundamental rights and the resistance to neo-colonialism*, in 2 *Tydskrif Vir Die Suid-Afrikaanse Reg* 311 (2003).

VAN DER WALT J., Progressive *Indirect Horizontal Application of the Bill of Rights: Towards a Co-operative Relation between Common-law and Constitutional Jurisprudence*, in 17(3) *SAJHR*, 341 (2001).

VAN DROOGHENBROECK S., *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruylant, Bruxelles, 2001.

VAN KRALINGEN A., *The Dialogic Saga of Same-Sex Marriage: "EGALE, Halpern", and The Relationship Between Suspended Declarations and Productive Political Discourse About Rights*, in 62(2) *University of Toronto Faculty Law Review*, 149 (Spring 2004).

VAN MARLE K., *"No Last Word". Reflection on the Imaginary Domain, Dignity and Intrinsic Worth*, in 2 *STELL LR*, 299 (2002).

VAN MARLE K., *Equality: An ethical interpretation*, in 63(4) *THRHR*, 595 (2000).

VAN MARLE K., *To Revolt Against Present Sex and Gender Images: Feminist Theory, Feminist Ethics and a Literary Reference*, in 2 *STELL LR*, 247 (2004).

VAN NIEKERK B.D., *The "Third Sex" Act*, 87 *SALJ*, 87 (1970).

VAN WYK C., *The Constitution, unfair discrimination and the right to underwrite*, in 38(1) *Codicillus*, 34 (1997).

VAN WYK C., *The constitutional treatment of hate speech in South Africa*, in 18(1) *SAPR/PL*, 186 (2003).

VETRI D.R., *Principi di Eguaglianza e "diritti dei diversi" negli Stati Uniti*, in *Politica del Diritto*, 1979, 5, 611-618.

VIEIRA N., *"Hardwick" and the Right of Privacy*, in 55 *University of Chicago Law Review*, 1181 (1988).

VIGNOLO M., *Nozze gay, è da nazisti impedire l'obiezione*, in *Corriere della Sera*, 24 aprile 2005.

VILJOEN F., *Signs of the times: changing attitudes under the new Constitution?*, in 2 *STELL LR*, 232 (1995).

VIOLA F., *Etica e metaetica dei diritti umani*, Torino, Giappichelli, 2000.

VIOLINI L., *Il diritto dei transessuali a contrarre matrimonio di fronte alla corte di giustizia*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2004, 414.

VOGEN S., *Against nature: the concept of nature in critical theory*, Albany, Albany State University of New York Press, 1996.

VOLOKH E., *Same-sex marriage and slippery slopes*, in 33 *Hofstra L. Rev.*, 1155 (2005).

VOLTERRA S., *La donna nella Suprema Corte federale del Canada*, in *Quaderni costituzionali*, 1996, 2, 245.

WAALDIJK K., BONINI-BARALDI M., *Sexual Orientation Discrimination in the European Union*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

WAALDIJK K., *Comparative analysis*, in AA.VV., *Combating sexual orientation discrimination in employment: legislation in fifteen EU member states*, WAALDIJK K., BONINI-BARALDI M. (eds.), E.M Meijers Institute of Legal Studies, Leiden, November 2004, 535-598.

WAALDIJK K., *Conclusion*, in AA.VV., *Combating sexual orientation discrimination in employment: legislation in fifteen EU member states*, WAALDIJK K., BONINI-BARALDI M. (eds.), E.M Meijers Institute of Legal Studies, Leiden, November 2004, 599-608.

WAALDIJK K., *Other May Follow: The Introduction of Marriage, and Semi-marriage for Same-sex Couples in European Countries*, in 38(3) *New England Law Review*, 569 (2004).

WAALDIJK K., *Small Change: How the Road to Same-sex Marriage Got Paved in the Netherlands*, in R. WINTEMUTE, M. ANDENÆS (eds.), *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships. A Study of National, European, and International Law*, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 2001, 437.

WAALDIJK K., *Taking same-sex partnerships seriously: European experiences as British perspectives?*, in *International Family Law*, 2003, 2, 84.

WAALDIJK K., *The Netherlands*, in AA.VV., *Combating sexual orientation discrimination in employment: legislation in fifteen EU member states*, WAALDIJK K., BONINI-BARALDI M. (eds.), E.M Meijers Institute of Legal Studies, Leiden, November 2004, 341-376.

WAALDIJK K., *Towards the Recognition of Same-sex Partners in European Union Law: Expectations Based on Trends in National Law*, in R. WINTEMUTE, M. ANDENÆS (eds.) *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships. A Study of National, European, and International Law*, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 2001, 635.

WACHSMANN P., MARIENBURG-WACHSMANN A., *La folie dans la loi: considérations critiques de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de transsexualisme*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 56, 2003, 157-183 .

WAGNER R., *Das neue internationale Privat und Verfahrensrecht zur eingetragenen Lebenspartnerschaft*, in *IPrax*, 2001, 281.

WALKER K.L., *United Nations Human Rights Law and Same-Sex Relationships: Where to from Here?*, in R. WINTEMUTE, M. ANDENÆS (eds.), *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships. A Study of National, European, and International Law*, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 2001, 743-757.

WALLER R.W., *Three State approaches to same-.sex marriage: why* Goodridge *should have followed the majority approach*, in 28 *Am. J. Trial Advoc.* 703 (2005).

WALTERS J., *Freedom of Association. Prohibition of Expulsion of Homosexual Scout Leader Violates the Boy Scout's First Amendment Right of Freedom of Expressive Association*, in 31 *Cumberland Law Review*, 407 (2001).

WALTERS M.D., *Incorporating Common Law Into the Constitution of Canada: "EGALE v. Canada" and the Status of Marriage*, in 41(1) *Osgoode Hall Law Journal*, 75 (Spring 2003).

WARD C.M., *I now pronounce you husband and wives: Lawrence v. Texas and the practice of polygamy in modern America*, in 11 *Wm. & Mary J. Women & L.*, 131 (2004).

WARDLE L.D., *A Critical Analysis of Constitutional Claims for Same-Sex Marriage*, in *Brigham Young University Law Review*, 1996, 1 ss.

WARDLE L.D., *Legal Claims for Same-Sex Marriage: Efforts to Legitimate a Retreat from Marriage by Redefining Marriage*, in 39 *South Texas Law Review*, 735-768 (1998).

WARDLE L.D. *The proposed federal marriage amendment and the risks to federalism in family law*, in 2 *U. St. Thomas L.J.*, 137 (2004).

WARDLE L.D., *Non-recognition of same-sex marriage judgments under DOMA and the Constitution*, in 38 *Creighton L. Rev.*, 365 (2005).

WASMUTH J., *La convivenza registrata tra persone dello stesso sesso in Germania e l'orientamento giurisprudenziale della Corte Costituzionale tedesca*, in *Familia*, 2003, 2, 503.

WAX A.L., *The conservative's dilemma: traditional institutions, social change, and same-sex marriage*, in 42 *San Diego L. Rev.*, 1059 (2005).

