

Queering the Indian marriage law: le rivendicazioni della comunità LGBTQIA+ nella sentenza *Supriyo @ Supriya Chakraborty & Anr. v Union of India* della Corte suprema indiana

di Mara Bisi e Wisam Zreg*

Abstract: *Queering the Indian marriage law: the claims of the LGBTQIA+ community in the Supriyo @ Supriya Chakraborty & Anr. v Union of India judgment referred to the Indian Supreme Court* - The landmark judgment *Supriyo @ Supriya Chakraborty & Anr. v Union of India* by the Supreme Court of India represents a pivotal moment in the legal recognition of LGBTQIA+ rights in the country. Although the Court ultimately declined to grant marriage equality, the decision provided an examination of constitutional rights, personal liberty, and societal norms. It affirmed the dignity of LGBTQIA+ individuals and underscored the need for legislative action to address their grievances and safeguard their rights. The judgment also laid out significant principles on the role of the judiciary in shaping social change. This article critically analyzes the decision, its implications for the LGBTQIA+ community, and the path forward for achieving substantive equality in India.

2259

Keywords: India; LGBTQIA+; Comparative approach; Adoption; Marriage

1. Introduzione

Con la decisione *Supriyo @ Supriya Chakraborty & Anr. v Union of India* del 2023, la Corte suprema indiana ha affrontato una questione che, negli ultimi anni, ha già investito numerose altre Corti di vertice di tutto il mondo: le persone LGBTQIA+, infatti, chiedendo di potere contrarre matrimonio o riconoscere quello già in essere, sottopongono alle giurisdizioni coinvolte una serie di rilevanti questioni concernenti il diritto di famiglia *lato sensu*, creando, conseguentemente, una frattura con la nozione esclusivamente eterosessuale e monogamica della famiglia. In questa sorta di dialogo globale tra corti, si inserisce la sentenza indiana, che si caratterizza per alcune notevoli considerazioni socio-giuridiche, nonostante alcune aree umbratili, idonee a rafforzare un dibattito importante e trasformativo sui diritti delle persone LGBTQIA+ in India.

Il presente contributo analizza, quindi, i diritti e le libertà fondamentali riconosciuti alla comunità LGBTQIA+ in India, tramite una lettura analitica

* Il testo è frutto di riflessioni comuni ai due autori. L'introduzione e le conclusioni sono state redatte congiuntamente. Mara Bisi ha redatto i paragrafi 2, 3, 4 e 6. Wisam Zreg ha redatto il paragrafo 5.

della recente sentenza *Supriyo @ Supriya Chakraborty & Anr. v Union of India*, 2023 INSC 920 (d'ora in avanti anche *Supriyo*), sia dal punto di vista del diritto indiano, sia dal punto di vista del diritto comparato. In particolare, la Corte suprema è stata chiamata a decidere se il diritto a contrarre matrimonio sia definibile come diritto fondamentale dell'uomo, la cui violazione possa considerarsi una forma di discriminazione, anche con riferimento al tema dell'adozione. Al termine di un complesso ragionamento, la Corte ha concluso che non esiste in India un diritto fondamentale a contrarre matrimonio; tuttavia, in considerazione dell'assenza di provvedimenti che riconoscano gli stessi diritti derivanti dal matrimonio alle coppie non eterosessuali, la disciplina è attualmente discriminatoria e, a parere della Corte, l'Unione indiana è tenuta a intervenire, anche in materia di adozione, per rendere il regime coerente con il disposto degli artt. 14 e 15 Cost.

2260

Ancora una volta la Corte suprema indiana è foriera di innovazione giuridica e rimane centro di discussione su tematiche oggetto di dibattito internazionale. Occorre infatti rilevare come la Corte suprema indiana abbia rappresentato, fin dall'Indipendenza, il motore dell'evoluzione giuridica del diritto indiano, anche per la grande capacità di sposare diritti personali e diritto territoriale, sfruttando al massimo le possibilità concesse dal testo costituzionale¹.

Questi poteri della Corte hanno comportato la creazione del termine *judicial activism*², che fa riferimento, secondo la dottrina indiana, all'attivismo giurisprudenziale della Corte in relazione ai temi più caldi, con l'obiettivo di sviluppare un sistema autenticamente indiano e all'avanguardia, garantendo altresì l'effettività delle libertà costituzionali e del progresso sociale³.

L'evoluzione della posizione indiana sul piano internazionale trova le sue radici nell'incontro tra il diritto dei colonizzatori e quelli tradizionali delle diverse popolazioni presenti nel subcontinente indiano. L'India è infatti un paese connotato da grande diversità di popoli e tradizioni, che hanno

¹ Sul tema *cf.* U. Baxi, *Taking Suffering Seriously: Social Action Litigation in the Supreme Court of India*, in 4 (6) *Third World Legal Studies* 107 (1985); D. Amirante, *La democrazia dei superlativi. Il sistema costituzionale dell'India contemporanea* Napoli, 2019; P. Viola, *Costituzionalismo autoctono. Pluralismo culturale e trapianti giuridici nel subcontinente indiano*, Bologna, 2020; A. Bhuwani, *Courting the People: Public Interest Litigation in Post-Emergency India*, Cambridge, 2016.

² In materia di *judicial activism* della Corte suprema indiana *cf.* M.M. Semwal, S. Khosla, *Judicial Activism*, in 69 (1) *The Indian Journal of Political Science* 113-126 (2008); R.P. Bhatia, *Evolution of Judicial Activism in India*, in 45 (2) *Journal of the Indian Law Institute* 262-274 (2003); H. Morwal, T. Mathur, *Evolution of Judicial Activism in India*, in 3 (3) *International Journal of Law Management & Humanities* 1211-1218 (2020); V.P. Singh, *Judicial Activism as an essential Tool for the Protection and Expansion of Human Rights in India*, in 10 (1) *Kutafin Law Review* 88-109 (2023); S.B. Prasad, *Judicial Activism in Indian Political System*, in *European Journal of Political Science Studies* (2018); R. Singh, *Dimensions of Indian Judicial Activism*, in 13 (1) *Cross-Cultural Communication* 20-24 (2017); C. Chandran, *Role of Indian Judiciary in Promoting Judicial Activism*, in 2 (3) *International Journal for Social Studies* 88-101 (2016).

³ M. Caielli, *Governo debole, giudiziario forte: alcune riflessioni sull'azione di pubblico interesse in India*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2012, disponibile su www.forumcostituzionale.it.

dovuto trovare un modo per convivere e muoversi verso la modernità⁴.

A seguito dell'Indipendenza, l'India ha infatti sfruttato il retaggio coloniale britannico per creare un diritto indiano dalle caratteristiche tipiche sia della Western Legal Tradition, sia tradizionali nonché dell'India indipendente: in questo contesto, il ruolo della Corte Suprema è stato fondamentale nel fornire la spinta propulsiva per coniare nuove soluzioni giuridiche indiane, per la tutela dei diritti umani e la ricerca di una vita dignitosa nel rispetto dei principi costituzionalmente garantiti.

Un esempio significativo dell'attività della Corte suprema indiana è rappresentato dall'approccio giurisprudenziale nei confronti del diritto dell'ambiente, che ha sviluppato i principi chiave, tuttora vigenti, basati sul diritto costituzionale, nonché su quello internazionale in materia⁵.

