

INTRODUZIONE

LE DIFFICOLTÀ STORICO-IDEOLOGICHE NEL COLORARE LA PAROLA *AMORE*. UNO SGUARDO COMPARATISTICO PER GUARDARE OLTRE UN SISTEMA CRISTALLIZZATO AD UN'INTERPRETAZIONE DI MATRICE RELIGIOSA

«Dal punto di vista dell'individuo, l'omosessuale e l'eterosessuale hanno uno stesso interesse a decidere come vivere la propria vita e, più specificamente, come comportarsi nelle relazioni personali e volontarie con i propri simili. L'ingerenza dello Stato nella condotta privata è ugualmente gravosa in entrambi i casi».

(GIUDICE STEVENS, opinione dissenziente in *Bowers v. Hardwick*
478 U.S. 186,1986.)

L'amore, essendo una vibrante attività insita nell'animo umano, tendente alla ricerca di un suo simile al fine di colmare quel vuoto connaturato ad ogni individuo, è davvero idoneo ad essere cristallizzato in rigidi schemi giuridici predeterminati da un legislatore anziano? La risposta deve essere assolutamente negativa e, questa rivoluzione di pensiero, concomitante alla rivoluzione dei costumi, deve partire dai giuristi, i quali sono chiamati, per primi, a cogliere i mutamenti all'interno del sostrato sociale.

Spendiamo così tanto tempo ed energie nel cercare di rientrare all'interno di categorie prestabilite che rispecchiano il canone sociale lungamente consolidato e, combattiamo con così tanto ardore qualsivoglia dissomiglianza da quelle alle quali siamo concettualmente legati, che non ci rendiamo conto dell'ipocrisia di innumerevoli giuristi - e non solo - i quali criticano aspramente il diritto musulmano, all'interno del quale la religione si fa legge, senza accorgersi che, anche se tramite dei fili più sottili, anche la nostra chiesa cattolica muove comunque le redini della legislazione. Perché sforzarsi così tanto per "arginare" un amore "differente" da quello al quale siamo abituati quando basterebbe disporre in virtù dell'eguaglianza, tanto vantata all'interno della nostra Carta Costituzionale, una parificazione nel godimento dei diritti e, di seguito, un'estensione delle leggi già vigenti in linea anche con i moniti della Corte EDU e degli *standards* europei?

Fino ad oggi è stata raccontata un'unica storia sull'amore, ma un'unica storia «sottrae alle persone la propria dignità. Rende difficile il riconoscimento della nostra pari umanità. Mette l'accento sulle nostre diversità piuttosto che sulle nostre somiglianze»¹. Le diversità tra i differenti “tipi” di amore, nonché tra i differenti popoli, esistono e devono essere rilevate, ma ciò non per discriminare, bensì per valorizzare le differenze stesse.

Il preminente fattore religioso che, soprattutto nel nostro ordinamento, - come si vedrà² - ha influenzato il pensiero legislativo non dovrebbe trovar spazio all'interno delle camere, le quali dovrebbero agire tramite un'ideologia maggiormente laica sull'esempio del Primo Emendamento americano. È sulla base di ciò che, a prescindere da fattori religiosi, laici, ovvero qualsivoglia convinzione personale, «non abbiamo il diritto di forzare gli individui nella loro ricerca del significato ultimo dell'esistenza»³. Tale forzatura non può, dunque, consistere nell'imposizione di una tipologia di amore nei confronti di un individuo, mettendo al bando qualsivoglia differenza nella libera scelta del proprio *partner*; si consideri inoltre che tale libera scelta altro non fa se non dispiegare il c.d. “diritto alla felicità” - garantito dalla Costituzione americana - che non può prescindere da un appagamento sessuale e dalla scelta, completamente libera da insulse ingerenze dello Stato, del proprio amore⁴. Pare scontata la conseguenza per la quale una scelta che incide su tale carattere intimo e profondo dell'essere non possa essere lasciata ai biechi giochi di maggioranza ovvero a legislatori troppo legati a vecchi retaggi storico-religiosi, la conseguenza altrimenti sarebbe - ed è stata in molti casi - un c.d. giudice legislatore: *ergo* la magistratura ha, spesso, cercato di arginare dei palesi vuoti lasciati dalla legge, ed in ciò la giurisprudenza ha corso molto più veloce del Parlamento. Il riferimento all'orientamento sessuale all'interno di una legge deve essere legato ad un obiettivo governativo ma, si badi bene, nella materia in oggetto, pur rilevando un ampio “margine di apprezzamento” lasciato ai singoli Stati, la Corte EDU ha più volte ribadito come essi non possano, laddove legiferano su di un aspetto così importante, porre in essere una