WECHSLER H., *Towards Neutral Principles of Constitutional Law*, in 73 *Harvard Law Review*, 1 (1959).

WEEKS J., *Against nature: essays on history, sexuality, and identity*, London, Rivers Oram Press, 1991.

WEEKS J., *Sex, Politics and Society. The regulation of sexuality since 1800*, Longman, London, 1993.

WEI T., SATTERTHWAITE M., *Shifting Grounds for Asylum: Female Genital Surgery and Sexual Orientation*, in 29 *Columbia Human Rights Law Review*, 467 (1998).

WEINBERG M., COLIN W., DOUGLAS P., *Dual Attraction. Understanding Bisexuality*, Oxford University Press, New York, 1994.

WEINRIB L.E., *Human dignity as a rights-protecting principle*, in 17 *Nat'l J. Const. L.*, 325 (2005).

WEINRIB L.E., *Sustaining constitutional values: the Schreiner Legacy*, in 14(3) *SAJHR*, 351 (1998).

WEINRICH J.D., WILLIAMS W.L., *Strange Customs, Familiar Lives: Homosexualities in Other Cultures*, in AA.VV., *Homosexuality. Research Implications for Public Policy*, J.C. GONSIOREK, J.D. WEINRICH (eds.), Sage Publications, Newbury Park-London-New Delhi, 1991, 44.

WEINSTEIN J., DEMARCO T., *Challenging Dissent: The Ontology and Logic of "Lawrence v. Texas"*, in 10 *Cardozo Women's Law Journal*, 423 (2004).

WEKKER G., *"What's Identity Got to Do with It?" Rethinking Identity in Light of the Mati Work in Suriname*, in E. BLACKWOOD, S.E. WIERINGA (eds.), *Female Desires: Same-Sex Relations and Transgender Practices Across Cultures*, Columbia University Press, New York, 1999, chapter 5.

WELLINGTON H.H., *Common Law Rules and Constitutional Double Standards: some Notes on Adjudication*, in 83 *Yale Law Journal*, 221 (1973).

WEST D.J., GREEN R. (eds.), *Sociolegal control of Homosexuality. A multi-nation Comparison*, Plenum Press, New York-London, 1997.

WEST D.J., *Supposed Origins of Homosexuality and Implications for social Control*, in D.J. WEST, R. GREEN (eds.), *Sociolegal control of Homosexuality. A multi-nation Comparison*, Plenum Press, New York-London, 1997, 315.

WEYEMBERGH A., *Les droits des homosexuels devant le juge communautaire*, in *Journal des Tribunaux de droit européen*, 1998, 110.

WHITMAN J.Q., *The two western cultures of privacy: dignity versus liberty*, in 113 *Yale L.J.*, 1151 (2004).

WHITTY T.S., *Eliminating the exception?* Lawrence v. Texas *and the arguments for extending the right to marry to same-sex couples*, in 93 *Ky. L.J.*, 813 (2004-2005).

WIDES D., *Family and equality in post-constitutional South Africa: an argument for same-sex marriage*, in *Responsa Meridiana*, 81 (2003).

WILDENBOER H., *The status of same-sex unions in South Africa*, in 41(2) *Codicillus*, 54 (2000).

WILETS J.D., *Conceptualizing private violence against sexual minorities as gendered violence: an international and comparative law perspective*, in 60 *Albany Law Review*, 989-1050 (1997).

WILETS J.D., *International Human Rights Law and Sexual Orientation*, in 18 *Hastings International and Comparative Law Review*, 1-119 (1994).

WILETS J.D., *Pressure from Abroad. U.N. Human Rights ruling strengthens hopes for U.S. gays and lesbians*, in *Human Rights*, Fall 1994, 22 ss.

WILETS J.D., *The Human Rights of Sexual Minorities. A Comparative and International Law Perspective*, in *Human Rights*, Fall 1995, 22 ss.

WILETS J.D., *Using International Law to Vindicate the Civil Rights of Gays and Lesbians in United States Courts*, in 27 *Columbia Human Rights Law Review*, 33-56 (1995).

WILLIAMS C.A., *Roman Homosexuality: Ideologies of Masculinity in Classical Antiquity (Ideologies of Desire)*, Oxford University Press, New York, 1999.

WILLIAMS J.A., *Re-orienting the sex discrimination argument for gay rights after* Lawrence v. Texas, in 14 *Colum. J. Gender & L.*, 131 (2005).

WILLIAMS K., *"I do" or "we won't": Legalising same-sex marriage in South Africa*, in 20(1) *SAJHR*, 34 (2004).

WILLIAMS W.L., *The Spirit and the Flesh: Sexual Diversity in American Indian Cultures*, Beacon Press, Boston, 1992.

WILLIAMS W.L., RETTER Y. (eds.), *Gay and Lesbian Rights in the United States: A Documentary History*, Greenwood Press, Westport, Connecticut, 2003.

WINKLER J.J., *Constraints of Desire: The Anthropology of Sex and Gender in Ancient Greece (New Ancient World Series)*, Routledge, New York-London, 1990.

WINTEMUTE R., ANDENAES M. (eds.), *Legal Recognition of Same-Sex Partnership. A Study of National, European, and International Law*, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 2001.

WINTEMUTE R., *A "Fundamental right to be gay" in the USA? Not yet*, in 2 *Public Law*, 420-423 (1997).

WINTEMUTE R., *Equality principle, sexual orientation discrimination, and the Canadian Charter*, in E. CECCHERINI (ed.), *Sexual Orientation in Canadian Law*, Giuffrè, Milano, 2004, 87.

WINTEMUTE R., *Recognising New Kinds of Direct Discrimination: Transsexualism, Sexual Orientation and Dress Codes*, in 60 *Modern Law Review*, 345 (1997).

WINTEMUTE R., *Remarks of Robert Wintemute: international trends in legal recognition of same-sex partnerships*, in 23 *QLR*, 577 (2004).

WINTEMUTE R., *Sexual Orientation and Human Rights. The United States Constitution, the European Convention, and the Canadian Charter*, Clarendon Press, Oxford, 1995.

WINTEMUTE R., *Sexual Orientation and the Charter: The Achievement of Formal Legal Equality (1985-2005) and Its Limits*, in 49 *McGill Law Journal*, 1143 (2004).

WINTEMUTE R., *Sexual Orientation Discrimination as Sex Discrimination: Same-Sex Couples and the Charter in "Mossop", "Egan" and "Layland"*, in 39 *MCGLJ* 429 (1994).

WINTEMUTE R., *Sexual Orientation Discrimination*, in C. MCCRUDDEN, G. CHAMBERS (eds.), *Individual Rights and the Law in Britain*, The Law Society-Clarendon Press, Oxford, 1994, 491.

WINTEMUTE R., *The Massachusetts Same-Sex Marriage Case: Could Decisions from Canada, Europe, and South Africa Help the SJC?*, in 38/3 *New England Law Review*, 505 (2004).