La Corte, inoltre, ha anche dettato la disciplina per il fine vita e per le *advanced directives*, che ogni individuo può redigere e far custodire a tale scopo: la giurisprudenza, infatti, ha riconosciuto il diritto all'eutanasia passiva, facendo leva sul diritto alla vita, declinato nella duplice accezione di diritto a una vita dignitosa, nonché a un processo di morte dignitoso⁶.

Il sistema indiano si basa dunque su un patto costituzionale, in cui il formante legale assume una veste importante, ma altrettanta pregnanza è conferita alle *substantive values* e *institutional governance*⁷, sicché, in questo senso, il ruolo delle corti comprende anche la difesa della democrazia⁸.

Questa caratterizzazione dell'*apex court* si manifesta anche nella recente sentenza Supriyo, in materia di diritti e libertà fondamentali della comunità LGBTQIA+.

La sentenza, infatti, è particolarmente interessante, oltre che per le argomentazioni giuridiche, anche per l'analisi di una problematica estremamente complessa, quale il diritto delle persone queer⁹ a contrarre

⁴ D. Francavilla, *Globalizzazione e diritto hindu*, in *Quaderni dir. pol. eccles.*, 2022, 189-204.

⁵ M. Niyati, *Judicial Activism for Environment Protection in India*, in 4 (4) *International Research Journal of Social Sciences*, 7-14 (2015); M.S. Hanspal, *Judicial Activism and its Impact on Disaster Management in India: a Case Study Analysis*, in 6 (3) *Indian Journal of Law and Legal Research* 2415-2424 (2024); C. Petteruti, *La costituzionalizzazione della tutela dell'ambiente nell'Asia meridionale. L'ambiente come diritto fondamentale nella Costituzione post coloniale indiana e pakistana*, in *DPCE*, 2023, 531-546.

⁶ Il riferimento è al caso *Common Cause v. Union of India* (2018) 5 SCC 1. Un commento interessante si legge in P. Pradhan, A. Pradhan, *A Case Commentary on Common Cause (a Registered Society) v. Union of India* (2018), in 2 (1) *Indian Journal of Law and Legal Research*, 1-5 (2021).

⁷ In particolare, si osserva che «The Constitution defined democracy in terms of equal rights in political participation and of self-determination», *cfr.* Caso *Supriyo*, par. 78.

⁸ R.M Cover, *The Origins of Judicial Activism in the Protection of Minorities*, in 7 (1) *Yale law journal* (1982); M.E.K. Hall, *Judicial Review as a Limit on Government Domination: Reframing, resolving, and replacing the counter-majoritarian difficulty*, in 14 (2) *Perspectives on politics*, 391 (2016).

⁹ Si è utilizzato il termine *queer*, a partire dal titolo dell'articolo, anche coerentemente con il linguaggio utilizzato dalla Corte stessa, la quale ha affermato che «...I termini "LBGTQ" e "queer" sono usati in modo intercambiabile e come termine ombrello per indicare i vari orientamenti sessuali e le identità di genere esistenti. 3. Si è utilizzato "unione tra persone queer" o termini simili in relazione ad una relazione in cui una o entrambi le parti abbiano un'identità di genere o un orientamento sessuale atipico (atypical).», Caso *Supriyo*, 7.

matrimonio e ad adottare.

2. Le sfide della *writ petition*

I giudici della Corte suprema indiana, tramite *writ petition*, sono stati investiti ancora una volta di una questione legata ai diritti fondamentali della parte III della Costituzione. Come noto, la Corte suprema indiana può essere adita direttamente con lo strumento della *public interest litigation*, per cui, anche tramite *representative standing*, ogni cittadino può rivolgersi alla Corte nel caso in cui ritenga siano stati violati i diritti e le libertà fondamentali conferiti nella parte III della Costituzione, tra cui, per esemplificare, rientrano il diritto alla vita, il principio di uguaglianza e la libertà di parola¹⁰.

La prima *writ petition* che ha dato origine al caso è stata introdotta da una coppia omosessuale di lunga data, che sentiva profondamente la necessità di ottenere quel riconoscimento sociale dato dal matrimonio civile.

A tal fine, i ricorrenti hanno sostenuto che il matrimonio civile è un diritto fondamentale dell'individuo, poiché, oltre a essere parte dell'espressione di una vita dignitosa, porta con sé diritti, ma anche doveri, non godibili in altro modo dalle coppie non eterosessuali.

I ricorrenti fanno esplicito riferimento alla materia ereditaria e a quella degli alimenti, oltre a diversi sgravi fiscali specificamente previsti per le coppie sposate; sempre secondo i ricorrenti, inoltre, il matrimonio, risulta importante per definire i propri *next of kin* ai fini della disciplina del fine vita e per prendere le decisioni salienti per la persona amata in ambito medico; infine, il matrimonio sembrerebbe essere un requisito fondamentale anche per l'adozione da parte di una coppia¹¹.

Secondo i ricorrenti, in altri termini, il catalogo dei diritti delle persone sposate fa sì che il diritto a contrarre matrimonio sia un diritto fondamentale e che la mancata previsione del matrimonio per la comunità LGBTQIA+ sia

¹⁰ In particolare, l'art. 32 Cost. sancisce una forma di *original jurisdiction* della Corte Suprema, la quale può essere adita per trattare materie inerenti ai diritti fondamentali dei cittadini. Questa possibilità è stata prevista grazie a un approccio interpretativo innovativo, al fine di garantire la tutela giurisdizionale a un numero sempre più esteso di individui. Nello specifico, la Corte Suprema indiana ha riconosciuto la possibilità di un *representative standing*, cosicché associazioni e altri enti – quali le ONG – potessero diventare anche difensori degli interessi pubblici e della comunità. Questo diritto è stato sancito, in via ermeneutica, muovendo, da un lato, dall'assenza di tassatività dei soggetti legittimati ad adire la Corte suprema in primo grado, *ex art. 32 Cost.*, e, dall'altro lato, tramite una valutazione pragmatica, estendendo la tutela dei diritti umani nella misura massima possibile, affinché vi sia una tutela reale ed effettiva di siffatti diritti. Si veda, D. Francavilla, *Il diritto nell'India Contemporanea*, Torino, 2010; P.P. Craig, S.L. Deshpande, *Rights, Autonomy and Process: Public Interest Litigation in India*, in 9 (3) *Oxford J.Leg.St.*, 356-373 (1989); J. Cassels, *Judicial Activism and Public Interest Litigation in India: Attempting the Impossible?*, in 37 (3) *Am. J. Comp. L.*, 495-519 (1989); S. Deva, *Public Interest Litigation in India: A Critical Review*, in 28 (1) *Civ. Just. Q.*, 19-40 (2009); Z. Holladay, *Public Interest Litigation in India as a Paradigm for Developing Nations*, in 19 (2) *Ind. J. Global Legal Stud.*, 555-573 (2012); P.N. Bhagwati, *Judicial Activism and Public Interest Litigation*, in 23 (3) *Colum. J. Transnat'l L.*, 561-579 (1985); P.P. Craig, L. Deshpande, *Rights, Autonomy and Process: Public Interest Litigation in India*, in 9 (3) *Oxford J.Leg.St.*, 356-375 (1989).

¹¹ Sul punto vedere *infra*.

una chiara violazione del principio di uguaglianza e di non discriminazione, di cui agli artt. 14 e 15 della Costituzione.