¹ C.N. ADICHIE, *Il pericolo di un'unica storia*, trad. it. A. SIROTTI, Giulio Einaudi Editore, Torino, 2020, pag. 15.

² Si veda CAP. III, § 5.2.

³ M.C. NUSSBAUM, *Disgusto e umanità. L'orientamento sessuale di fronte alla legge*, trad. ita S. De Petris, Milano, 2011, pag. 101.

⁴ «La ricerca della felicità sessuale è considerata dalla maggior parte degli americani una componente molto intima e importante della ricerca della felicità, componente che riguarda il nucleo profondo del sé. Non si può affidare questa materia a un'ossessione temporanea della maggioranza: abbiamo motivi di ritenere che l'espressione sessuale sia legata al nucleo centrale dell'identità e della personalità dell'individuo, e gli aspetti più intimi della sua continua e difficile ricerca di significato». Cfr. *Ivi*, pag. 102.

discriminazione comunque basata sull'orientamento sessuale, a nulla rilevando i più disparati obiettivi governativi opposti dai singoli ordinamenti come base della propria difesa a Strasburgo.

La nostra Costituzione - non più ostativa rispetto alle Costituzioni di altri paesi che hanno emanato i pieni diritti per gli omosessuali - è da sempre stata interpretata letteralmente, facendo così decadere gli intenti di numerosi membri di spicco dell'Assemblea Costituente i quali desideravano che, la Costituzione stessa, fosse interpretata in maniera fenomenica e giusnaturalista, a nulla rilevando gli sforzi di Moro e Togliatti nel teorizzare la c.d. "duttilità dei principi" costituzionali che sarà poi ripresa dal Giudice delle Leggi e da altre Corti europee, il *Tribunal Constitucional Português* per primo. Una tale interpretazione "aperta" del dettato legislativo la si ritrova anche nelle *General Klausen* del *BGB*, sì da evitare una cristallizzazione del diritto.

Eppure, all'interno del nostro dettato costituzionale, l'art. 3 nel disporre che «tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali», sembrerebbe andare in netta controtendenza rispetto ad un rifiuto di garantire la parità di diritti a determinati soggetti in virtù del proprio orientamento sessuale⁵; si badi tuttavia che, come si vedrà, l'assunto dell'eguaglianza non ha mai trovato modo di imporsi dinanzi ai giudici di Strasburgo, i quali hanno - quasi - sempre optato per una scelta inclusiva, ma basata su ragionamenti differenti. Ciò su cui dobbiamo invece porre l'attenzione consta nel comma 2 dello stesso art. 3 Cost. il quale, affermando che è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli sociali che limitano la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, non trova poi concreta attuazione all'interno della società, ciò contrariamente a quanto invece ha disposto la Suprema Corte degli USA con la storica sentenza *Obergefell* del 2015 con la quale ha disposto l'eliminazione degli ostacoli giuridico-sociali volti ad un riconoscimento di un diritto che già esisteva: un concetto di diritto innato che, come si vedrà, tramite un'ottica comparatista, si ritrova in molti altri Stati, nel § 16 del *ABGB* austriaco *in primis*.

Si nota, pertanto, che l'eterna lotta tra il margine di apprezzamento ed il *consensus europeus*⁶ non ha - quasi - mai realmente influenzato il nostro ordinamento giuridico che si è molto spesso posto in controtendenza all'andamento europeo. Ciò innanzitutto tramite un netto rifiuto, per anni

⁵ Anche se quest'ultimo non è specificato all'interno del dettato dell'art. 3 Cost., una costante giurisprudenza ci ricorda che esso debba essere inserito all'interno dei motivi di discriminazione. Alcuni paesi, tra cui il Portogallo, hanno deciso di implementare un tale articolo inserendo, tramite una riforma costituzionale, lo specifico dettato «orientamento sessuale» tra le cause di discriminazione al fine di ampliare la tutela della comunità LGBTI.