WITT S.L., ALM L.R., *The Correlates of Tolerance: Analyzing the Statewide Votes on Anti-gay Initiatives*, in AA.VV., *Anti-gay Rights. Assessing Voter Initiatives*, S.L. WITT, S. MCCORKLE (eds.), Praeger, Westport-London, 1997, 127.

WITTING M., *One is not Borne a Woman*, 1 *Feminist Issue*, 47 (1981).

WOCKNER R., *Gay Americans Marry In Belgium*, in *365Gay*, October 11, 2004.

WOJCIK M.E., *The wedding bells heard around the world: years from now, will we wonder why we worried about same-sex marriage?*, in 24 *N. Ill. U. L. Rev.*, 589 (2004).

WOLF L.B., WOLF J., *A Comparison between German and South African Limitation Provisions*, in 113(2) *SALJ*, 267 (1996).

WOLFF T.B., *Interest analysis in interjurisdictional marriage disputes*, in 153 *U. Pa. L. Rev.*, 2215 (2005).

WOLFSON E., MELCHER M., *DOMA's House Divided: An Argument Against the 'Defense of Marriage Act'*, 44 *Federal Lawyer*, 31 (1997).

WOLFSON E., MELCHER M.F., *The Supreme Court's Decision in* Romer v. Evans *and Its Implications for the Defense of Marriage Act*, in 16 *Quinnipiac Law Review*, 217 (1996).

WOLFSON E., *Why Marriage Matters: America, Equality, and Gay People's Right to Marry*, Simon & Schuster, New York, 2005.

WOLHUTER L., *Equality and the Concept of Difference: Same-sex Marriages in the Light of the Final Constitution*, in 114(2) *SALJ*, 389 (1997).

WOOLLEY A., *Excluded by Definition: Same-Sex Couples and the Right to Marry*, in 45 *University of Toronto Law Journal*, 471 (1995).

WOOLMAN S., DAVIS D., *The Last Laugh: "Du Plessis v. Kerk", Classical Liberalism, Creole Liberalism and The Application of Fundamental Rights under the Interim and Final Constitution*, in 12(3) *SAJHR*, 361 (1996).

WOOLMAN S., *Out of Order? Out of Balance? The Limitation Clause of the Final Constitution*, in 13(1) *SAJHR*, 102 (1997).

WOOLMAN S., *Riding the Push-me Pull-you: Constructing a Test that Reconciles the Conflicting Interests which Animate the Limitation Clause*, in 10(4) *SAJHR*, 60 (1994).

WOOLMAN S., *The Limitations of Justice Sachs' Concurrence: "Coetzee v. Government of Republic of South Africa"*, in 12(1) *SAJHR*, 99 (1996).

WOOTEN J., *Mass. ruling a powder keg*, in *Atlanta Journal-Constitution*, Nov. 23, 2003, P6.

YACOOB Z., *Some perspectives on the movement towards and the struggle for equality in our context*, in *Acta Juridica*, Juta, Cape Town, 2001, 1.

YOSHINO K., *Suspect Symbols: The Literary Argument for Heightened Scrutiny for Gays*, in 96 *Columbia Law Review*, 1753 (1996).

YOUNG-BRUEHL E., *Anatomy of Prejudices*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 1996.

ZALENSE D., *The Effectiveness of the Employment Equity Act and The Code of Good Practice in Reducing sexual Harassment*, in 17(4) *SAJHR*, 503 (2001).

ZAMANSKY S., *Colorado's Amendment 2 and Homosexual's Right to Equal Protection of the Law*, in 35 *Boston College Law Review*, 221 (1993).

ZANETTI G. F., SESTA M., *La coppia di fatto tra morale e diritto. Opinioni a confronto*, in *Familia*, 2004, 4-5, 659-703.

ZANGHÌ C., *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, Giappichelli, Torino, 2002.

ZIMMER L.R., *Family, Marriage, and the Same-Sex Couple*, in 12 *Cardozo Law Review*, 681 (1990).

ZUC R., *Legge per i gay, scontro fra i cattolici*, in *Corriere della Sera*, 16 settembre 1999, 17.

PRINCIPALI SITI INTERNET CONSULTATI

http://confinder.richmond.edu/FijiIslands.htm: sito della Costituzione delle Isole Fiji
http://europa.eu.int: portale dell'Unione Europea
http://european-convention.eu.int: sito della Convenzione Europea
http://muse.jhu.edu/ journals/sex: sito del *Journal of the History of Sexuality*
http://www.curia.eu.int: sito della Corte di Giustizia delle Comunità Europee
http://www.echr.coe.int: sito della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo
http://www.equality.org.za: sito del *Lesbian and Gay Equality Project*
http://www.georgetown.edu/pdba/Constitutions/Ecuador/ecuador98. html: sito della Costituzione dell'Ecuador
http://www.ilga.info: sito dell'*International Lesbian and Gay Association*
http://www.lambdalegal.org/cgi-bin/iowa/states/sodomy-map: sito dell'organizzazio-ne *Lambda Legal*
http://www.law.wits.ac.za/salc: sito della South African Law Commission
http://www.qrd.org: sito sulle tematiche LGBT
http://www.sodomylaws.org/bowers/bowers.htm

SOMMARIO

Parte Prima
ORIENTAMENTO SESSUALE E COSTITUZIONE: UNA PANORAMICA INTRODUTTIVA

1. Il paradigma eterosessuale. 4
2. Le minoranze sessuali 20
3. I modelli di tutela costituzionale del libero orientamento sessuale. . . . 26
   3.1. La tutela espressa: Sudafrica 28
   3.1.1. (Segue:) Fiji, Ecuador, Svizzera, Portogallo. 31
   3.2. La tutela implicita riconosciuta: Canada 40
   3.3. La tutela implicita non riconosciuta: Usa 42
   3.3.1. (Segue:) Italia 46
4. La tutela a più livelli delle minoranze sessuali 49
   4.1. Il livello sovra-costituzionale: Cedu, Unione Europea, Nazioni Unite 55
   4.2. Il livello sub-costituzionale: l'esperienza regionale italiana 60
5. Comparazione giuridica e "decostruzione sessuale" del paradigma eterosessuale 67

Parte Seconda
LA TUTELA IMPLICITA DELL'ORIENTAMENTO SESSUALE

Capitolo I
ORIENTAMENTO SESSUALE FRA DIRITTI E VALORI COSTITUZIONALI

1. Eguaglianza e libertà come diritti azionabili in giudizio. 80
   1.1. Azionabilità del diritto al libero orientamento sessuale 88
2. Le "questioni morali" nell'interpretazione e limitazione del diritto al libero orientamento sessuale 92
   2.1. L'interesse alla salute, alla morale sessuale, al benessere dei minori: la giurisprudenza del Comitato dei diritti dell'uomo da Hertzberg (1982) a Toonen (1994). 100