Oltre alla richiesta principale, i ricorrenti, nelle diverse *writ petition*, hanno evidenziato che la terminologia utilizzata negli *statutes* inerenti al matrimonio in India non sia *gender neutral*, quindi discriminatori, richiedendone pertanto una lettura neutra, che non distingua tra coppie eterosessuali o omosessuali¹².

Infine, dalle *writ petition* emerge anche la richiesta di dichiarare l'incostituzionalità della Regulation 5 adottata dal Central Adoption Resource Authority (CARA), in quanto *ultra vires* rispetto allo Juvenile Justice (Care and Protection of Children) Act 2015 (d'ora in avanti JJ Act) in merito al diritto delle coppie di aprire una procedura di adozione. Va osservato, in particolare, che il Regulation 5 indica come requisito per l'adozione l'essere una coppia sposata, costituendo, per i ricorrenti, una disciplina discriminatoria.

La Union of India, in risposta alle pretese dei ricorrenti, ha sostenuto che non esiste alcun diritto fondamentale a contrarre matrimonio e che le previsioni che disciplinano il matrimonio siano di esclusivo appannaggio del legislatore.

In particolare, l'Unione ha sostenuto che la funzione principale del matrimonio è quella di tutelare la procreazione e garantire le generazioni future, sicché l'istituzione deve essere protetta da interferenze e modifiche che la svuoterebbero di significato. D'altronde, lo scopo precipuo dello SMA e del FMA non può essere travisato e considerato come un'omissione del legislatore, in quanto norme atte a consentire precipuamente il matrimonio intercasta e interreligioso, senza avere la funzione di regolamentare in via generale il matrimonio civile.

In India, infatti, il matrimonio è riconosciuto principalmente come istituzione sociale e non civile¹³. La sua disciplina è affidata per lo più all'ambito del diritto personale, *ergo* alle tradizioni, religiose e culturali, che si sono stratificate sul territorio indiano¹⁴. Conseguentemente, non si può effettuare un'analisi del tema prescindendo dallo scopo che ha indotto la *Union of India* ad adottare lo FMA e lo SMA, lasciando gli altri istituti del matrimonio nella materia dei diritti personali.

Secondo l'Unione, pertanto, solo lo Stato può legiferare sul matrimonio, in quanto solo esso è espressione della volontà della società.

Ciò non esclude, ammette l'Unione, che rimane vivo e garantito il diritto alla propria intimità e privacy dal punto di vista sessuale, oltre al diritto di non interferenza o inibizione di qualsiasi soggetto, compreso lo Stato, nella scelta del partner e nell'esplicazione pubblica e privata della vita

¹² Il riferimento è ai testi dello Special Marriage Act 1954 (d'ora in avanti anche SMA), che prevede specificamente che il matrimonio debba essere contratto da un individuo di sesso maschile e uno di sesso femminile, con una chiara previsione anche di due età minime diverse per l'accesso all'istituto, e del Foreign Marriage Act 1969 (d'ora in avanti anche FMA), che riporta i medesimi riferimenti terminologici (*bride and groom* per esempio).

¹³ *Sivasankaran v. Santhimeenal* 2021 6 SCR 169.

¹⁴ Esempi di ciò sono l'*Hindu Marriage Act 1955*, lo Muslim Women (Protection of Rights on Divorce) Act 1986 adottato in seguito al caso *Mohd. Ahmed Khan v. Shah Bano Begum* (1985) 3 SCR 844.

di coppia¹⁵. Anzi, lo Stato deve adoperarsi affinché questi diritti vengano garantiti, ma non è tenuto a riconoscere il diritto di contrarre matrimonio a specifiche categorie di persone.

3. Evoluzione della disciplina di riferimento in India

Nell'India precoloniale, le persone con orientamento non eterosessuale o dall'identità non cisgenere non avevano bisogno di essere accettate: la diversità era la norma¹⁶.

Tuttavia, per tutto il periodo coloniale, la discriminazione è stata evidente e imposta dalla morale del colonizzatore britannico, trasfusa, da una prospettiva penalistica, nella disposizione inserita nell'*Indian Penal Code* del 1860 (d'ora in avanti anche IPC), che concerne specificamente la criminalizzazione dei rapporti sessuali contro l'"*order of nature*"¹⁷, norma usata in passato contro le persone non eterosessuali¹⁸.

A seguito dell'Indipendenza nel 1947, la neocostituita Unione indiana si è posta come obiettivo la protezione di ogni cittadino indiano dalla violenza e dall'interferenza di terzi nella loro sfera giuridica privata.

Uno dei settori maggiormente incisi dall'Unione, nella protezione delle persone, è stato il diritto di famiglia, che, storicamente, è rimasto appannaggio dei diritti personali e gestito, pertanto, all'interno del sistema religioso e culturale di riferimento.

In India il matrimonio, che veste un ruolo centrale nel diritto di famiglia, è concepito come un'istituzione sociale e culturale, prima ancora che giuridica; in particolare, questo è stato disciplinato da specifici atti dopo l'Indipendenza, mantenendo l'istituto nell'alveo dei diritti personali¹⁹.

Nonostante ciò, l'Unione non ha potuto disinteressarsi delle violazioni dei diritti umani all'interno delle medesime tradizioni e, in attuazione del programma costituzionale, la spinta dell'esecutivo e delle corti è stata rivolta verso un mutamento sociale e giuridico delle istituzioni tradizionali, nel rispetto delle materie dedicate al diritto personale. Di fatto, l'obiettivo è stato quello di proteggere i segmenti più deboli della società indiana, pur garantendo uno spazio personale per le diverse tradizioni nell'ambito del diritto di famiglia.

Molti atti sono stati emanati a difesa, per esempio, della donna

¹⁵ Su questo tema cfr. *Asha Ranjan v. State of Bihar* 2017 (1) SCR 945; *Shafin Jahan v. Asokan K.M. & Ors.* 2018 (4) SCR 955; *K.S. Puttaswamy v. Union of India* 2017 (10) SCR 569.

¹⁶ Sul tema, S.K. Sharma, *Hijras: The Labelled Deviants*, New Delhi, 1989; S. Nanda, *The Hijras of India*, in 3 *Medicine and Law* 59-75 (1984); S. Nanda, *Neither Man nor Woman: The Hijras of India*, Belmont, 1990; Z. Jaffrey, *The Invisibles: A Tale of the Eunuchs of India*, New York, 1996; V. Lal, *Not This, Not That: The Hijras of India and the Cultural Politics of Sexuality*, in 61 *Social Text* 119-140 (1999).

¹⁷ Uno degli esempi di discriminazione introdotta durante il periodo coloniale è rappresentato dal *Criminal Tribes Act* 1871. Il concetto di *criminal tribe*, già *ex se* indicativo di quel *modus discriminatorio* di origine coloniale, disciplinava anche la comunità delle persone *transgender*, cui si riferiva con il termine derogatorio di eunuchi.

¹⁸ Sul tema cfr. i casi *Meharban Nowshirwan Irani v. Emperor*, AIR 1934 Sind. 206 e *Queen Empress v. Khairati*, ILR (1884) 6 All 204.

¹⁹ Uno degli esempi più lampanti di questo sistema è stato l'*Hindu Marriage Act* 1955 che disciplina il matrimonio tra due soggetti hindu.

all'interno del matrimonio o per impedire il matrimonio tra bambini²⁰.

Non ha fatto eccezione la protezione della comunità LGBTQIA+, spesso destinataria di violenza e ingiustizie dovute a discriminazione di larga parte della popolazione.