⁶ Si veda CAP. I, § 7.

perpetrato, del riconoscimento dei diritti della comunità omosessuale, ma soprattutto tramite l’emanazione di una legge, la l. 76/2016 sulle unioni civili, che è giunta in un momento storico in cui la maggior parte degli Stati stava equiparando il matrimonio omosessuale a quello eterosessuale, qui il nostro legislatore ha preferito mantenere una manifesta differenza con l’istituto matrimoniale, finendo per confinare i soggetti omosessuali in uno stato di alternatività, per contrattualizzare i loro sentimenti, essendo essi anche privi del dover di fedeltà, e per porsi come una tra le più “antiche” leggi in materia all’interno del panorama europeo pur considerando la sua recentissima promulgazione.

Ebbene, sulla base di ciò, la visione Milliana della legge, per la quale una condotta è oggetto appropriato di una regolamentazione solo quando è “verso l’altro”, ovvero quando interferisce con altri non consenzienti non pare essere così errata. Tuttavia, per molto tempo, si è portata in avanti un’idea nettamente più Devliniana della legge stessa, per la quale basterebbe l’idea del disgusto generale che quella condotta provoca all’interno di una società affinché quella stessa condotta venga messa al bando⁷.

Walt Whitman non serbava un grande rispetto ed una grande considerazione della legge, affermando che «mantenere gli uomini uniti in virtù di carte, sigilli, obblighi a nulla serve. Sa mantenere gli uomini uniti ciò che aggrega ogni cosa in un vivo principio», constatando che solo i poeti, e non i giudici, avessero tale potere. Qui, con tutta probabilità, Whitman sottovalutava il potere espressivo della legge, e ciò poiché il mutamento di tali carte e sigilli, seppur non porterà mai ad un mutamento sociale, può stabilire dei parametri di eguaglianza e rispetto, proibendo alcune odiose situazioni discriminatorie. Solo in questo modo, solo tramite un diritto che protegge e tutela le fondamentali libertà di tutti possiamo sperare in un cambiamento sociale dal momento in cui esso invia un messaggio chiaro a tutti i concittadini: l’eguaglianza e la libertà di scelta della propria tipologia di amore sono diritti di cui tutti, in ogni spazio ed in ogni luogo, devono godere.

⁷ Per un approfondimento su queste due tesi si veda M.C. NUSSBAUM, *Disgusto e umanità*, cit., pag. 111 ss.

CAPITOLO I

UNA PANORAMICA DELL'EVOLUZIONE DELLA TUTELA DEI DIRITTI DEGLI OMOSESSUALI ALLA LUCE DELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI STRASBURGO

«L'amore sboccia tra persone, non tra sessi. Perché porsi dei limiti?».

(D. LEAVITT, *Mentre l'Inghilterra dorme*, Milano Mondadori, trad. it. D. Vezzoli, pag. 117.)

1. Dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo alla Carta dei Diritti Fondamentali di Nizza: un salto qualitativo verso una tutela egualitaria.

Vivendo in uno Stato di diritto, dobbiamo comprendere come sia compito del suddetto Stato far rispettare e rispettare egli stesso, *in primis*, quel nucleo di diritti fondamentali che fanno capo a ciascuno di noi, a prescindere da convinzioni politiche, religiose o orientamento sessuale. Tuttavia dobbiamo anche comprendere che viviamo in un contesto all'interno del quale non possiamo erigere muri chiudendoci e soffocando all'interno di rigidi schemi predeterminati, ma necessitiamo, e siamo costretti di conseguenza, a volgere lo sguardo oltre il nostro singolo ordinamento non potendo tralasciare quello che è il volere europeo.