2.2. Il rispetto della storia, delle tradizioni nazionali, dei valori familiari e del sentimento morale maggioritario: la giurisprudenza statunitense sulle *sodomy laws* 106
2.2.1. *Bowers* v. *Hardwick* (1986) 109
2.2.2. Il post-*Hardwick* nelle giurisdizioni statali 114
2.2.3. *Lawrence* v. *Texas* (2003) 118
2.3. Il rispetto e il mantenimento di culture e costumi locali (relativismo): il discorso politico-giuridico sull'orientamento sessuale nell'Africa australe 129
2.3.1. Zimbabwe: *S.* v. *Banana* (2000) 133
2.3.2. Botswana: *Utjiwa Kanane* v. *The State* (2003) 134
3. L'ineffettività del diritto al libero orientamento sessuale e i suoi rimedi 139
3.1. Valori come fondamenti positivi giustificativi del sistema costituzionale 141
3.2. Valori come parametri interpretativi dei diritti fondamentali 145
3.2.1. Concezioni universalizzanti ed obiettive 147
3.2.2. Concezioni moralmente aperte 153
3.3. Valori come principi sulla separazione tra le attribuzioni dei poteri giudiziario e legislativo 160
4. Orientamento sessuale fra diritti e valori: eguale dignità e libertà degli orientamenti 165

Capitolo II
IL DIRITTO ALL'EGUAGLIANZA E AL RISPETTO DELL'ORIENTAMENTO SESSUALE

1. Eguaglianza, imperativi egualitari e categorie interne 172
1.1. Eguaglianza come eguale dignità della persona e dei gruppi: l'esperienza canadese 177
1.2. Eguaglianza fra i sessi, uomini e donne e orientamenti sessuali: l'esperienza comunitaria 179
2. Il sesso 184
3. Il genere 190
4. L'orientamento sessuale 193
5. La natura dell'orientamento sessuale 197
5.1. Natura-essenza umana o cultura-costruzione sociale? 199
5.2. Inclinazione innata o atto volontario? 207
5.3. Condizione personale immutabile o mutabile? 212
6. Le prassi costituzionali di riconoscimento (o non riconoscimento) dell'orientamento sessuale 216
6.1. Il Canada 216
6.2. La CEDU 222
6.3. Gli Stati Uniti 226

7. Le categorie di orientamento sessuale 238
7.1. La sessualità della condotta e dell'attrazione 243
7.2. La concezione comportamentale pura: la direzione (o impropriamente l'orientamento) sessuale della condotta 246
7.3. (Segue:) Le concezioni comportamentale ampia, identitaria e psicologica: l'orientamento sessuale della persona 247
7.4. Dalle concezioni alle categorie di orientamento sessuale 252
8. Il divieto di discriminazione fondata sull'orientamento sessuale 257
8.1. La Direttiva CE 78/2000 260
8.2. La discriminazione indiretta: orientamento sessuale ed età nell esperienze di Ontario e Quebec 265
9. L'orientamento sessuale e il transgenderismo 270
9.1. Il transessualismo e il diritto fondamentale all'identità sessuale: l'esperienza italiana 275
10. Sesso, genere (condizione coniugale, *status* civile, religione…) e orientamento sessuale: autonomia o sovrapposizione? 279
10.1. L'applicazione del divieto di discriminazione in base al sesso alle minoranze sessuali: ancora *Toonen* (1994) del Comitato dei diritti dell'uomo 295
10.2. L'applicazione del divieto di discriminazione in base al sesso-genere: l'esperienza comunitaria 297
10.2.1. Sesso-genere a tutela della donna in gravidanza e maternità . . 299
10.2.2. Sesso-genere a tutela di transessuali e minoranze sessuali 310
10.3. Sovrapposizione come presupposto per un diritto al libero genere e orientamento sessuale 328

Capitolo III
IL DIRITTO AL MATRIMONIO E ALLA LIBERA SCELTA DEL (SESSO DEL) CONIUGE

1. Matrimonio e famiglia: verso una concezione universale sessualmente decostruita 332
2. Le dominanti concezioni sessuate nelle prassi interpretative internazionale e sovrastatale 337
2.1. La giurisprudenza post-*Toonen* del Comitato dei diritti dell'uomo 342
2.2. La giurisprudenza CEDU 350
3. Le minoritarie concezioni sessualmente decostruite nelle prassi politico-legislative statali europee 355
3.1. Olanda 361
3.2. Belgio 364
3.3. Spagna 365
4. La decostruzione sessuale tra protezione provinciale e principio federale: il Canada 373

4.1. La *common law definition of marriage*: sovrapposizione fra visioni sessuate, religiose ed essenzialiste 374
4.2. Inferenze tautologiche e/o circolari ed esclusione delle *same-sex couples* 377
4.3. Sviluppi giurisprudenziali e legislativi nella definizione di matrimonio. 380
4.3.1. *EGALE* (British-Columbia), *Halpern* (Ontario) e *Hendricks* (Quebec). 382
4.3.2. Il dibattito politico 388
4.3.3. *Reference re Same-sex Marriage* 392
4.3.4. Il *Civil Marriage Act* 399
5. La decostruzione sessuale tra protezione statale e principio federale: il dibattito *in fieri* negli Stati Uniti 402
5.1. Le prassi statali di diniego del *same-sex marriage* 410
5.1.1. Minnesota 414
5.1.2. Kentucky. 416
5.1.3. Washington 417
5.1.4. Argomenti statali contrari al *same-sex marriage*: (a) definizione, (b) intenzione originaria del legislatore, (c) tradizione 422
5.2. Le prassi statali di riconoscimento del *same-sex marriage* 428
5.2.1. Hawaii 429
5.2.2. Alaska 431
5.2.3. Massachusetts 433
5.2.4. Maryland. 436
5.2.5. Argomenti statali favorevoli al *same-sex marriage*. 439
5.2.5.1. L'argomento della discriminazione sessuale 439
5.2.5.2. L'argomento del diritto fondamentale. 445
5.3. Le prassi statali di riconoscimento dei soli regimi civili separati con identici benefici coniugali 457
5.3.1. Vermont 458
5.3.2. Connecticut. 459
5.3.3. New Jersey 461
5.3.4. L'argomento statale del regime civile separato equiparato al matrimonio 465
5.4. La (presumibile) protezione federale del *same-sex marriage*: il XIV Emendamento 470
5.4.1. Il *same-sex marriage* è un diritto fondamentale?. 471
5.4.2. Il divieto di *same-sex marriage* pone in essere una *classification*? 476
5.4.2.1. L'argomento della classificazione non sospetta. 477
5.4.2.2. L'argomento della classificazione quasi sospetta. 480

