

# DIRITTI COMPARATI

Comparare i diritti fondamentali in Europa

## **“LIFE WITHOUT DIGNITY IS LIKE A SOUND THAT IS NOT HEARD”: DALLA CORTE SUPREMA DELL’INDIA, L’ULTIMA PAROLA SULLA SECTION 377 DEL CODICE PENALE**

Posted on 5 Novembre 2018 by [Angelo Schillaci](#)

Con la decisione *Navtej Singh Johars & Ors v. Union of India*, depositata il 6 settembre 2018, la Corte Suprema Indiana torna a pronunciarsi sull’art. 377 del Codice penale indiano, in tema di repressione dei comportamenti sessuali “contrari all’ordine della natura”, dichiarandolo incostituzionale. La decisione segue di quattro anni la sentenza resa nel caso *Suresh Kumar Koushal and another v. Naz Foundation and others*, con la quale la Corte, in composizione ristretta, aveva ritenuto la non contrarietà a Costituzione della section 377, riformando la decisione della Corte Suprema di New Delhi in *Naz Foundation v. Government of NCT of Delhi and others*.

La pronuncia pone termine ad un dibattito assai acceso – nella società indiana – relativo sia al merito della questione, sia all’opportunità che a dirimerla intervenisse (nuovamente) la Corte Suprema, in luogo del legislatore. Su questo profilo, peraltro, la Corte si è espressamente pronunciata, anche alla luce del fatto che era stato lo stesso Governo, nel costituirsi, a delegare la soluzione della questione alla “saggezza” (*wisdom*) della Corte. Al riguardo la Corte è molto netta nel collocare i propri rapporti con il legislatore nel quadro di un equilibrio tra i due poli

dell'interpretazione evolutiva della Costituzione (*transformative*) e della funzione contromaggioritaria della Corte stessa (cfr. par. 89 op. del Chief Justice Misra e del giudice Khanwilkar – d'ora in poi CJ – e parr. 97 ss. op. Chandrachud). L'evoluzione dell'ordinamento, affermano Misra e Khanwilkar al par. 89, non può rimanere muta di fronte alla lotta dei soggetti vulnerabili per il riconoscimento e la realizzazione dei propri diritti e, come ribadito nel punto iii) del dispositivo della stessa opinione, *"the role of the Courts gains more importance when the rights which are affected belong to a class of persons or a minority group who have been deprived of even their basic rights since time immemorial"*. Laddove, pertanto, *Suresh* aveva riscontrato nel carattere minoritario della comunità LGBT+ una ragione sufficiente per escludere l'incostituzionalità dell'art. 377, la decisione in commento lega la protezione di una classe di soggetti vulnerabili alla trasformazione dell'intera società (cfr. par. 153 op. Chandrachud).

Tale conclusione pare strettamente legata, d'altro canto, allo stesso inquadramento della fattispecie: se infatti, nel precedente *Suresh*, l'art. 377 era stato interpretato focalizzandosi unicamente sugli atti repressi, indipendentemente dal fatto che questi potessero rappresentare la dimensione espressiva di una identità, nella decisione in esame il giudizio sulla compatibilità della section 377 con gli art. 14 e 15 (eguaglianza e non discriminazione), 19 (libertà di espressione) e 21 (libertà e autonomia personale) della Costituzione indiana viene condotto sulla base di un parametro più ampio e comprensivo, dato dall'intreccio tra dignità, eguaglianza, solidarietà e riconoscimento.

Il riferimento alla dignità consente infatti alla Corte di trascendere la sola dimensione effettuale delle condotte repressi (cfr. par. 81 op. CJ), riconoscendo che la loro criminalizzazione non solo ha rafforzato lo stigma nei confronti della comunità LGBT+, ma ha determinato la stessa sua assenza civile, attraverso una vera e propria soppressione delle identità coinvolte (cfr. par. 149 op. Chandrachud): *"non-recognition in the fullest sense and denial of expression of choice by a statutory penal provision is the central issue involved in the present controversy"* (par. 9 op. CJ; v. anche parr. 4 e 24 op. Chandrachud).

Interessante, in quest'ottica, il legame tra riconoscimento delle identità e *constitutional legitimacy* (par. 84 op. CJ), nel quadro della dottrina del costituzionalismo trasformativo (ivi, par. 95 ss.): l'adeguamento continuo della Costituzione alle dinamiche storico-sociali passa anche e soprattutto attraverso il riconoscimento delle identità, e dunque attraverso l'interpretazione del catalogo dei diritti da parte delle Corti, e la loro realizzazione progressiva.

La dottrina del *transformative constitutionalism*, peraltro, non si comprende a pieno se non alla luce delle caratteristiche storico-culturali dell'esperienza indiana, e del modo in cui la Costituzione si è rapportata ad esse, perseguendo l'obiettivo di trasformare una società gerarchicamente ordinata in classi in una società di libere, liberi e uguali (cfr. op. Chandrachud, par. 138): allo stesso tempo, tali peculiarità non possono non incidere, secondo la Corte Suprema, sulla definizione del perimetro e dei percorsi dell'interpretazione costituzionale, che devono essere ispirati ad un "*sense of engagement*" e "*a sense of constitutional morality*" (parr. 95 e 184 op. CJ).