Ed è per questo che i singoli ordinamenti hanno dovuto nel tempo adattarsi e mutare in concomitanza all'evoluzione del pensiero giuridico sovranazionale mettendo da parte dogmatismi e nazionalismi. Le parti contraenti, infatti, avendo preso parte alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo ne sono vincolate come conferma il dettato dell'art. 46, comma 1° della stessa¹. L'obbligo per gli Stati contraenti, non si esaurisce nel pagamento agli interessati di somme di danaro a titolo di compensazione per un risarcimento del danno, ma va decisamente oltre, obbligando gli Stati all'adozione di misure particolari e generali tese alla risoluzione della

¹ Art. 46, comma 1 CEDU: «1. Le Alte Parti contraenti si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie nelle quali sono parti.»

controversia stroncando sul nascere anche eventuali e future problematiche², il che venne più volte ribadito all'interno della giurisprudenza europea³. Dunque sembra fondamentale, nonché decisamente interessante, valutare l'evoluzione del pensiero dei singoli Stati alla luce del pensiero europeo.

Necessita anzitutto considerarsi come la Carta dei Diritti Fondamentali, meglio conosciuta come Carta di Nizza, contenga una tra le disposizioni più discusse dell'ultimo decennio, ovvero l'art. 9⁴. Ma perché questo articolo è stato oggetto di infinite discussioni in dottrina e giurisprudenza? La risposta è alquanto semplice, ma per comprenderla occorre fare un passo indietro nel tempo e confrontare l'art. 9 della Carta di Nizza, emanata nel 2000, con la Convenzione Europea dei diritti dell'uomo emanata nel 1950, la quale all'art. 12 riporta fondamentalmente lo stesso contenuto del citato art. 9 della Carta di Nizza.

Confrontando i due articoli, ciò che immediatamente viene fuori è una sostanziale eguaglianza di contenuto, ma quello che più ci interessa, per lo studio dell'argomento in oggetto, sono le divergenze che vengono alla luce. L'art. 12 CEDU infatti consente sì di usufruire del diritto di sposarsi e di fondare una famiglia, tuttavia questo diritto è espressamente subordinato alla condizione che i soggetti siano "uomo" e "donna", dizione che viene troncata invece nella Carta di Nizza. Il salto qualitativo posto in essere da quest'ultima di fatto consiste proprio in ciò: non viene più subordinato l'imprescindibile diritto di sposarsi - e di conseguenza di costituire una famiglia - alla mera condizione di eterogeneità dei sessi dei nubendi ma, non venendo fatta alcuna menzione del sesso dei soggetti, inizia a venire meno quella importanza e imprescindibilità che questa condizione rappresentava fino ad allora per accedere ad un istituto etichettato come sacro: il matrimonio.

L'emanazione della Carta di Nizza pone in essere una vera e propria scissione di un concetto che fino ad all'ora era sempre stato concepito, nella sua concezione storico-sociale, come indivisibile; non si parlava più di un diritto di sposarsi che al suo interno ricomprendeva anche i diritti ad esso correlati, ma si parlava del diritto di sposarsi da una lato e del diritto di costruire una

² Sul punto si veda L. ANDRETTO, "La Cedu e il matrimonio omosessuale. Infondatezza della quaestio ex art. 117, 1° comma, Cost. della disciplina codicistica sul matrimonio", in *La "società naturale" e i suoi "nemici". Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, a cura di Bin, Brunelli, Guazzarotti, Pugiotto, Veronesi, Torino, 2010, pag 26.

³ Corte EDU, sent. *VgT c. Svizzera* (32772/02), par. 85 e 88.

⁴ Carta dei Diritti Fondamentali, art. 9: Diritto di sposarsi e di costituire una famiglia, «Il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio».

famiglia dall'altro⁵. Passiamo dunque a descrivere il rapporto amoroso basato sul concetto di "coppia", evitando quella netta cristallizzazione basata su di un rigido schema eterosessuale di modo tale che vengano ad essere sciolti i limiti imposti dalla diversità di sesso. Un passo decisivo verso una riduzione del «potere pubblico di impadronirsi della vita delle persone»⁶.