I primi passi, verso un mutamento per questa categoria, sono stati mossi con il caso *Naz Foundation v. Government of NCTD* (2009) 160 DLT 277, nel quale una *division bench* della High Court di Delhi ha disapplicato l'art. 377 IPC, in riferimento ai rapporti omosessuali. A seguito, poi, della riforma del provvedimento in fase di appello, nel caso *Suresh Kumar Koushal v. Naz Foundation* (2014) 1 SCC 1, i ricorrenti, tramite *writ petition*, adirono la Corte Suprema, per la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 377 IPC rispetto all'art. 21 Cost., interpretato come diritto alla libera scelta del proprio partner, a prescindere dal genere.

Tramite la qualificazione dinamica del concetto di *order of nature*, che si evolve nel tempo, a seconda della moralità sociale del paese, nel caso divenuto poi noto come *Navej*²¹, è stata dichiarata l'incostituzionalità dell'art. 377 IPC per i rapporti sessuali consensuali tra persone dello stesso sesso.

In particolare, la sentenza ha ravvisato la violazione degli artt. 14 e 15 Cost., poiché l'art. 377 IPC discriminava due comportamenti uguali (attività sessuali) sulla base dell'orientamento sessuale, oltre alla violazione dell'art. 19 (1) (a) per inibizione della privacy dal punto di vista della sessualità dell'individuo.

Infine, la Corte ha dichiarato che tra i diritti protetti dalla costituzione vi è anche quello di scegliere liberamente il proprio partner e di trovare soddisfazione nell'intimità di coppia²².

Un altro caso fondamentale per i diritti della comunità LGBTQIA+ è noto come *NALSA*. In questa sentenza, la Corte ha anche previsto un'obbligazione positiva per lo Stato di difendere la comunità LGBTQIA+ e attivarsi affinché i diritti costituzionalmente garantiti siano egualmente applicati alla comunità, senza discriminazione basata sul genere o sull'orientamento sessuale²³.

Dopo il caso *NALSA*, è infatti stato emanato il *Transgender Persons (Protection of Rights) Act 2019*, che ha previsto specifiche misure a difesa dei diritti della comunità LGBTQIA+²⁴.

Tuttavia, si deve notare che sussistono ancora molteplici lacune nella protezione dei diritti e delle libertà della comunità queer, specialmente nella

²⁰ Esempi di questa tendenza sono il Dowry Prohibition Act 1961, Domestic Violence Act 2005 e il The Prohibition of Child Marriage Act 2006.

²¹ *Navej Johar & Ors. v. Union of India* (2018) 7 SCR 379.

²² Il concetto di *right to intimate association* non è nuovo nel panorama internazionale e un caso interessante in merito è sicuramente *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965) cui i *petitioners* hanno fatto riferimento.

²³ In particolare, con i casi *National Legal Services Authority v. Union of India* AIR 2014 SC 1863 e *Puttasway* (*supra*) la Corte ha stabilito che le persone non binarie costituissero una sorta di terzo genere al quale riconoscere tutti i diritti previsti dalla costituzione.

²⁴ Con questo *Act* è stato anche istituito il National Portal for Transgender Persons (transgender.dosje.gov.in/), che si occupa della gestione e assistenza delle persone transgender (saliente è il progetto Garima Greh per le case rifugio, di cui si possono apprezzare le linee guida al seguente link transgender.dosje.gov.in/docs/GarimaGrehGuidelines.pdf).

vita relazionale²⁵: i ricorrenti del caso Supriyo, che hanno proposto la *writ petition* per il riconoscimento del matrimonio non eterosessuale, lamentano proprio come non ci sia uguaglianza tra coppie eterosessuali e coppie non eterosessuali, in quanto tutti i diritti connessi al matrimonio non sono uniformemente riconosciuti, comportando che le coppie non eterosessuali siano discriminate rispetto a quelle eterosessuali.

Il giudizio, tuttavia, si è concluso con la reiezione delle *petition* volte a ottenere, in primo luogo, la modifica tramite interpretazione giudiziale costituzionalmente conforme dello SMA e dello FMA, e secondariamente, la dichiarazione di incostituzionalità della Regulation 5 CARA in quanto *ultra vires* rispetto al JJ Act nella parte in cui limita alle coppie sposate il diritto ad adottare.

Da una interpretazione rigorista, sembrerebbe che la sentenza sia ancora una volta non favorevole alla comunità LGBTQIA+, ma, da una analisi in filigrana, rappresenta un grande passo in avanti per i diritti della minoranza queer, ponendo le basi per politiche attive dell'Unione, volte a eliminare le discriminazioni.

Nonostante la diversità di *opinions* che si ravvisa tra i giudici della Corte suprema, infatti, tutti i *justices* concordano su un punto: la comunità LGBTQIA+, finché non si vedrà riconosciuti gli stessi diritti delle coppie eterosessuali, sarà discriminata, in violazione degli artt. 14 e 15 della Costituzione. Come rilevato dai giudici supremi, la discriminazione non è soltanto di tipo diretto, bensì anche indiretto, laddove dal punto di vista sostanziale si concretizzi una distinzione trattamentale, nonostante sul piano formale possa non sussistere²⁶.

La sentenza, inoltre, presenta punti di grande interesse, non solo per le argomentazioni socio-giuridiche presenti nel reticolato argomentativo, ma anche per le direttive che vengono fornite sulla materia; unanimemente, la Corte ha affermato il diritto delle persone *transgender* eterosessuali di accedere all'istituto del matrimonio, così come è concepito attualmente per le coppie eterosessuali cisgenere. Tale interpretazione è conforme al dato letterale degli *statutes* sul matrimonio, in cui si distingue esclusivamente tra uomo e donna, senza nulla specificare in merito all'identità di genere: dal momento in cui la persona transgender ha effettuato la rettifica anatomica e anagrafica del suo genere, rientra pienamente nelle previsioni di tutti gli *statutes* sul matrimonio (SMA e FMA), essendo equiparata ad una persona cisgenere.

4. Il diritto fondamentale di costituire una coppia

Sui temi dibattuti nella sentenza Supriyo, appare di rilievo il dibattito tra il

²⁵ Il riferimento è anche ai casi *Latha v. Commissioner of Police* (2021) SCC OnLine Mad 3250, *Sushma v. Commissioner of Police* WP 7248 2021, Madras High Court, *Laximbai Chandaragi v. State of Karnataka* (2021) (3) SCC 360.

²⁶ A seguito di ciò, l'Unione, nella pendenza del giudizio, ha dichiarato, d'accordo con i giudici, che avrebbe provveduto a formare uno speciale *Committee* per analizzare la questione e definire la soluzione per eliminare le discriminazioni sia in materia di matrimonio, sia nella connessa materia dell'adozione. Sul punto, si veda (www.thehindu.com/news/national/centre-forms-panel-to-ensure-queer-community-gets-access-to-services-welfare-schemes/article68073328.ece; www.washingtonblade.com/2024/05/28/indian-government-creates-committee-to-study-rights-for-same-sex-couples/#:~:text=The%20committee%2C%20consisting%20of%20six,%2F2022%20Supriyo%40Supriya%20vs.).

Chief Justice della Corte Suprema D.Y. Chundrachud, che ha redatto la *minority opinion* e che, negli anni di storia della Corte, ha contribuito ad attuare il programma costituzionale, e il giudice S.R. Bhat, redattore della *majority opinion*.