Parte Terza

LA TUTELA COSTITUZIONALE ESPRESSA DELL'ORIENTAMENTO SESSUALE: IL SUDAFRICA

Capitolo I
ORIENTAMENTO SESSUALE FRA DIRITTI E VALORI DELLA SOCIETÀ APERTA E DEMOCRATICA

1. La transizione costituzionale sudafricana: storia, valori e cultura dell'umanità 487
2. La tutela costituzionale espressa dell'orientamento sessuale 496
3. L'eguaglianza (sez. 9 cost. finale) 506
   3.1. Principio di non discriminazione e *human dignity* 508
   3.2. La concezione sostanziale di eguaglianza: le azioni affermative (sez. 9(2) cost.finale) 514
   3.3. Il giudizio costituzionale di eguaglianza 520
   3.3.1. *Affirmative action* test 522
   3.3.2. *Mere differentiation* test 527
   3.3.3. *Unfair discrimination* test 529
   3.3.3.1. Quando la differenziazione equivale a *discrimination*? 530
   3.3.3.2. Quando la *discrimination* equivale ad *unfair discrimination*? 534
4. La *limitation clause* (sez. 36 cost. finale) 538
   4.1 Il giudizio costituzionale sulla limitazione dell'eguaglianza 540
5. *Arguments* a tutela del libero orientamento sessuale 543
   5.1. *Equal liberty argument* e teoria dei diritti fondamentali 546
   5.1.1. Casi di applicazione simulata dell'*equal liberty argument* 555
   5.2. *Equal liberty argument* e teoria dei valori costituzionali 562
   5.2.1. La "società aperta e democratica": Bergson contro Popper 569
   5.2.2. La moralizzazione costituzionale e il bilanciamento costituzionalmente moralizzato 578

Capitolo II
ESITI APPLICATIVI DELL'"EQUAL LIBERTY ARGUMENT": L'AFFERMAZIONE DEL DIRITTO AL LIBERO ORIENTAMENTO SESSUALE

1. Il diritto al libero orientamento sessuale come riflesso dell'*equal liberty* argument 593
2. Casi di discriminazione ingiusta lesiva del diritto al libero orientamento sessuale 596

2.1. Discriminazioni e trattamenti degradanti in ambito penale che criminalizzano la *same-sex activity* 597
2.2 Altre discriminazioni e trattamenti degradanti a sfavore di *gay*, *lesbian* e *bisexual individuals* (rinvio). 600
2.3. Altre discriminazioni e trattamenti degradanti a sfavore delle *same-sex couples* 601
2.4. Altre discriminazioni e trattamenti degradanti a sfavore di *gay*, *lesbian* e *bisexual parents* (come singoli o come coppia) 607
3. Il diritto al libero orientamento sessuale: eguaglianza 611
3.1. Il diritto a non essere discriminati, direttamente o indirettamente, in base al sesso, genere ed orientamento sessuale 614
3.1.1. L'applicazione del sesso e genere alle donne 617
3.1.2. L'applicazione del sesso, genere ed orientamento sessuale alle minoranze sessuali 623
3.2 (Segue:) Il diritto a non essere discriminati, direttamente o indirettamente, in base all'orientamento sessuale e allo *status* civile 634
3.3. Il diritto alla differenza ("*right to be different*") 638
3.4. Le misure positive 642
4. Il diritto al libero orientamento sessuale: dignità umana 643
5. Il diritto al libero orientamento sessuale: privacy 646
6. Il diritto al libero orientamento sessuale: famiglia e matrimonio 651
6.1. Diritti *del* matrimonio 653
6.2. Diritto *al* matrimonio. 658
6.2.1. Matrimonio e separazione dei poteri 660
6.2.2. Concetto/concezioni di famiglia e matrimonio nella società aperta e democratica 671
6.2.3. Matrimonio e libertà/concezione religiosa. 679
6.2.4. Contenuti/finalità del matrimonio 684
6.2.5. Matrimonio contro regimi civili separati 687
7. Il diritto al libero orientamento sessuale: diritti genitoriali 689
8. La limitazione del diritto al libero orientamento sessuale 694
9. Il diritto al libero orientamento sessuale nei rapporti interprivati 699
9.1. La protezione legislativa contro le *unfair discriminations* fondate sull'orientamento sessuale. Il *Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act*. 704
9.1.1. (Segue): La protezione legislativa contro le *unfair discriminations* fondate sull'orientamento sessuale nel lavoro 708
9.2 Altre ipotesi di *unfair discriminations* fondate sull'orientamento sessuale non coperte dagli *statutes* attuativi della sez. 9(4) cost. finale: l'applicazione orizzontale dell'*equal liberty argument*. 712

Considerazioni finali 731

APPENDICE I. Lesbian, gay and bisexual rights charter (South Africa 1993) 747
APPENDICE II. U.N. draft resolution on human rights and sexual orientation 753

APPENDICE III. Tavola della giurisprudenza citata 757

Bibliografia 779

PUBBLICAZIONI DEL SEMINARIO GIURIDICO DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

1. Coli U., *Collegia et sodalitates*, 1913.
2. Donatelli I., *La "consortia" di Avesa*, 1914.
3. Valenza P., *Il diritto di usufrutto nelle leggi sulle tasse del registro*, 1915.
4. Zingali G., *La statistica della criminalità*, 1916.
5. Tumedei C., *La separazione dei beni ereditari*, 1917.
6. Albertoni A., *L'"Apokeryxis"*, 1923.
7. Salvi F., *La cessione dei beni ai creditori*, 1947.
8. Milani F., *Distinzioni delle servitù prediali*, 1948.
9. Fassò G., *I "quattro autori" del Vico*, 1949.
10. Ferri L., *La trascrizione degli acquisti "mortis causa" e problemi connessi*, 1951.
11. Rossi G., *La "Summa arboris actionum" di Ponzio da Ylerda*, 1951.
12. Poggeschi R., *Le associazioni e gli altri gruppi con autonomia patrimoniale nel processo*, 1951.
13. Matteucci N., *Antonio Gramsci e la filosofia della prassi*, 1951.
14. Forchielli P., *I contratti reali*, 1952.
15. Salvi F., *Il possesso di stato familiare*, 1952.
16. Fassò G., *La storia come esperienza giuridica*, 1953.
17. Palazzini Finetti L., *Storia della ricerca delle interpolazioni nel Corpus iuris giustinianeo*, 1953.
18. Rossi G., *Consilium sapientis iudiciale*, 1958.
19. Mancini G.F., *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, 1957.
20. Ferri L., *L'autonomia privata*, 1959.
21. Torelli P., *Scritti di storia del diritto italiano*, 1959.
22. Santini G., *I Comuni di Valle del medioevo. La Costituzione federale del "Frignano"*, 1960.
23. Gianniti F., *I reati della stessa indole*, 1959.
24. Ghezzi G., *La prestazione di lavoro nella comunità familiare*, 1960.
25. Nardi E., *Case "infestate da spiriti" e diritto romano e moderno*, 1960.
26. Ferri L., *Rinunzia e rifiuto nel diritto privato*, 1960.
27. Ghezzi G., *La responsabilità contrattuale delle associazioni sindacali*, 1963.
28. Bonsignori A., *Espropriazione della quota di società a responsabilità limitata*, 1961.
29. Redenti E., *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, vol. I, *Intorno al diritto processuale*, 1962.
30. Redenti E., *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, vol. II, *Intorno al diritto sostanziale*, 1962.
31. Gualandi A., *Spese e danni nel processo civile*, 1962.
32. Bonsignori A., *Assegnazione forzata e distribuzione del ricavato*, 1960.
33. Mancini G.F., *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, vol. I, *Individuazione della fattispecie. Il recesso ordinario*, 1962.
34. Nardi E., *Rabelais e il diritto romano*, 1962.
35. Romagnoli U., *Il contratto collettivo di impresa*, 1963.
36. Santini G., *I "comuni di pieve" nel medioevo italiano*, 1964.
37. Rudan M., *Il contratto di tirocinio*, 1966.
38. Bonini R., *I "libri de cognitionibus" di Callistrato. Ricerche sull'elaborazione giurisprudenziale della "cognitio extra ordinem"*, 1964.
39. Colliva P., *Ricerche sul principio di legalità nell'amministrazione del Regno di Sicilia al tempo di Federico II*, 1964.
40. Mengozzi P., *L'agenzia di approvvigionamento dell'Euratom*, 1964.
41. *Scritti minori di Antonio Cicu*, tomi I e II, *Scritti di teoria generale del diritto - Diritto di famiglia*, 1965.
42. *Scritti minori di Antonio Cicu*, *Successioni e donazioni. Studi vari*, 1965.
43. Sacchi Morsiani G., *Il potere amministrativo delle Comunità europee e le posizioni giuridiche dei privati*, I, 1965.
44. Ghezzi G., *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, 1965.
45. Roversi Monaco F.A., *Enti di gestione. Struttura, funzioni, limiti*, 1967.
46. Gianniti F., *L'oggetto materiale del reato*, 1966.
47. Mengozzi P., *L'efficacia in Italia di atti stranieri di potestà pubblica su beni privati*, 1967.