La rimozione di un ostacolo al libero svolgimento della personalità (il "*full blossoming*" dell'individuo come "*very essence of dignity*", par. 132 op. CJ) delle persone LGBT+ – quale la *section 377* – costituisce dunque uno strumento giuridico di riconoscimento dell'identità dei soggetti coinvolti, contribuendo al tempo stesso a trasformare la società e l'esperienza giuridica indiana. La garanzia dell'effettività della dignità attraverso la liberazione di *capacità* si lega così ad altri tradizionali strumenti di promozione dell'eguaglianza (quali politiche attive e azioni affermatrici, cfr. ivi, par. 123), nella sinergia tra Corte e processo politico (cfr. ivi, par. 116 e 119). In questo senso, peraltro, lo stesso riferimento alla dignità avviene nel quadro del superamento di una concezione solo formale del paradigma antidiscriminatorio come evidente, ad esempio, in alcune considerazioni relative al legame tra *section 377* e subordinazione sociale (par. 32 op. Chandrachud).

In tale prospettiva viene declinato anche l'ancoraggio alla *privacy*, intesa non soltanto come garanzia di libertà nella sfera privata. La Corte sviluppa in questo senso il nesso tra *privacy*, dignità e autodeterminazione già

affermato nella fondamentale sentenza *Puttaswamy*, che nell'op. Nariman è definita " *important nail in the coffin of section 377*" (par. 58). In questa prospettiva, definire la libertà di orientamento sessuale come dimensione della *privacy* non significa relegare la sfera sessuale in ambito privato ma, tutto al contrario, essere liberi dalla paura nello spazio pubblico (cfr. il par. 132 op. CJ, o il par. 4 op. Chandrachud), godere del diritto di essere sé stessi ovunque (par. 62 op. Chandrachud).

La lettura della protezione della *privacy* alla luce dell'intreccio tra dignità e libertà si traduce così, per un verso, nell'ancoraggio del giudizio di eguaglianza al riconoscimento delle identità coinvolte e di spazi di autodeterminazione (cfr. ad es. il par. 165 dell'op. del CJ); per altro verso, trascende lo spazio privato, per condizionare le dinamiche di convivenza, riconoscendo che all'identità deve essere data la possibilità di esprimersi anche nello spazio pubblico. Come già affermato dal giudice Chandrachud nella sua opinione in *Puttaswamy*, "*privacy protects heterogeneity and recognises the plurality and diversity of our culture*" (par. 323).

Un ultimo aspetto della decisione su cui pare necessario soffermarsi è il diffuso ricorso all'argomento comparativo: l'esperienza maturata nell'ordinamento internazionale e in una vasta serie di ordinamenti stranieri è infatti assunta quale strumento interpretativo, nella quasi totalità dei passaggi decisivi delle diverse opinioni. Si pensi, solo per fare alcuni esempi, al richiamo all'esperienza sudafricana o alla giurisprudenza della Corte suprema canadese in materia di interpretazione evolutiva della Costituzione, in sede di articolazione della dottrina del costituzionalismo trasformativo (parr. 91 ss. e 99 ss. op. CJ); ancora, assai dettagliati i richiami alla giurisprudenza statunitense – e a quella della Corte europea dei diritti dell'uomo – in tema di riconoscimento della vita familiare omosessuale e di pari dignità delle persone LGBT+; significativi, infine, i richiami alla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE in tema di nozione di discriminazione indiretta (par. 93 op. Chandrachud).

L'uso della comparazione ha rappresentato peraltro uno degli aspetti problematici proprio nell'alternarsi di decisioni relative alla *section 377*. Nella decisione *Suresh* del 2014, ad esempio, la Corte suprema aveva ritenuto che la decisione impugnata avesse omesso di considerare – in

prospettiva critica – l’impatto dei precedenti stranieri sull’identità costituzionale indiana e, con attitudine di chiusura, l’aveva censurata anche sotto tale aspetto. Tutto al contrario, nella decisione in commento, la Corte è molto attenta nel bilanciare il robusto ricorso alla comparazione e ai precedenti stranieri con una altrettanto robusta opera di interpretazione delle garanzie costituzionali interne (cfr. par. 133, op. CJ: il ricorso alla comparazione avviene *dopo* aver definito senso e portata della dignità nel sistema costituzionale indiano), con il risultato di mantenere in equilibrio la salvaguardia dell’identità costituzionale indiana e l’apertura alla differenza, in chiave di arricchimento critico. Come espressamente affermato dal giudice Chandrachud, il ricorso alla comparazione avviene *“not to determine the meaning of the guarantees contained within the Indian Constitution, but to provide a sound and appreciable confirmation of our conclusions about those guarantees”* (par. 126). Con una facile suggestione, e riprendendo la nota distinzione risalente a Vicki Jackson, potrebbe così sostenersi – concludendo – che la Corte suprema abbia superato tanto una posizione di *Convergence* (riscontrabile invece, ad es., nella decisione dell’Alta Corte di Delhi del 2009) quanto la posizione di *Resistance* adottata nella decisione *Suresh*, per tentare, con successo, la più impervia strada dell’*Engagement*, della relazione critica con l’alterità giuridica.