Entrambi i giudici, dopo aver preso atto della perdurante persistenza delle discriminazioni di tipo indiretto nei confronti della comunità LGBTQIA+, hanno concordato, da un lato, sulla competenza della Corte a decidere la questione, e, dall'altro lato, sull'inesistenza di un diritto fondamentale a contrarre matrimonio.

I due giudici concordano anche sull'impossibilità di interpretate in maniera costituzionalmente orientata lo SMA e lo FMA: il diritto per le persone omosessuali di contrarre matrimonio omosessuale non è riconosciuto in India e la Corte suprema non può sostituirsi al legislatore, neppure nel tentativo di realizzare il programma costituzionale.

Le opinioni dei due giudici divergono invece recisamente su due temi: il primo sull'esistenza di un diritto a costituire una coppia come diritto umano fondamentale²⁷.

Il *Chief Justice* Chundrachud effettua un'esegesi dettagliata dell'istituto del matrimonio, evidenziando come esso sia un istituto che porta con sé alcuni diritti (utilizzando la sua terminologia '*entitlements*'), ma non è esso stesso un diritto e, men che meno, un diritto fondamentale.

Nonostante ciò, è innegabile come il matrimonio costituisca un passaggio necessario per avere accesso a diversi benefici, per il riconoscimento sociale e giuridico della coppia. In particolare, sembra esistere nella società moderna una *positive presumption* a norma della quale il matrimonio è duraturo e una *negative inference* in virtù della quale le altre forme di unione non lo sono²⁸. La coppia e il matrimonio, inoltre, sono espressione di impegno reciproco e la Costituzione assicura la protezione dello sviluppo personale del cittadino, sia all'interno di gruppi sociali sia come individualità, in ossequio alle parti III e IV della costituzione indiana.

Da queste considerazioni, Chundrachud deduce che, affinché la vita nel gruppo sociale denominato 'coppia' sia goduta in maniera soddisfacente e costituzionalmente valida, l'Unione deve ufficialmente riconoscere quell'unione e disciplinarla, poiché, senza un siffatto riconoscimento, viene meno il proprio diritto allo sviluppo personale all'interno di tale gruppo sociale. Chundrachud teorizza dunque l'esistenza di un diritto '*to enter into a union*' (costituire una coppia), sulla base delle libertà costituzionalmente previste di associazione, di espressione e di sviluppo personale²⁹; il gruppo sociale coppia costituisce, quindi, espressione dello sviluppo personale dell'individuo che fa parte di un'associazione dal carattere intimo³⁰.

Inoltre, a norma dell'art. 19 Cost. esiste anche il diritto "*to reside e to settle down*", laddove il contenuto del diritto di *settle down* è necessariamente inteso come comprensivo del diritto a stabilirsi in coppia e condurre una vita di coppia su un determinato territorio.

²⁷ Nella sentenza Chundrachud parla di *right to enter into a union*.

²⁸ Par. 146 *minority opinion*.

²⁹ Il riferimento è ai casi *Johar (supra)*, *K.S. Puttaswamy (supra)*, *NALSA (supra)*, *Shakti Vahini (supra)*, *Shafin Jahan (supra)* e *Roberts v. United States Jaycees*, 468 U.S. 609 (1984).

³⁰ K.L. Karst, *The freedom of intimate association*, in 89 (4) *The Yale Law Journal* 624-692 (1980); E. Gerstmann, *Same-sex marriage and the Constitution*, Cambridge, 2017.

Il diritto alla tutela dei nuclei familiari come espressione dello sviluppo personale di ciascun individuo, poi, è una componente fondamentale dei diritti umani e la coppia rappresenta un nucleo familiare.

Nella propria *opinion*, il Chief Justice fa anche riferimento al Principle 24 dei Yogyakarta principles secondo cui tutti hanno diritto a una famiglia, in qualsiasi forma e senza discriminazione di orientamento sessuale o identità di genere³¹.

D'altronde, dalla vita di coppia eterosessuale possono discendere molte conseguenze giuridiche: Chundrachud fa riferimento ai plurimi diritti, *rectius entitlements*, derivanti dal riconoscimento da parte dell'Unione delle coppie eterosessuali, tra cui il diritto all'eredità, il diritto di essere un *next of kin* per il proprio partner, il diritto a sgravi fiscali e all'adozione³²; diversamente, si verifica una discriminazione indiretta nei confronti degli individui che compongono la comunità LGBTQIA+, perché non possono accedere allo sviluppo personale all'interno della propria coppia e della società, in quanto tale tipologia di famiglia non è riconosciuta dallo Stato, con la conseguenza che tutti gli *entitlements* riconosciuti alle coppie eterosessuali non sono in alcun modo ascrivibili alle coppie *same-sex*.

Infatti, una volta riconosciuta l'esistenza di un diritto fondamentale a costituire una coppia, si deve concludere che la restrizione di questo diritto fondamentale sulla base dell'orientamento sessuale sia discriminatoria. Le uniche restrizioni possibili devono rispettare il requisito di proporzionalità, sulla base di un bilanciamento di interessi³³, come per il divieto di unione tra parenti o per la limitazione del numero di persone che possono comporre un'unione³⁴.

Come tutti i diritti fondamentali, quindi, anche quello di costituire una coppia ha un contenuto positivo e uno negativo: quest'ultimo concerne il divieto di interferenza o violazione di quel diritto, come il divieto di imporre limitazioni alla scelta del partner; il primo, invece, riguarda l'intervento statale con politiche attive per la protezione e l'implementazione dei diritti fondamentali, come l'introduzione di quote rosa negli organi politici³⁵.

³¹ I principi sono stati elaborati da esperti internazionali dei diritti umani in riferimento all'applicazione dei diritti umani previsti a livello internazionale connessi all'orientamento sessuale e all'identità di genere. Si è trattato della *Conference of International Legal Scholars, Yogyakarta, Indonesia* di novembre 2006. In materia *cf.* M. O'Flaherty, J. Fisher, *Sexual Orientation, Gender Identity and International Human Rights Law: Contextualizing the Yogyakarta Principles*, in 8 (2) *Human Rights Law Review* 207-248 (2008).

³² Tra questi si ricordano il diritto agli alimenti e al mantenimento (Hindu Marriage Act 1955, SMA, Parsi Marriage and Divorce Act 1936, *Divorce Act 1869*, Art. 125 Codice di Procedura Penale), diritto di adozione di coppia (*JJ Act*), diritti per maternità surrogata e procreazione assistita (Assisted Reproductive Technology (Regulation) Act 2021, Surrogacy (Regulation) Act 2021), diritti ereditari (Hindu Succession Act 1956, Indian Succession Act 1925), benefici fiscali (Income Tax Act 1961), segreto istruttorio (Indian Evidence Act 1872), diritto di cittadinanza (Citizenship Act 1955).

³³ Sul tema *cf.* anche *Om Kumar and Ors v. Union of India* 2000 Supp (4) SCR 693, *S.K. Nausad Rahaman & Ors. v. Union of India & Ors* 2022 (12) SCC 1, *Ravinder Kumar Dharivval v. Union of India* 2021 (13) SCR 823.

³⁴ Si v. il caso *Akshay N Patel v. Reserve Bank of India*, Civil Appeal No. 6522 (2021).

