

Giacinto Bisogni

Tutela giuridica dei diritti delle persone LGBTI – Il ruolo della giurisdizione e del
Parlamento

Intervento al convegno “Le persone LGBT nella realtà odierna” ,
organizzato dal Comitato Interministeriale per i diritti umani
presso il Ministero degli Affari Esteri - Roma 16 maggio 2014
in occasione della giornata contro l'omofobia e transfobia

1. Il contributo che questo intervento spera di portare all'importante dibattito di questa giornata, meritoriamente organizzata dal Comitato Interministeriale per i diritti umani e significativamente ospitata dal Ministero per gli Affari Esteri, è quello di sottolineare come non ci potrà mai essere una legislazione adeguata in tema di lotta all'omofobia se tale legislazione non vivrà in un contesto di pieno riconoscimento dei diritti fondamentali delle persone LGBTI e tale riconoscimento è ormai imposto al legislatore italiano dalle pronunce della Corte Costituzionale e della C.E.D.U. Questo non significa - è ovvio - svalutare l'importanza della proposta di legge che attualmente è in discussione in Parlamento (il disegno di legge recante disposizioni in materia di contrasto dell'omofobia e della transfobia) ma portare alla vostra attenzione una constatazione, che deriva sia dall'esperienza professionale che dalla passione per lo studio dei diritti fondamentali e delle libertà civili, e cioè che è proprio dal riconoscimento dei diritti che si deve partire se si vuole combattere efficacemente un fenomeno sociale pericoloso e produttivo di sofferenza e regressione civile com'è l'omofobia.
2. Ho avuto la casuale e felice occasione di studiare la stampa americana della metà degli anni '60 del novecento e la mia attenzione è stata attirata dallo svolgersi, in quei tempi, della lotta per l'abolizione della discriminazione razziale negli U.S.A. A parte lo sconcerto nel leggere quelle cronache di violenze, manifestazioni, dibattiti che, oggi fortunatamente, sembrano riportarci al diciannovesimo piuttosto che al ventesimo secolo, l'impressione più forte, tratta da quelle letture, è stata quella della forza dirompente del principio di uguaglianza ma allo stesso

tempo della capacità di resistenza che la società può opporre quando l'affermazione ormai ineludibile di principi di uguaglianza si scontra con i cambiamenti di convenzioni e abitudini sociali radicate nel tempo.

3. La lotta delle persone LGBTI per l'affermazione dei loro diritti fondamentali ha una fortissima analogia con quelle lotte che oggi sembrano lontane e, anche in questo caso, si assiste alla contrapposizione di falsi o fuorvianti argomenti come l'impossibilità di equiparare ciò che è diverso, di annullare le differenze culturali e normative esistenti a livello statale o regionale, la necessità di affrontare temi più impellenti come la lotta alla disoccupazione. Si tratta però di una lotta, quella delle persone LGBTI, che ha origine negli stessi anni '60 e che negli ultimi dieci, venti anni ha ottenuto significativi, irreversibili successi in tutto il mondo e spesso per intervento della giurisdizione invece che dei legislatori.
4. Questo non significa affatto che i parlamenti svolgano (e vogliano svolgere) una funzione frenante nell'affermazione dei diritti ma esprime piuttosto il dato politico-costituzionale per cui è fisiologico che in determinati momenti storici la giurisdizione assuma il ruolo e il peso di dichiarare per prima la effettività di un diritto fondamentale che incontra ancora forti resistenze nel corpo sociale. Fondamentale e dirompente è stato il ruolo della Corte Suprema degli Stati Uniti (mi riferisco alle sentenze *Brown/Board of Education* e *Bolling/Sharpe* del 1954 e 1955 e alla sentenza *Loving/Virginia* del 1967) nell'aprire la via istituzionale alla lotta per l'abolizione della discriminazione razziale.