Dobbiamo dunque interpretare l'art. 9 della Carta di Nizza come la genesi dello squarcio giurisprudenziale che ha portato al riconoscimento per le persone dello stesso sesso di poter accedere a tali diritti? Ad un'analisi superficiale sembrerebbe così, ma se guardiamo meglio notiamo che il merito dello stesso art. 9 consiste più che altro nello sdogmatizzare il cristallizzato concetto di unione "classica", dopo di tutto erano pur passati ben cinquant'anni dalla precedente legislazione in materia (art. 12 CEDU) ed il sostrato sociale e il suo costume erano decisamente mutati. Ad ogni modo, pur riconoscendo alla Carta di Nizza una sua fondamentale importanza in materia, essa dà esclusivamente la possibilità alle persone dello stesso sesso di accedere agli stessi diritti di formazione sociale riconosciuti per gli eterosessuali, lasciando la decisione del se introdurre o meno tali tipi di diritti alla discrezionalità dei singoli Stati. Questo concetto viene ad inserirsi all'interno di una scia giurisprudenziale appena avviata e che per anni si baserà su questo concetto: si viene a disciplinare il *come*, non il *se*⁷.

L'art. 9 deve, dunque, essere letto in combinato disposto con quello che è l'art. 21 della stessa Carta di Nizza, il quale espressamente ammette il divieto di considerare l'orientamento sessuale come causa di discriminazione⁸. Secondo quanto viene fuori dall'Assemblea di Nizza l'art. 9 «non vieta, né impone la concessione dello status matrimoniale a unioni fra persone dello stesso

⁵ «Non è più possibile sostenere che esiste un principio riconosciuto - quello del tradizionale matrimonio tra eterosessuali - e una eccezione (eventualmente) tollerata - quella delle unioni civili, cui potrebbero aver accesso anche le persone dello stesso sesso. E nell'orizzonte disegnato dalla Carta Europea dei diritti fondamentali la diversità di sesso non è più un connotato di alcuna forma di organizzazione dei rapporti interpersonali, sia che si voglia far riferimento al matrimonio, che tuttavia è strutturalmente modificato in una delle sue storiche componenti; sia che si voglia ricorrere a modelli diversi che tuttavia, se non si vuole violare proprio la logica antidiscriminatoria dell'articolo 21, non possono essere previsti come alternativa insuperabile per l'accesso a un matrimonio ormai divenuto formalmente egualitario». Cfr. S. RODOTÀ, *Diritto d'amore*, Laterza, Bari-Roma, 2017, pag. 79.

⁶ *Ivi*, pag. 93.

⁷ Sul punto E. BERGAMINI, "Art. 9 della Carta dei diritti fondamentali", in M. Sesta (a cura di), *Codice della famiglia*, Milano, 2009, pp. 153 ss. L'autrice mette in evidenza come pare evidente che, seguendo tale ragionamento, la Carta di Nizza, nonché la giurisprudenza di Strasburgo, non comportino un obbligo per gli Stati di introdurre tali tipi di diritti.

⁸ Orientamento più volte ribadito con riferimento all'art. 13 del Trattato sull'Unione Europea, il quale autorizzando l'adozione di misure volte alla repressione di forme di discriminazione basate sull'orientamento sessuale viene a porsi come ancora per una futura e florida giurisprudenza a riguardo. Cfr. Art. 21: «1. 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».

sesto», ribadendo sostanzialmente il concetto già sancito in *D. e Svezia c. Il Consiglio*⁹. Se da una parte dunque viene effettuato un primo e forte passo in avanti verso la tutela dei diritti degli omosessuali, dall'altra viene ancora lasciata scoperta la possibilità di accedere ad una siffatta tutela nella maggior parte degli Stati, dove il problema era tendenzialmente risolto tramite il c.d. "riconoscimento per equivalenza"¹⁰.