48. Romagnoli U., *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, 1967.
49. Montuschi L., *I limiti legali nella conclusione del contratto di lavoro*, 1967.
50. Ranieri S., *Scritti e discorsi vari*, vol. I, *Scritti di diritto penale*, 1968.
51. Ranieri S., *Scritti e discorsi vari*, vol. II, *Scritti di procedura penale*, 1968.
52. Bonini R., *Ricerche di diritto giustinianeo*, 1968.
53. Santini G., *Ricerche sulle "Exceptiones legum romanorum"*, 1969.
54. Lo Castro G., *La qualificazione giuridica delle deliberazioni conciliari delle fonti del diritto canonico*, 1970.
55. Sacchi Morsiani G., *Il potere amministrativo delle Comunità europee e le posizioni giuridiche dei privati*, II, 1970.
56. Roversi Monaco F.A., *La delegazione amministrativa nel quadro dell'ordinamento regionale*, 1970.
57. Gianniti F., *Studi sulla corruzione del pubblico ufficiale*, 1970.
58. De Vergottini G., *Indirizzo politico della difesa e sistema costituzionale*, 1971.
59. Mengozzi P., *Il regime giuridico internazionale del fondo marino*, 1971.
60. Carinci F., *Il conflitto collettivo nella giurisprudenza costituzionale*, 1971.
61. Osti G., *Scritti giuridici*, voll. I e II, 1973.
62. Zuelli F., *Servizi pubblici e attività imprenditoriale*, 1973.
63. Pergolesi F., *Sistema delle fonti normative*, 1973.
64. Montuschi L., *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, 1973.
65. Pattaro E., *Il pensiero giuridico di L.A. Muratori tra metodologia e politica*, 1974.
66. Pini G., *Arbitrato e lavori pubblici*, 1974.
67. Carpi F., *L'efficacia "ultra partes" della sentenza civile*, 1974.
68. De Vergottini G., *Lo "Shadow cabinet"*, 1973.
69. Paolucci L.F., *La mutualità nelle cooperative*, 1974.
70. De Gennaro A., *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, 1974.
71. Stortoni L., *L'abuso di potere nel diritto penale*, 1978.
72. Gianniti F., *Prospettive criminologiche e processo penale*, 1977.
73. Bonvicini D., *Le "joint ventures": tecnica giuridica e prassi societaria*, 1977.
74. De Vergottini G., *Scritti di storia del diritto italiano*, voll. I, II, III, 1977.
75. Lambertini R., *I caratteri della Novella 118 di Giustiniano*, 1977.
76. Dalla D., *L'incapacità sessuale in diritto romano*, 1978.
77. Di Pietro A., *Lineamenti di una teoria giuridica dell'imposta sull'incremento di valore degli immobili*, 1978.
78. Mazzacuva N., *La tutela penale del segreto industriale*, 1979.
79. Romanelli G., *Profilo del noleggio*, 1979.
80. Borghesi D., *Il contenzioso in materia di eleggibilità*, 1979.
81. Dalla Torre G., *L'attività assistenziale della Chiesa nell'ordinamento italiano*, 1979.
82. Carpi F., *La provvisoria esecutorietà della sentenza*, 1979.
83. Alleva P., *Il campo di applicazione dello statuto dei lavoratori*, 1980.
84. Puliatti S., *Ricerche sulla legislazione "regionale" di Giustiniano*, 1980.
85. Fassò G., *Scritti di filosofia del diritto*, voll. I, II, III, 1982.
86. Sgubbi F., *Uno studio sulla tutela penale del patrimonio*, 1980.
87. Lambertini R., *Plagium*, 1980.
88. Dalla D., *Senatus consultum Silanianum*, 1980.
89. Vandelli L., *L'ordinamento regionale spagnolo*, 1980.
90. Nardi E., *L'otre dei parricidi e le bestie incluse*, 1980.
91. Pellicanò A., *Causa del contratto e circolazione dei beni*, 1981.
92. Giardini D., *Politica e amministrazione nello Stato fondato sul decentramento*, 1981.
93. Bortolotti D., *Potere pubblico e ambiente*, 1981.
94. Roffi R., *Contributo per una teoria delle presunzioni nel diritto amministrativo*, 1982.
95. Alessi R., *Scritti minori*, 1981.
96. Bassanelli Sommariva G., *L'imperatore unico creatore ed interprete delle leggi e l'autonomia del giudice nel diritto giustinianeo*, 1983.
97. Zanotti A., *Cultura giuridica del Seicento e* jus publicum ecclesiasticum *nell'opera del cardinal Giovanni Battista De Luca*, 1983.
98. Illuminati G., *La disciplina processuale delle intercettazioni*, 1983.
99. Toniatti R., *Costituzione e direzione della politica estera negli Stati Uniti d'America*, 1983.
100. Nardi E., *Squilibrio e deficienza mentale in diritto romano*, 1983.
101. Dalla D., *Praemium emancipationis*, 1983.
102. Mazzacuva N., *Il disvalore di evento nell'illecito penale - L'illecito commissivo doloso e colposo*, 1983.