5. Nella storia della affermazione dei diritti delle persone LGBTI hanno costituito una tappa decisiva e vanno moltiplicandosi le pronunce delle Corti Supreme che hanno reso irreversibile il processo di riconoscimento del principio di uguaglianza. Solo per citarne sommariamente alcune occorre qui ricordare le pronunce delle Corti supreme del Vermont (*Baker/Vermont* del 1999), del Massachusetts (*Goodridge/Department of Public Health* del 2003), della California (*In re marriage cases* del 2008) e della Corte Suprema Federale degli Stati Uniti (*Lawrence/Texas*, 2003; *United States/Windsor e Hollingsworth/Perry*, 2013), della Corte suprema del Sudafrica (*Du Toit/The Minister of Welfare and Population Development*, 2002; *J/Director General*, 2003; *Minister of Home Affairs/Fourie e Lesbian and Gay Equality Project/Minister of Home Affairs*), del Supremo Tribunal Federal del Brasile (ADI n.4277 del 2011), della Corte Costituzionale della Colombia (*sentencia C-577* del 2011). A livello internazionale vanno ricordate le pronunce della Corte europea dei diritti umani (*Schalk und Kopf/Austria*, 2010, *X/Austria* e *Vallianatos/Grecia*, 2013) e del Comitato per i diritti umani dell'O.N.U. (*Toonen/Australia*, 1992 e *Young/Australia*, 2003).

6. E' importante rilevare come questo ruolo di battistrada giocato dalla giurisdizione abbia cercato e trovato una sponda nel potere legislativo. Esempari le vicende del Sudafrica, della Colombia, del Vermont in cui l'affermazione del principio di uguaglianza ha non solo aperto la strada ma anche consentito o imposto al legislatore di dettare una normativa rispondente alle pronunce delle Corti.

7. Qual è invece la situazione italiana? Senza timore di discostarsi dall'oggettività può affermarsi che ci si trova di fronte a una anomala asimmetria rispetto alle altre democrazie occidentali e anche in una posizione di conflitto con la giurisprudenza della Corte chiamata a tutelare a livello europeo i diritti umani. Se infatti si è affermato in tutto l'Occidente, con l'eccezione di paesi che scontano ancora il peso di un passato non democratico, il principio della non discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale e il diritto di tutte le persone, a prescindere da qualsiasi connotazione sessuale che li riguardi, a formare una famiglia e vivere pienamente la propria vita familiare con il riconoscimento del loro status e dei loro diritti ciò non avviene in Italia con riguardo alle persone LGBTI. Aldilà di ogni opinabile considerazione sulle ragioni storiche, religiose e culturali di questa asimmetria non può non ritenersi questa negazione di diritti come una pesante forma di discriminazione che pone l'Italia in conflitto con la sua appartenenza a un contesto politico, giuridico, valoriale europeo e occidentale e di certo non favorisce ma probabilmente è alla base di comportamenti e aggressioni a carattere omofobico.

8. Per altro verso questa assenza di normazione, che equivale a negazione di diritti fondamentali, ha creato un corto circuito istituzionale interrompendo la dialettica indispensabile fra giurisdizione (nazionale e europea) e legislazione. Probabilmente a questo grave risultato ha condotto un contenuto ideologico, o forse sarebbe meglio definirlo di parte, che è stato attribuito impropriamente a questo tema e che ha finito per far passare in secondo piano il ruolo istituzionale che deve essere sempre

riconosciuto alla giurisdizione (e in specie a quella costituzionale) e al Parlamento. Se al Parlamento è attribuita dal costituzionalismo moderno la funzione di regolare i rapporti sociali alla giurisdizione spetta il compito di tutelare i diritti e in primo luogo i diritti fondamentali dei cittadini. Il rispetto delle funzioni reciprocamente attribuite ai poteri costituzionali è una chiave fondamentale di funzionamento della democrazia e questo implica che se il giudice costituzionale esprime un monito al legislatore al fine di provocare un suo intervento necessario a garantire il rispetto della Costituzione e la salvaguardia dei diritti fondamentali il legislatore è tenuto ad adempiere a questo dovere istituzionale. Analogamente l'adesione alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali vincola l'Italia al rispetto della Convenzione e della giurisprudenza della Corte istituita per garantire l'osservanza della Convenzione.

9. La Corte Costituzionale, con la nota sentenza n. 138 del 2010, ha affermato: *"l'art. 2 della Costituzione dispone che la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale. Orbene, per formazione sociale deve intendersi ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico. In tale nozione è da annoverare anche l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di*

vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone - nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge - il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri". La Corte ha quindi affermato che "spetta al Parlamento, nell'esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette, restando riservata alla Corte costituzionale la possibilità d'intervenire a tutela di specifiche situazioni (come è avvenuto per le convivenze more uxorio: sentenze n. 559 del 1989 e n. 404 del 1988). Può accadere, infatti, che, in relazione ad ipotesi particolari, sia riscontrabile la necessità di un trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia omosessuale, trattamento che questa Corte può garantire con il controllo di ragionevolezza". Questa identificazione del proprio ruolo, da parte del giudice delle leggi italiano, in termini di marcato self-restraint, non può impedire però di evidenziare come nell'ampia discrezionalità spettante al legislatore non è concepibile l'ipotesi del non riconoscimento delle unioni perché ciò equivarrebbe a negare quel diritto fondamentale che la sentenza ha riconosciuto.