³⁵ Sul tema dei *positive postulates cf.* *State of Kerala v. N.M. Thomas* (1976) 2 SCC 310; *Indra Sawhney v. Union of India* (1992) Supp (3) SCC 217; *Lata Singh (supra)*, *Arumugam Servai v. State of Tamil Nadu* (2011) (5) SCR 488. Nella costituzione indiana i diritti

Da queste considerazioni, Chundrachud conclude che l'Unione ha un dovere di introdurre un istituto affine al matrimonio o di garantire l'accesso allo stesso istituto alla comunità LGBTQIA+, al contrario del *justice* Bhat, il quale, nella *majority opinion*, nega recisamente l'esistenza di un diritto a costituire una coppia e la teoria del necessario intervento dell'Unione per l'implementazione dei diritti fondamentali. Egli sostiene in particolare come lo Stato abbia l'obbligo di intervenire nel caso di rischio di violenza o di violazione di tali diritti, senza riconoscere, tuttavia, l'obbligo di creare uno specifico *status* o di costituire un istituto speciale³⁶.

In particolare, secondo il *justice*, esiste il diritto fondamentale di avere una relazione liberamente scelta da ciascun individuo, di scegliere partner, di coabitare, all'intimità fisica, alla libertà nelle decisioni della vita di coppia e di godere dei diritti derivanti dal diritto alla privacy, all'autodeterminazione e a una vita dignitosa³⁷.

D'altronde, le libertà fondamentali di cui all'art. 19 (di espressione e di associazione) possono essere limitate dallo Stato per tutelare interessi pubblici tra i quali "*public order, decency or morality*" e, dunque, non si può pretendere che la decisione dell'Unione, espressione della volontà popolare, sia forzatamente mutata³⁸.

5. Il matrimonio *queer*: tra comparazione ed apporto sociologico

Per comprendere a pieno la portata della sentenza Supriyo e del rapporto che sussiste tra il formante legale e quello giudiziario, occorre evidenziare che, nonostante l'importanza del formante legale, quello giurisprudenziale ricopre un ruolo peculiare, rappresentando un *unicum* mondiale, poiché il potere giudiziario viene considerato il vero motore dell'evoluzione del sistema giuridico indiano³⁹: la Supreme Court ha avuto negli ultimi anni un ruolo importante nell'evoluzione di dottrine e istituti, tra cui i diritti

della parte III non sono esaustivi di tutti i diritti previsti o prevedibili. Quelli della parte III sono astratti, dovendo essere declinati concretamente, come il concetto di uguaglianza sostanziale di cui al caso *State of Kerala v. NM Thomas* (*supra*).

I diritti fondamentali hanno contenuto negativo e positivo. Quelli della parte terza hanno contenuto negativo e quelli dei *Directive principles of state policy* contenuto positivo. Negativi sono la libertà dall'interferenza dello Stato, mentre positivi sono rappresentati dal dovere di azione dell'Unione nel prevedere specifici benefici.

In base all'impostazione ermeneutica di Chundrachud si dovrebbe anche distinguere tra postulati negativi e positivi, di cui si compongono i diritti fondamentali indipendentemente dai *Directive principles of state policy* (sul tema *cfr.* anche *Minerva Mills v. Union of India* AIR (1980) C 1789, *Indibly Creative Private limited v. Government of West Bengal* (2020) 12 SCC 436).

³⁶ Ciò, anche sulla base delle seguenti sentenze: *Sakal Papers (P) Ltd v. Union of India* (1962) (3) SCR 842 59; *Bennet Coleman v. Union of India* (1973) (2) SCR 757; *Express Newspapers (P) Ltd. V. Union of India* (1959) 1 SCR 12.

³⁷ Sul tema *cfr.* *Common Cause* (*supra*), *NALSA* (*supra*), *Puttaswamy* (*supra*), *Francis Coralie Mullin v. Administrator, Union Territory of Delhi* 1981 (2) SCR 516, *Prem Shankar Shukla v. Delhi Admn* 1980 (3) SCR 855.

³⁸ In relazione ai limiti del potere della Corte suprema rispetto a quello legislativo *cfr.* i casi *Kharak Singh v. State of UP* (1964) (1) SCR 332, *Bijoe Emmanuel v. State of Kerala* (1986) (3) SCR 518 e *Union of India v. Naveen Jindal & Ors* (2004) (1) SCR 1038.

³⁹ D. Francavilla, *Il diritto nell'India contemporanea: sistemi tradizionali, modelli occidentali e globalizzazione*, Torino, 2010, 111-112.

LGBTQIA+.

Il carattere creativo delle sentenze della Corte suprema indiana è correlato al modo argomentativo ed espositivo dei suoi provvedimenti: uno degli elementi più cangianti è rappresentato dal ricorso all’“argomento sociologico”,⁴⁰ tramite il quale il giudice, facendo riferimento a dinamiche sociali e culturali, in maniera chiara o sottintesa, interpreta il dato giuridico, influenzando conseguentemente la soluzione del caso *sub iudice*. Il giudice, così, assume la veste di giudice-sociologo e di ingegnere sociale, a cui spetta comporre i conflitti multiculturali o scaturenti dai contrasti della modernità, attivando processi argomentativi mossi dall’analisi delle dinamiche sociali⁴¹.

Tali peculiarità della Corte suprema indiana si riflettono anche nella sua tendenza a citare dottrina, sia giuridica che extralegale: da un’analisi della giurisprudenza del Constitutional Bench della Corte suprema, infatti, nel 58% delle pronunce adottate tra il 2008 e il 2013 si è riscontrata la presenza di una o più citazioni, in cui il 31% degli autori citati sono indiani, seguiti dagli autori britannici e statunitensi⁴².

Altra specificità delle sentenze della Corte suprema indiana è l’utilizzo di argomentazioni “extrasistemiche” e quindi alla comparazione giuridica, con particolare riferimento ai casi statunitensi, britannici, australiani e canadesi⁴³. La citazione delle sentenze straniere da parte delle corti di vertici globali è un aspetto che merita una riflessione, per capire le specificità della pronuncia indiana. Preliminarmente, occorre evidenziare che, nonostante la sempre maggiore circolazione e permeabilità di concetti e principi giuridici, l’apertura verso le pronunce appartenenti ad altri ordinamenti da parte delle corti di vertice globali non appare omogenea. Muovendo dalla Corte suprema statunitense, essa si è spostata da un atteggiamento di indifferenza a una ostilità alla citazione del diritto straniero⁴⁴. Di diverso approccio, invece, è la Corte costituzionale sudafricana che, ai sensi dell’art. 39 della Costituzione del 1996, prevede la possibilità di considerare il diritto straniero, quando interpreta il *Bill of Rights*, mentre, nelle medesime circostanze, deve considerare il diritto internazionale⁴⁵.

Il dato per cui la Corte costituzionale sudafricana sia orientata verso la citazione del diritto straniero non deve stupire, poiché gli ordinamenti in cui le citazioni esplicite delle sentenze straniere restano poche e sono circoscritte all’area di *common law*, di cui fa parte anche l’India⁴⁶.

Da un’analisi effettuata dal *Supreme Court Observer*⁴⁷, in cui sono state vagliate tre importanti sentenze del 2018, relative a diritti fondamentali e in

⁴⁰ R. Ibrido, *L’argomento sociologico nella giurisprudenza in materia di orientamento sessuale. Esperienze e casi*, in *GENIUS*, 2, 2015, 61.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² E. Palici di Suni, *Corti, dottrina, e società inclusiva: brevi annotazioni a partire dalla sintesi dei risultati della ricerca*, in S. Bagni e al. (cur.), *Giureconsulti e giudici*, Torino, 2016, 13.