103. *Studi in onore di Tito Carnacini*. I. *Studi di diritto costituzionale, civile, del lavoro, commerciale*, 1983.
104. Caia G., *Stato e autonomie locali nella gestione dell'energia*, 1984.
105. Baratti G., *Contributo allo studio della sanzione amministrativa*, 1984.
106. Bortolotti D., *Attività preparatoria e funzione amministrativa*, 1984.
107. Puliatti S., *Ricerche sulle novelle di Giustino II. La legislazione imperiale da Giustiniano I a Giustino II*, 1984.
108. Lambertini R., *La problematica della commorienza nell'elaborazione giuridica romana*, 1984.
109. Zuelli F., *Le collegialità amministrative*, 1985.
110. Pedrazzoli M., *Democrazia industriale e subordinazione*, 1985.
111. Zanotti M., *Profili dogmatici dell'illecito plurisoggettivo*, 1985.
112. Ruffolo U., *Interessi collettivi o diffusi e tutela del consumatore*, I, 1985.
113. Biagi M., *Sindacato democrazia e diritto*, 1986.
114. Insolera G., *Problemi di struttura del concorso di persone nel reato*, 1986.
115. Malagù L., *Esecuzione forzata e diritto di famiglia*, 1986.
116. Ricci G.F., *La connessione nel processo esecutivo*, 1986.
117. Zanotti A., *Il concordato austriaco del 1855*, 1986.
118. Selmini R., *Profili di uno studio storico sull'infanticidio*, 1987.
119. Dalla D., "*Ubi venus mutatur*", 1987.
120. Zunarelli S., *La nozione di vettore*, 1987.
121. Zoli C., *La tutela delle posizioni "strumentali" del lavoratore*, 1988.
122. Cavina M., *Dottrine giuridiche e strutture sociali padane nella prima età moderna*, 1988.
123. Califano L., *Innovazione e conformità nel sistema regionale spagnolo*, 1988.
124. Sarti N., *Gli statuti della società dei notai di Bologna dell'anno 1336 (contributo allo studio di una corporazione cittadina)*, 1988.
125. Scarponi S., *Riduzione e gestione flessibile del tempo di lavoro*, 1988.
126. Bernardini M., *Contenuto della proprietà edilizia*, 1988.
127. La Torre M., *La "lotta contro il diritto soggettivo". Karl Larenz - la dottrina giuridica nazionalsocialista*, 1988.
128. Garcia De Enterria J., *Le obbligazioni convertibili in azioni*, 1989.
129. Biagi Guerini R., *Famiglia e Costituzione*, 1989.
130. Caia G., *Arbitrati e modelli arbitrali nel diritto amministrativo*, 1989.
131. Magagni M., *La prestazione caratteristica nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, 1989.
132. Petroni L., *La disciplina pubblicistica dell'innovazione tecnologica in Francia*, 1990.
133. Zanotti A., *Le manipolazioni genetiche e il diritto della Chiesa*, 1990.
134. Sartor G., *Le applicazioni giuridiche dell'intelligenza artificiale*, 1990.
135. Rossi L.S., *Il "buon funzionamento del mercato comune". Delimitazione dei poteri fra CEE e Stati membri*, 1990.
136. Luchetti G., *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiali e giustinianee*, 1990.
137. Sarti N., *Un giurista tra Azzone e Accursio*, 1990.
138. Gustapane A., *La tutela globale dell'ambiente*, 1991.
139. Bottari C., *Principi costituzionali e assistenza sanitaria*, 1991.
140. Donini M., *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, 1991.
141. Perulli A., *Il potere direttivo dell'imprenditore*, 1992.
142. Vandelli L. (a cura di), *Le forme associative tra enti territoriali*, 1992.
143. Gasparri P., *Institutiones iuris publici*, 1992.
144. Capuzzo E., *Dal nesso asburgico alla sovranità italiana*, 1992.
145. Biavati P., *Accertamento dei fatti e tecniche probatorie nel processo comunitario*, 1992.
146. Ferrari F., *Atipicità dell'illecito civile. Una comparazione*, 1992.
147. Gustapane A., Sartor G., Verardi C.M., *Valutazione di impatto ambientale. Profili normativi e metodologie informatiche*, 1992.
148. Orlandi R., *Atti e informazioni della autorità amministrativa nel processo penale. Contributo allo studio delle prove extracostituite*, 1992.
149. Carpani G., *Le aziende degli enti locali. Vigilanza e controlli*, 1992.
150. Musso A., *Concorrenza ed integrazione nei contratti di subfornitura industriale*, 1993.
151. Donini M., *Il delitto contravvenzionale. "Culpa iuris" e oggetto del dolo nei reati a condotta neutra*, 1993.
152. Califano Placci L., *Le commissioni parlamentari bicamerali nella crisi del bicameralismo italiano*, 1993.

153. Fornasari G., *Il concetto di economia pubblica nel diritto penale. Spunti esegetici e prospettive di riforma*, 1994.
154. Manzini P., *L'esclusione della concorrenza nel diritto antitrust italiano*, 1994.
155. Timoteo M., *Le successioni nel diritto cinese. Evoluzione storica ed assetto attuale*, 1994.
156. Sesta M. (a cura di), *Per i cinquant'anni del codice civile*, 1994.
157. Tullini P., *Contributo alla teoria del licenziamento per giusta causa*, 1994.
158. Rescigno F., *Disfunzioni e prospettive di riforma del bicameralismo italiano: la camera delle regioni*, 1995.
159. Lugaresi N., *Le acque pubbliche. Profili dominicali, di tutela, di gestione*, 1995.
160. Sarti N., *Maximum dirimendarum causarum remedium. Il giuramento di calunnia nella dottrina civilistica dei secoli XI-XIII*, 1995.
161. Colliva P., *Scritti minori*, 1996.
162. Dugato M., *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, 1996.
163. Gardini G., *La comunicazione degli atti amministrativi. Uno studio alla luce della legge 7 agosto 1990, n. 241*, 1996.
164. Manzini P., *I costi ambientali nel diritto internazionale*, 1996.
165. Mittica M.P., *Il divenire dell'ordine. L'interazione normativa nella società omerica*, 1996.
166. Luchetti G., *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, 1996.
167. La Torre M., *Disavventure del diritto soggettivo. Una vicenda teorica*, 1996.
168. Camon A., *Le intercettazioni nel processo penale*, 1996.
169. Mancini S., *Minoranze autoctone e Stato. Tra composizione dei conflitti e secessione*, 1996.
170. Zanobetti Pagnetti A., *La non comparizione davanti alla Corte internazionale di giustizia*, 1996.
171. Bricola F., *Scritti di diritto penale*. Vol. I, *Dottrine generali, Teoria del reato e sistema sanzionatorio*. Vol. II, *Parte speciale e legislazione complementare, Diritto penale dell'economia*, 1997.
172. Graziosi A., *La sentenza di divorzio*, 1997.
173. Mantovani M., *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, 1997.
174. Biavati P., *Giurisdizione civile, territorio e ordinamento aperto*, 1997.
175. Rossi G. (1916-1986), *Studi e testi di storia giuridica medievale*, a cura di Giovanni Gualandi e Nicoletta Sarti, 1997.
176. Pellegrini S., *La litigiosità in Italia. Un'analisi sociologico-giuridica*, 1997.
177. Boni G., *La rilevanza del diritto dello Stato nell'ordinamento canonico. In particolare la canonizatio legum civilium*, 1998.
178. *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*. Vol. I, *Diritto del lavoro*, 1998.
179. *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*. Vol. II, *Diritto dell'Unione europea*, 1998
180. Rossi A., *Il GEIE nell'ordinamento italiano. Criteri di integrazione della disciplina*, 1998.
181. Bongiovanni G., *Reine Rechtslehre e dottrina giuridica dello Stato. H. Kelsen e la Costituzione austriaca del 1920*, 1998.
182. Caputo G., *Scritti minori*, 1998.
183. Garrido J.M., *Preferenza e proporzionalità nella tutela del credito*, 1998.
184. Bellodi Ansaloni A., *Ricerche sulla contumacia nelle* cognitiones extra ordinem, I, 1998.
185. Franciosi E., *Riforme istituzionali e funzioni giurisdizionali nelle Novelle di Giustiniano. Studi su nov. 13 e nov. 80*, 1998.
186. Cattabriga C., *La Corte di giustizia e il processo decisionale politico comunitario*, 1998.
187. Mancini L., *Immigrazione musulmana e cultura giuridica. Osservazioni empiriche su due comunità di egiziani*, 1998.
188. Gustapane A., *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano. dagli albori dello Statuto Albertino al crepuscolo della bicamerale*, premessa di Giuseppe De Vergottini, 1999.
189. Ricci G.F., *Le prove atipiche*, 1999.
190. Canestrari S., *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, 1999.
191. Fassò G., *La legge della ragione*. Ristampa, a cura di Carla Faralli, Enrico Pattaro, Giampaolo Zucchini, 1999.
192. Fassò G., *La democrazia in Grecia*. Ristampa, a cura di Carla Faralli, Enrico Pattaro, Giampaolo Zucchini, 1999.
193. Scarciglia R., *La motivazione dell'atto amministrativo. Profili ricostruttivi e analisi comparatistica*, 1999.