10. Sul versante europeo la altrettanto nota sentenza (Schalk und Kopf) del 2012 della Corte europea dei diritti dell'uomo ha affermato: "for the purposes of Article 8 of the ECHR, the relationship of a cohabiting same-sex couple living in a stable de facto partnership, falls within the notion of "family life", just as the relationship of a different-sex couple in the same situation would" "Same-sex couples are just as capable as different-sex couples of entering into stable, committed relationships. Consequently, they are in a

relevantly similar situation to a different-sex couple as regards their need for legal recognition and protection of their relationship". Sulla base di questi principi la Corte E.D.U. ha escluso che nella legislazione austriaca ricorra una violazione della convenzione perché sebbene non sia consentito alle coppie dello stesso sesso di accedere al matrimonio, con l'entrata in vigore (dal 1 gennaio 2010) del Registered Partnership Act è stato introdotto nell'ordinamento austriaco un riconoscimento giuridico all'unione di fatto dei ricorrenti.

11. La sentenza della Corte di Strasburgo ha trovato eco in quella della Corte di Cassazione (*sezione I n. 4184 del 15 marzo 2012*) che ha ribadito il principio per cui "le persone dello stesso sesso, conviventi in stabile relazione di fatto, sono titolari del diritto alla "vita familiare" ex art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo" e ha aperto la strada alla tutela giurisdizionale dei loro diritti affermando che "pertanto, nell'esercizio del diritto inviolabile di vivere liberamente la condizione di coppia, esse possono adire il giudice per rivendicare, in specifiche situazioni correlate ad altri diritti fondamentali, un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia coniugata". Affermazione quest'ultima che appare sicuramente apprezzabile ma che prefigura uno scenario di tutela quanto mai frammentario e contraddittorio.

12. Spetta dunque al Parlamento italiano risolvere questo stridente divario fra la legislazione esistente e le pronunce delle Corti italiane ed europee che hanno interpretato la Costituzione e la Convenzione europea del 1950 attribuendo la natura di diritto fondamentale al riconoscimento giuridico delle unioni fra persone

dello stesso sesso e hanno conseguentemente chiamato in causa il legislatore perché disciplini tale riconoscimento. Non si può che augurare al Parlamento di riuscire, nel termine dell'attuale legislatura, a riallineare l'Italia al contesto delle altre democrazie occidentali.

13. Questa constatazione sulla funzione propulsiva per l'affermazione dei diritti delle persone LGBTI che sta avendo anche in Italia la giurisprudenza non può impedire di registrare nella stessa giurisprudenza alcune zone d'ombra ancora significative. Mi riferisco all'affermazione della Corte Costituzionale secondo cui "è vero che i concetti di famiglia e di matrimonio non si possono ritenere "cristallizzati" con riferimento all'epoca in cui la Costituzione entrò in vigore, perché sono dotati della duttilità propria dei principi costituzionali e, quindi, vanno interpretati tenendo conto non soltanto delle trasformazioni dell'ordinamento, ma anche dell'evoluzione della società e dei costumi. Detta interpretazione, però, non può spingersi - secondo la Corte Costituzionale - fino al punto d'incidere sul nucleo della norma, modificandola in modo tale da includere in essa fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo quando fu emanata". A sostegno di tale affermazione la Corte Costituzionale rileva che "la questione delle unioni omosessuali rimase del tutto estranea al dibattito svoltosi in sede di Assemblea costituente, benché la condizione omosessuale non fosse certo sconosciuta e afferma che i costituenti, elaborando l'art. 29 Cost., discussero di un istituto che aveva una precisa conformazione ed un'articolata disciplina nell'ordinamento civile e, pertanto, in assenza di diversi riferimenti, è inevitabile concludere che essi tennero presente la