Delineato il presente *excursus*, occorre ora focalizzarsi su ciò che ha davvero dato una svolta alla giurisprudenza sul punto, ovvero la violazione dell'art. 8 CEDU¹¹; la Corte di Strasburgo, a partire dagli anni '80, ha ravvisato una violazione di tale articolo, con riferimento al concetto di "vita privata" e di "vita familiare", che nella maggioranza dei casi doveva essere accostata alla violazione congiunta dell'art. 14 della stessa CEDU, con riferimento al divieto di discriminazione¹². Per molti anni i giudici di Strasburgo hanno ravvisato una siffatta violazione concentrandosi sul concetto di "vita privata" piuttosto che su quello di "vita familiare", e ciò perché non vi era ancora quella *forma mentis* in grado di porre in essere quel salto qualitativo traslando l'attenzione sul diritto imprescindibile dei soggetti omosessuali di manifestarsi all'interno delle formazioni sociali a loro più consone: le famiglie¹³. Siamo ben lungi, in questo periodo storico, dal cogliere le profonde trasformazioni sociali in atto in Europa, tuttavia, la Corte EDU riuscirà, negli anni immediatamente successivi, a cogliere questi spunti di cambiamento sociale, ponendosi come agente di cambiamento ed ente pioniere, la quale funse da modello che solcò la scia percorsa poi da innumerevoli Stati. Vediamo ora l'evoluzione giurisprudenziale.

⁹ Sent. 31 maggio 2001, causa C-122/99, *D. e Svezia c. Consiglio*, in *Racc.*, 2001, I-4319, punto 35. Non sorge pertanto un obbligo, a carico dell'Unione Europea o degli Stati «, ad equiparare le unioni omosessuali registrate al matrimonio». Cfr. E. BERGAMINI, "Miti e realtà nella disciplina dell'UE in tema di famiglia omosex", in *La "società naturale"* cit. pag. 32.

¹⁰ Modello ove la coppia, in mancanza di legislazione pertinente, viene assimilata al "modello sociale" più simile all'interno di quel determinato ordinamento. Sul punto si veda R. BARATTA, *Verso la "comunitarizzazione" dei principi fondamentali del diritto di famiglia*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2005, 602.

¹¹ Art. 8 CEDU: «1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria 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 alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui».

¹² Art. 14 CEDU: «Il 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 quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione».

¹³ Sul punto si veda § 3.3 sulla sentenza *Schalk and Kopf c. Austria* la quale ebbe il merito di garantire questo salto qualitativo.

1.1. La sentenza *Dudgeon c. Regno Unito*: un primo concetto di protezione dei valori morali e della sfera privata degli individui tramite una non ingerenza all'interno della vita privata (art. 8 CEDU).

È doveroso partire, al fine di delineare, per quanto possibile, una chiara analisi della linea giurisprudenziale portata innanzi dalla Corte EDU, dal primo caso che la suddetta Corte si è trovata a decidere in relazione ai diritti facenti capo alle minoranze sessuali in oggetto: la sentenza *Dudgeon c. Regno Unito*. Prima di tutto, al fine di chiarire quello che è il contesto storico nel quale navighiamo, occorre sottolineare come tra il 1955 ed il 1980 la Corte di Strasburgo fu investita di numerosi casi aventi come oggetto l'esistenza, all'interno dei vari ordinamenti giuridici, di norme che reprimevano e punivano pratiche omosessuali, in una presunta violazione dell'art. 8, co. 2 CEDU, nella parte in cui il suddetto articolo chiarisce che «Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto», intendendosi il diritto al normale svolgimento della propria vita privata.

Tuttavia l'iniziale orientamento sviluppato dai giudici di Strasburgo fu quello di negare che l'ambito applicativo della CEDU potesse ricoprire la protezione delle relazioni omosessuali, arrivando dunque a rigettare tutti i ricorsi¹⁴. Solo a partire dai primi anni '70 i giudici di Strasburgo iniziarono ad aprire le maglie della Corte sul punto, dichiarando ammissibile un ricorso che denunciava la repressione penale di pratiche omosessuali con individui adulti di età inferiore a 21 anni. Il vero e proprio punto di svolta, tuttavia, si ebbe solo all'inizio degli anni '80 con la sentenza *Dudgeon c. Regno Unito*. Questo caso, risalente al 1981, prese le mosse da un attivista omosessuale residente a Belfast, il sig. Dudgeon, il quale dopo aver subito una perquisizione domiciliare, venne trattenuto ed interrogato dalla polizia in merito alle proprie attività sessuali, dal momento in cui, all'epoca, nell'Irlanda del Nord, vigeva una legislazione repressiva delle attività sessuali tra due