⁴³ T. Groppi, *La citazione delle sentenze straniere da parte delle Corti costituzionali: effettività, novità, rischi e potenzialità*, in *Alle frontiere del Diritto Costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, 2011, 969.

⁴⁴ S.K. Harding, *Comparative Reasoning and Judicial Review*, in *28 Yale J. Int’l L.* 409, 417 (2003).

⁴⁵ T. Groppi, *La citazione*, *op. cit.*, 971.

⁴⁶ *Ibid.*, 973.

⁴⁷ Supreme Court Observer, *Which foreign judgements does the SC cite?*, del 13 luglio 2020, in www.scobserver.in/journal/which-foreign-judgments-does-the-sc-cite/.

particolare modo, *Justice K.S. Puttaswamy (Retd.) & Anr. vs. Union of India & Ors.* (2017), sul diritto alla privacy, *Indian Young Lawyer's Association vs. lo Stato del Kerala* in relazione al divieto delle donne “in età mestruale” di accedere al tempio di Sabarimala, e infine la sentenza Navtej Singh Johar contro l'Unione dell'India, la giurisprudenza straniera più citata è stata quella statunitense. In Puttaswamy e Navtej, quasi il 20% delle sentenze citate proveniva dagli Stati Uniti, rispettivamente il 17,54% e il 18,37%; altre giurisdizioni di *common law* citate dalla Corte sono il Canada e il Regno Unito.

I precedenti americani sono quantitativamente più numerosi, poiché la Corte Suprema americana ha avuto l'opportunità di confrontarsi e risolvere questioni legali simili a quelle *sub iudice* da parte della Corte suprema indiana: per esempio, la Corte Suprema americana ha dichiarato l'incostituzionalità della legge texana sulla sodomia del 2003, quindici anni prima dell'India.

L'utilizzabilità, in maniera prudente, della giurisprudenza statunitense nei giudizi supremi indiani è stata avallata in una sentenza alquanto risalente (*Sundaramier & Co. v. The State of Andhra Pradesh and Another*, [1958] S.C.R.), secondo cui le decisioni della US Supreme Court potevano essere degli utilissimi strumenti, specie per le problematiche legate al federalismo e per l'interpretazione della costituzione indiana⁴⁸.

Il mosaico composto da citazioni di dottrina, argomentazioni sociologiche-antropologiche e il ricorso alla comparazione giuridica si rinviene anche nella sentenza Supriyo, la quale si è confrontata, sollecitata dalle richieste dei ricorrenti, con diverse sentenze straniere, alcune solo incidentalmente, altre, invece, direttamente: quest'ultime sono la decisione della Corte costituzionale sudafricana *Minister of Home Affairs and Another v Fourie and Another*⁴⁹ e la sentenza della House of Lords inglese *Ghaidan* del 2002⁵⁰.

Prima di analizzare le obiezioni della Corte suprema indiana in merito alle citate sentenze, occorre svolgere alcune considerazioni su un'altra sentenza incidentalmente considerata, la celebre decisione statunitense *Obergefell*⁵¹. Nel caso *Obergefell*, il matrimonio è stato elevato a diritto fondamentale, in conformità al quattordicesimo emendamento della Costituzione Statunitense, il quale impone, secondo i giudici, un obbligo positivo agli Stati nel permettere alle persone dello stesso sesso di contrarre matrimonio, poiché, prima della decisione, alcuni Stati, tra cui il Michigan, Kentucky, Ohio e Tennessee, il matrimonio era definito esclusivamente come l'unione tra un uomo e una donna.

Tra le argomentazioni fornite dai ricorrenti indiani vi è la traslabilità degli enunciati giuridici ed argomentativi contenuti nella sentenza sudafricana *Fourie* alla situazione indiana; nello specifico, la pronuncia sudafricana rielabora il concetto di matrimonio definito dal *common law* e dalla sezione 30(1) del Marriage Act (Act 25 del 1961), consentendo in tal modo una rilettura dello SMA indiano in maniera neutra rispetto al genere, analogamente alla vicenda sudafricana. Occorre evidenziare che la definizione di matrimonio in Sud Africa, radicata nella tradizione cristiana, è

⁴⁸ V. Varano, V. Barsotti, *La tradizione giuridica occidentale*, 6° ed., Torino, 2018, 571.

⁴⁹ (CCT 60/04) [2005] ZACC 19; 2006 (3) BCLR 355 (CC); 2006 (1) SA 524 (CC) (1 December 2005).

⁵⁰ *Ghaidan v Godin-Mendoza* [2004] UKHL 30; [2004] 2 A.C. 557.

⁵¹ *Obergefell v. Hodges*, 135 S. Ct. 2584 (2015).

«l'unione tra un uomo e una donna, con esclusione, finché dura, di tutti gli altri»⁵². Il ricorrente nel caso *Fourie* aveva affermato che il riferimento a marito o moglie nella Section 30(1) escludeva le coppie dello stesso sesso, per cui la Corte costituzionale sudafricana aveva dichiarato l'incostituzionalità della norma nell'escludere le coppie dello stesso sesso. L'opinione della maggioranza redatta dal giudice Albie Sachs prevedeva la sospensione della dichiarazione di invalidità della norma censurata per un anno, come previsto dall'art. 172(1)(b) della Costituzione sudafricana e, in caso di inadempimento legislativo, i termini sposa e marito dovevano essere intesi come coniugi. Il giudice Kate O Regan redattore dell'opinione dissidente contestò, invece, il rimedio, ritenendo che si dovesse procedere immediatamente con la dichiarazione di invalidità.

La Corte aveva osservato che la Sezione 30(1) del Marriage Act fosse “*underinclusive*” poiché escludeva le unioni tra le persone dello stesso sesso per omissione, determinando delle discriminazioni tangibili e intangibili rispetto alle coppie eterosessuali: lo Stato giustificava tale differenziazione per la struttura sociale del matrimonio e per le convinzioni religiose all'interno della società sudafricana. La Corte sudafricana, tuttavia, ha respinto le argomentazioni statali sostenendo che le ragioni utilizzate per giustificare l'esclusione fossero basate su pregiudizi, non costituendo una giustificazione valida per la violazione dei diritti fondamentali.

La Corte suprema indiana, quindi, ripercorreva la *ratio decidendi* della sentenza *Fourie*, individuando alcuni punti nodali. *In primis*, il Parlamento sudafricano aveva riconosciuto esplicitamente e implicitamente le unioni tra persone dello stesso sesso, poiché il *Domestic Violence Act 116 1998* definiva già una partnership domestica come una relazione tra persone dello stesso sesso o di sesso opposto e che vivessero o avessero vissuto insieme in una relazione di tipo matrimoniale; l'*Estate Duty Act 45 1955* stabiliva che il concetto di coniuge, in relazione a una persona deceduta, si riferiva anche ad una unione omosessuale o eterosessuale.

In secondo luogo, nel caso sudafricano vi è stata un'ampia ed antecedente consultazione pubblica sulla questione del matrimonio tra persone dello stesso sesso, dibattito che in India è stato assente.