nozione di matrimonio definita dal codice civile entrato in vigore nel 1942, che, come sopra si è visto, stabiliva (e tuttora stabilisce) che i coniugi dovessero essere persone di sesso diverso". La Corte afferma inoltre che "in tal senso orienta anche il secondo comma della disposizione che, affermando il principio dell'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, ebbe riguardo proprio alla posizione della donna cui intendeva attribuire pari dignità e diritti nel rapporto coniugale. Questo significato del precetto costituzionale non può essere superato per via ermeneutica, perché non si tratterebbe di una semplice rilettura del sistema o di abbandonare una mera prassi interpretativa, bensì di procedere ad un'interpretazione creativa. Si deve ribadire, dunque, - afferma la Corte Costituzionale - che la norma non prese in considerazione le unioni omosessuali, bensì intese riferirsi al matrimonio nel significato tradizionale di detto istituto". Non è casuale, del resto, secondo la Corte costituzionale che "la Carta del 1948, dopo aver trattato del matrimonio, abbia ritenuto necessario occuparsi della tutela dei figli (art. 30), assicurando parità di trattamento anche a quelli nati fuori dal matrimonio, sia pur compatibilmente con i membri della famiglia legittima. La giusta e doverosa tutela, garantita ai figli naturali, - conclude la Corte - nulla toglie al rilievo costituzionale attribuito alla famiglia legittima ed alla (potenziale) finalità procreativa del matrimonio che vale a differenziarlo dall'unione omosessuale".

14. E' facile replicare a queste motivazioni della Corte Costituzionale rilevando che sebbene nel 1948 la condizione omosessuale fosse ben nota nella stragrande maggioranza dei paesi

occidentali essa era l'oggetto di un diffuso pregiudizio se non ancora di una pesante criminalizzazione. Così come pure appaiono impropri o fuorvianti gli argomenti per cui il costituente avendo avuto come modello il codice del 1942 lo abbia in un certo senso costituzionalizzato e abbia poi inciso a favore dell'emancipazione femminile introducendo un principio costituzionale di parità. Si finisce in questo modo per utilizzare una norma che ha agito a favore del principio di uguaglianza come strumento interpretativo per perpetrare una negazione dello stesso principio in danno delle persone LGBTI. Per altro verso si compie con tali affermazioni una operazione di svuotamento dell'interpretazione evolutiva che la stessa Corte, a buon diritto, richiama. Si mette fra parentesi la molto più rilevante osservazione per cui il significato dell'art. 29 e della definizione della famiglia come società naturale non va riferito alla diversità di sesso dei coniugi ma al principio di civiltà, coesistente, non a caso, nella coeva Convenzione E.D.U., per cui la famiglia ha diritti originari e preesistenti allo Stato e che da esso devono essere riconosciuti. Il valore antiautoritario della norma costituzionale, frutto della recente fine del regime totalitario fascista e dell'avversione per l'ingerenza del privato propria dei regimi comunisti, viene così ad essere disperso rinunciando a una lettura della norma coerente con quella visione democratica, pluralistica e valorizzatrice dei corpi sociali intermedi che ispira profondamente la Costituzione italiana. Né appare conforme alla stessa giurisprudenza costituzionale attribuire al matrimonio una funzione procreativa e vedere in tale funzione una ragione di estraneità alle coppie dello stesso sesso

se non si vuole arrivare a negare alle persone omosessuali il diritto ad avere, crescere e educare dei figli.

15. La sentenza in discussione afferma, come si è detto, un principio importante e che pone il legislatore nella condizione obbligata di attribuire riconoscimento giuridico alle unioni fra persone dello stesso sesso ma nel motivare l'inesistenza di un diritto costituzionale all'accesso al matrimonio, che anche la Corte E.D.U., con argomenti molto più pertinenti, ha affermato, utilizza delle motivazioni francamente inaccettabili e che hanno indotto, non a caso, ad affermare che per poter consentire l'accesso al matrimonio a persone dello stesso sesso il Parlamento dovrebbe modificare la Costituzione. Si tratta, è vero, di una tesi minoritaria ma è opportuno contrastare gli argomenti che possono legittimarla e che finiscono per svalORIZZARE proprio il ruolo che la Corte Costituzionale ha svolto in decenni di interpretazione evolutiva e intesa a una piena attuazione dei valori costituzionali.