¹⁴ La Comm. EDU difatti riteneva che la criminalizzazione dell'omosessualità fosse compatibile con il dettato dell'art. 8 CEDU, il quale, al secondo comma, afferma che la vita privata e familiare è suscettibile di restrizioni da parte degli ordinamenti giuridici al fine di proteggere la salute o la morale pubblica, sul punto si veda Comm. EDU, 17 dicembre 1955, *W. B. c. Repubblica Federale Tedesca*. Questo orientamento sviluppato dai giudici di Strasburgo farebbe - auspicabilmente - oggi storcere il naso alla maggior parte dei giuristi (e non solo), ma all'epoca non sconvolgeva affatto. Esso era lo specchio di un clima socialmente, culturalmente e politicamente chiuso ed ostile verso quella categoria d'amore repressa e soffocata, tanto che la stessa parola quasi non fosse pronunciabile, come venne ad esser descritto da parte di Oscar Wilde nel momento in cui venne interrogato dai giudici sulla sua presunta relazione omosessuale con Lord Alfred Douglas, quell'amore che non-osa-dire-il-suo-nome. Cfr. A. Melloni, *Amore senza fini, amore senza fini*, Il Mulino, 2015, pag. 9.

uomini¹⁵. Il 22 maggio del 1976 il signor Jeffrey Dudgeon lamentò alla Corte EDU che, con riferimento agli artt. 8 e 14 CEDU, vi era stata una violazione della sua vita privata basata su una discriminazione in relazione al suo orientamento sessuale¹⁶; il rischio di subire un processo penale causò paure, sofferenze e problemi psicologici al ricorrente.

I giudici di Strasburgo erano dunque chiamati a decidere se la legislazione in vigore nell'Irlanda del Nord fosse o meno conforme alla Convenzione con specifico rispetto del concetto di tutela della vita privata (art. 8) e della tutela antidiscriminatoria (art. 14). La Corte decise che il sig. Dudgeon aveva subito, e che continuava a subire, delle ingiustificate interferenze relativamente al rispetto della vita privata garantito dalla Convenzione, con una conseguente violazione dell'art. 8 della stessa¹⁷. Confermato dunque che vi fosse stata un'illegittima ingerenza all'interno della vita privata dell'individuo, la Corte è scesa in un'analisi più approfondita al fine di concepire se una siffatta ingerenza potesse giustificarsi ai sensi del secondo comma dell'art. 8 CEDU: se dunque esistessero o meno delle ragioni di salute, morale o interesse pubblico che giustificassero un intervento dei pubblici poteri all'interno della sfera privata del soggetto.

La Corte EDU muoveva innanzitutto dall'assunto che, per decidere una conformità al citato secondo comma, non doveva tenersi conto solo degli obiettivi perseguiti dai pubblici poteri con tale ingerenza, ma bensì "*de la nature des activités en jeu*". Si capisce come, nel caso in oggetto, parlandosi della vita sessuale dell'individuo, probabilmente l'aspetto più intimo e privato della persona, devono sussistere degli aspetti particolarmente gravi affinché sia giustificata una tale ingerenza dei pubblici poteri nella sfera privata del ricorrente¹⁸.

¹⁵ Ciò anche laddove tali tipi di attività fossero poste in essere tra due adulti consenzienti, si veda *Offences against the Person Act 1861 ("the 1861 Act"), the Criminal Law Amendment Act 1885 ("the 1855 Act") and the common law, Dudgeons c. Regno Unito*, 22 ottobre 1981, par. 14.

¹⁶ Nello specifico, il sig. Dudgeon lamentò che l'esistenza, nella legge penale in vigore nell'Irlanda del Nord, di vari reati riguardanti «la condotta omosessuale maschile e le indagini della polizia nel gennaio 1976 costituivano un'interferenza ingiustificata con il suo diritto al rispetto della sua vita privata, in violazione dell'articolo 8 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo»; lamentò inoltre di aver «subito discriminazioni, ai sensi dell'articolo 14 della Convenzione, per motivi di sesso, orientamento sessuale e residenza», chiedendo anche un risarcimento del danno. Cfr. *Dudgeon c. Regno Unito*, 22 ottobre 1981, par. 34.