194. Briguglio F., *"Fideiussoribus succurri solet"*, 1999.
195. Maltoni A., *Tutela dei consumatori e libera circolazione delle merci nella giurisprudenza della Corte di giustizia, profili costituzionali*, prefazione di Augusto Barbera, 1999.
196. Fondaroli D., *Illecito penale e riparazione del danno*, 1999.
197. Rossi L.S., *Le convenzioni fra gli Stati membri dell'Unione europea*, 2000.
198. Gragnoli E., *Profili dell'interpretazione dei contratti collettivi*, 2000.
199. Boni G., *La rilevanza del diritto secolare nella disciplina del matrimonio canonico*, 2000.
200. Lugaresi N., *Internet, privacy e pubblici poteri negli Stati Uniti*, 2000.
201. Lalatta Costerbosa M., *Ragione e tradizione. Il pensiero giuridico ed etico-politico di Wilehlmvon Humboldt*, 2000.
202. Semeraro P., *I delitti di millantato credito e traffico di influenza*, 2000.
203. Verza A., *La neutralità impossibile. Uno studio sulle teorie liberali contemporanee*, 2000.
204. Lolli A., *L'atto amministrativo nell'ordinamento democratico. Studio sulla qualificazione giuridica*, 2000.
205. Busetto M.L., *Giudice penale e sentenza dichiarativa di fallimento*, 2000.
206. Campanella P., *Rappresentatività sindacale: fattispecie ed effetti*, 2000.
207. Bricola F., *Scritti di diritto penale. Opere monografiche*, 2000.
208. Lassandari A., *Il contratto collettivo aziendale e decentrato*, 2001.
209. Bianco A., *Il finanziamento della politica in Italia*, 2001.
210. Raffi A., *Sciopero nei servizi pubblici essenziali. Orientamenti della Commissione di garanzia*, 2001.
211. Piergigli V., *Lingue minoritarie e identità culturali*, 2001.
212. Cafaro S., *Unione monetaria e coordinamento delle politiche economiche. Il difficile equilibrio tra modelli antagonisti di integrazione europea*, 2001.
213. Morrone A., *Il custode della ragionevolezza*, 2001.
214. Masutti A., *La liberalizzazione dei trasporti in Europa. Il caso del trasporto postale*, 2002.
215. Zanotti A., Orlando F., *L'itinerario canonistico di Giuseppe Caputo*, 2002.
216. Lupoi M.A., *Conflitti transnazionali di giurisdizioni*. Vol. I, *Policies, metodi, criteri di collegamento*. Vol. II, *Parallel proceedings*, 2002.
217. Lolli A., *I limiti soggettivi del giudicato amministrativo. Stabilità del giudicato e difesa del terzo nel processo amministrativo*, 2002.
218. Curi F., *Tertium datur. Dal Common Law al Civil Law per una scomposizione tripartita dell'elemento soggettivo del reato*, 2003.
219. Cottignola G., *Studi sul pilotaggio marittimo*, 2003.
220. Gardini G., *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione. Organizzazione e ruolo della dirigenza pubblica nell'amministrazione contemporanea*, 2003.
221. Cevenini C., *Virtual enterprises. Legal issues of the on-line collaboration between undertakings*, 2003.
222. Monducci J., *Diritto della persona e trattamento dei dati particolari*, 2003.
223. Villecco Bettelli A., *L'efficacia delle prove informatiche*, 2004.
224. Zucconi Galli Fonseca E., *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, 2004.
225. Brighi R., *Norme e conoscenza: dal testo giuridico al metadato*, 2004.
226. Luchetti G., *Nuove ricerche sulle istituzioni di Giustiniano*, 2004.
227. *Studi in memoria di Angelo Bonsignori*, voll. I, II, 2004.
228. Piperata G., *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, 2005.
229. Canestrari S., Foffani L. (a cura di), *Il diritto penale nella prospettiva europea. Quali politiche criminali per l'Europa?* Atti del Convegno organizzato dall'Associazione Franco Bricola (Bologna, 28 febbraio-2 marzo 2002), 2005.
230. Memmo D., Miconi S. (a cura di), *Broadcasting regulation: market entry and licensing. Regolamentazione dell'attività radiotelevisiva: accesso al mercato e sistema di licenze. Global Classroom Seminar*, 2006.
231. Querzola L., *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, 2006.
232. Tarozzi S., *Ricerche in tema di registrazione e certificazione del documento nel periodo postclassico*, 2006.
233. Botti F., *L'eutanasia in Svizzera*.
234. Fondaroli D., *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*.
235. Alagna R., *Tipicità e riformulazione del reato*.
236. Giovannini M., *Amministrazioni pubbliche e risoluzione alternativa delle controversie*.
237. Montalti M., *Orientamento sessuale e costituzione decostruita. Storia comparata di un diritto fondamentale*.

Finito di stampare nel mese di ottobre 2007
presso Aslay Fotocomposizione srl – www.aslay.com