16. Un'altra zona d'ombra che non è stata chiarita dalla giurisprudenza riguarda il ruolo che la clausola dell'ordine pubblico può e deve esercitare specificamente nelle controversie che hanno per oggetto il riconoscimento in Italia di una partnership registrata, o di un matrimonio, fra persone dello stesso sesso contratto secondo la legge del paese che riconosce tali istituti. La Corte di Cassazione, con la citata sentenza n. 4184/2012, ha considerato acquisito il dato giuridico per cui la diversità di sesso dei nubendi non costituisce, nel nostro ordinamento, un presupposto naturalistico di esistenza del matrimonio e coerentemente ha affermato il principio per cui le

unioni fra persone dello stesso sesso sono espressione del diritto alla vita familiare, ex art. 8 della C.E.D.U., e del diritto inviolabile di vivere liberamente la condizione di coppia. Per altro verso va ricordato come la giurisprudenza costituzionale ed europea abbia riservato ma nello stesso tempo imposto al legislatore nazionale il riconoscimento giuridico delle unioni *same-sex*. Sembra quindi difficile ricostruire la coerenza di tale contesto di rilievo costituzionale con una persistente funzione ostativa della clausola di ordine pubblico al riconoscimento dell'efficacia di una unione o di un matrimonio contratto all'estero da persone dello stesso sesso. Tanto più ciò può affermarsi in un quadro di stretta appartenenza dell'Italia a un ordine sovranazionale come l'Unione europea che pone come principio fondamentale il divieto di discriminazione in base all'orientamento sessuale e che assume come contenuto portante della cittadinanza dell'Unione la libera circolazione delle persone nei vari Stati che la compongono. La questione è sicuramente complessa e sensibile come dimostra anche il confronto con l'esperienza statunitense dove la diversa legislazione degli stati in materia familiare può costituire un ostacolo alla circolazione e alla modificazione degli status personali. Non a caso del resto il legislatore europeo aveva ipotizzato un intervento che consentisse all'interno dell'Unione una circolazione degli status e quindi una efficacia quanto meno ricognitiva alla trascrizione. Anche a livello europeo le difficoltà del legislatore sembrano aver bloccato tale intervento sicuramente opportuno. Alla riflessione del legislatore italiano resta peraltro l'ulteriore circostanza per cui l'assenza di qualsiasi disciplina in materia ha come risultato la compressione

di diritti fondamentali anche dei cittadini dell'Unione che, se residenti in Italia, vedono disconosciuto lo status acquisito nel paese di provenienza. Tale situazione appare ancora più stridente con riferimento alle unioni registrate che hanno ormai acquisito, per quanto si è detto sinora, un pieno diritto di cittadinanza nel nostro ordinamento.

17. Nel campo della tutela penale delle persone LGBTI l'intervento del legislatore è sicuramente meno problematico perché il Parlamento si trova di fronte a fenomeni di emergenza sociale che nella coscienza collettiva meritano sicuramente di essere sanzionati e dissuasi. L'opportunità di una specifica legislazione diretta al contrasto di omofobia e transfobia è stata peraltro oggetto di forte opposizione anche con argomenti che meritano sicuramente attenzione ma che non sembrano affatto condivisibili. In particolare si è detto che la previsione di una specifica aggravante o incriminazione di un comportamento criminoso omofobico ha solo un valore declamatorio, che finirebbe per rivelarsi controproducente, potendo il giudice avvalersi degli strumenti del diritto penale ordinario. Per altro verso si è detto che imporre limitazioni alla libertà di opinione costituisce una operazione contraria alla nostra costituzione e foriera di gravi pericoli per la vita democratica oltre che costitutiva di una discriminazione a rovescio.

18. Queste obiezioni argomenti appaiono, come si è detto, non condivisibili e in molti casi pretestuose. A fronte di una serie impressionante di delitti, abusi e discriminazioni di cui sono ancora vittime in Italia le persone LGBTI sembra superficiale l'argomento che ritiene inutile o controproducente una tutela

penale specifica che aggravi i reati compiuti con motivazioni omofobiche o transfobiche. La tutela penale è una tutela eminentemente sociale in quanto il legislatore interviene a contrastare fenomeni sociali gravemente lesivi della convivenza civile anche dando un messaggio di stigmatizzazione del comportamento incriminato che difficilmente si rivela inutile.

19. L'argomento legato alla libertà di opinione appare veramente pretestuoso e fa venire in mente quanto impropriamente esso sia stato usato dalle tesi negazioniste dell'Olocausto. Si può non condividere e anche criticare un orientamento sessuale ma è ben diverso vilipendere una persona per il suo orientamento sessuale o provocare comportamenti persecutori o criminosi rivolti ad accrescere il pregiudizio e la discriminazione sociale delle persone LGBTI. Certamente se il legislatore interverrà anche in questa direzione lo farà in un'ottica di tutela dei valori costituzionali e la giurisdizione dovrà utilizzare gli strumenti sanzionatori che saranno introdotti con rigorosa attenzione al singolo caso concreto che sarà portato al suo esame.