¹⁷ *Ivi*, par. 64; il mantenimento in vigore della legislazione vigente (nell'Irlanda del Nord) configurava una *continua* interferenza nel diritto al rispetto della vita privata del ricorrente, sia nel caso in cui egli avesse deciso di rispettare la legge anglosassone - astenendosi dunque da pratiche sessuali con altri uomini - sia nel caso in cui, e questo è il punto focale, egli avesse deciso di infrangere una siffatta legge esponendosi al rischio di un procedimento penale.

¹⁸ Sul punto la Corte osservava - cogliendo per prima quegli aspetti di mutamento sociale in crescita - che, rispetto al tempo in cui la legislazione era stata emanata (fine '800), il costume sociale era mutato notevolmente, tanto da poter tranquillamente affermare - per lo meno nella maggioranza degli Stati contraenti - che l'omosessualità non era più da ricomprendere all'interno della branca del diritto penale; la Corte osservava inoltre come nella stessa Irlanda del Nord vi fosse stata una tendenza all'astensione, negli anni precedenti, nel procurare delle prove da presentare nei procedimenti penali aperti per omosessualità al fine di dimostrare che, in qualche misura, quei comportamenti potessero danneggiare la moralità ed il buon costume del paese.

Non esistendo più una «esigenza sociale pressante»¹⁹ di criminalizzazione di tali atti, la Corte conclude dunque - con quindici voti favorevoli - che il comportamento posto in essere dalle autorità locali abbia portato ad una violazione dell'art. 8 della CEDU, affermando che le restrizioni imposte al sig. Dudgeon, per l'ampiezza ed absolutezza che le contraddistinguevano, erano manifestamente sproporzionate con i fini dalle stesse perseguiti. Affermava inoltre che non era necessario esaminare la questione anche sotto il punto di vista di una discriminazione delle minoranze (art. 14). La sentenza così decisa è divenuta una pietra miliare ed una tappa fondamentale nel cammino giurisprudenziale che ha portato a quel *consenso europeo* (si veda *infra* § 7) il quale è riuscito ad aprire una breccia all'interno dei singoli ordinamenti giuridici.

Nonostante questa prima “vittoria d’amore” delle voci fuori dal coro non tardarono ad arrivare²⁰; queste opinioni contrarie ad un tale riconoscimento che la Corte di Strasburgo aveva riservato ai soggetti omosessuali, ci fanno ben comprendere come la *forma mentis* capace di comprendere una sostanziale parità tra i soggetti, a prescindere dal loro orientamento sessuale, fosse ancora lungi dall’essere diffusa. Nonostante ciò si ebbe un notevole passo in avanti verso l’autodeterminazione dell’amore: si inizia a delineare il concetto mediante il quale nella ragione dei sentimenti nessuno, tanto meno un pubblico potere, può, dall’esterno, esercitare un dominio.

¹⁹ Così A. PITRONE, «La teoria del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell’Uomo in tema di riconoscimento delle coppie omosessuali», in, *Ordine internazionale e diritti umani*, ISSN 2284-3531, (2015), pag. 733.

²⁰ Si vedano le opinioni parzialmente dissenzienti del giudice Walsh, nelle quali egli affermava che vi erano due tipi di omosessuali «*homosexuals who are such because of some kind of innate instinct or pathological constitution judged to be incurable and those whose tendency comes from a lack of normal sexual development or from habit or from experience or from other similar causes but whose tendency is not incurable*», Cfr. Corte EDU, 22 ottobre 1981, *Dudgeon c. Regno Unito*, opinione parzialmente dissenziente del giudice Walsh, par. 13. Si vedano inoltre le opinioni dissenzienti del giudice Zakia il quale affermò «l’esigenza di tutelare la maggioranza eterosessuale della popolazione che sarebbe – a suo parere - contraria alle pratiche omosessuali, in quanto innaturali e immorali», Cfr. *Ivi*, opinioni dissenzienti del giudice Zakria, par. 3.