La Supreme Court indiana, quindi, concludeva l'analisi comparatistica affermando che il caso *Fourie* fosse solo superficialmente analogo alla vicenda sottoposta al suo vaglio, poiché, dal punto di vista normativo, a differenza dello SMA, nel *South African Marriage Act* vi era solo una disposizione che faceva riferimento alle relazioni eterosessuali (la Sezione 30(1)), a differenza invece delle plurime disposizioni del SMA (Sezioni 4, 27(1A), 31, 36 e 37) che invece delimitano il matrimonio a un'unione tra persone eterosessuali. In secondo luogo, ed è probabilmente il dato più saliente per la Corte indiana, varie leggi sudafricane già riconoscevano le unioni tra persone dello stesso sesso, a differenza del panorama giuridico indiano, in cui non esiste alcuna norma che le disciplini. Alla luce di tale asimmetria tra le due vicende giuridiche, i giudici supremi indiani hanno dichiarato l'impossibilità di traslare il risultato sudafricano nel contesto indiano.

L'altra sentenza invocata dagli avvocati dei ricorrenti, secondo cui la

⁵² *Minister of Home Affairs v Fourie* [2005] ZACC 19, in www.saflii.org/za/cases/ZACC/2005/19.pdf

cui sarebbe stato possibile interpretare lo SMA in modo da renderlo "conforme alla Costituzione" è stata la decisione Ghaidan della House of Lords del Regno Unito.

Nella sentenza Ghaidan, il convenuto viveva una relazione stabile e monogama con un partner dello stesso sesso, in locazione nell'immobile condiviso dalla coppia. Quando il partner del convenuto è deceduto, il locatore appellante ha richiesto il rientro in possesso dell'immobile. Il convenuto ha tuttavia contestato tale richiesta, sostenendo di essere equiparabile ad uno *'statutory tenant'* ai sensi del *Rent Act 1977* del Regno Unito. Questa legge, in particolare, prevedeva che il coniuge superstite dell'inquilino originale diventasse l'inquilino (*'statutory tenant'*) se risiedeva nella casa al momento del decesso dell'inquilino originale. Inoltre, stabiliva che una persona che viveva con l'inquilino originale "come suo marito o moglie" fosse considerata coniuge dell'inquilino originale. In sostanza, il *Rent Act* proteggeva i diritti di locazione di una coppia eterosessuale che viveva in una relazione simile al matrimonio, mentre per le persone dello stesso sesso erano possibili delle soluzioni giuridiche meno tutelanti.

Il convenuto, quindi, ha sostenuto che la differenza di trattamento tra coppie eterosessuali e omosessuali si basava esclusivamente sull'orientamento sessuale e mancava di giustificazione, violando conseguentemente l'art. 14 (proibizione di discriminazione), nonché l'art. 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare) della Convenzione europea dei diritti umani (Cedu). Ha inoltre affermato che la corte aveva il dovere, ai sensi della Sec. 3 dello *Human Rights Act 1998*, di interpretare il *Rent Act* in modo conforme alla Cedu, in modo da concedere al partner superstite, in una relazione omosessuale stabile, gli stessi diritti del partner superstite in una relazione eterosessuale simile, ossia il diritto di succedere al contratto di locazione come *'statutory tenant'*.

La House of Lords, nell'accogliere le argomentazioni del convenuto, ha osservato che la ratio del *Rent Act* era connessa alla tutela del convivente sopravvissuto, stabilendo altresì che non vi fosse alcun obiettivo statale legittimo che giustificasse la differenza di trattamento tra coppie eterosessuali e omosessuali, concludendo che il *Rent Act* violava i diritti del convenuto ai sensi della Cedu. Di conseguenza, la corte ha interpretato il *Rent Act* in modo che il superstite di una coppia omosessuale avesse gli stessi diritti del superstite di una coppia eterosessuale per quanto riguarda la successione del contratto di locazione.

Come osservato dalla *House of Lords* nel caso Ghaidan, la normativa inglese censurata contrastava con gli enunciati della Cedu e, proprio per tale argomentazione, la Corte suprema indiana ha affermato di non poter adottare il principio interpretativo enucleato dalla sentenza Ghaidan, basatasi sulla Sec. 3 dello *Human Rights Act*. La House of Lords, infatti, non ha fondato la propria decisione sul *common law*, bensì sul potere di aggiungere un termine/lemma conferito dallo *Human Rights Act*. La stessa *House of Lords*, nelle parole di Lord Nicholls of Birkenhead, ha osservato che «the interpretative obligation decreed by section 3 is of an unusual and far-reaching character».

In India, invece, non esiste una legge che consenta alla Corte suprema di discostarsi dal dato legislativo e aggiungere vocaboli/termini a una legge per renderla conforme alla Costituzione.

Se la Corte, quindi, ha ritenuto di non poter far proprie le argomentazioni sottese alle sentenze *Fourie* e *Ghaidan* per motivi di difformità strutturali tra le vicende comparate, si è tuttavia dimostrata simpatetica verso le difficoltà che la comunità queer indiana deve affrontare quotidianamente.

La Corte, infatti, prende atto che, nonostante la decriminalizzazione delle relazioni queer operata dalla sentenza *Navtej*, i componenti della comunità LGBTQIA+ continuano a subire violenze, oppressione, disprezzo in varie forme. Sono di grande impatto le critiche della Corte rivolte allo Stato, che «ha fatto ben poco per emancipare la comunità dalle catene dell’oppressione»⁵³. I giudici supremi additano come causa principale della continua e perdurante violenza nei confronti delle persone queer “*il fantasma della sezione 377*”, la quale imponeva una specifica moralità sulla società indiana, modellando le credenze sull’identità queer. Secondo la Corte, più nel dettaglio, tale regime legale è stato una delle principali ragioni della continua e diffusa riprovazione contro la comunità LGBTQIA+, anche dopo la decriminalizzazione degli atti omosessuali, per cui la carenza sistemica di sensibilizzazione e la discriminazione connessa hanno spinto i membri della comunità a vivere “*into the proverbial closet*” (sul tema *infra* par. 3).

L’ostracismo e la discriminazione si estende dalla genitorialità alle cariche pubbliche, in quanto lo stigma contro gli appartenenti alla comunità LGBTQIA+ non è cessato con un tratto di penna, quando la Corte suprema indiana ha decriminalizzato l’attività sessuale consensuale omosessuale.

Nonostante la Corte abbia riconosciuto che l’orientamento sessuale sia un tratto fondamentale e innato di un individuo, le persone queer continuano a subire oppressioni economiche, sociali e politiche, sia in modi visibili che invisibili. A un livello primario, subiscono oppressioni a causa della loro incapacità di esprimere la propria identità per timore della disapprovazione pubblica.

La decisione cita, quindi, uno studio di una ricercatrice indiana che ha documentato la storia di una donna che, dopo essere fuggita con un’altra donna, è stata picchiata, spogliata e fatta sfilare nel villaggio con il viso annerito e con una ghirlanda di scarpe al collo⁵⁴.

La Corte, poi, critica l’assenza negli spazi pubblici di strutture che includano persone che non si conformano al binarismo di genere, poiché tutti i servizi forniti dallo Stato, inclusi i bagni pubblici, i punti di controllo di sicurezza e le biglietterie nelle stazioni ferroviarie e negli autobus, sono suddivisi in base a un rigido binarismo di genere. Citando un documento estremamente interessante relativo alla sensibilizzazione del sistema giudiziario in merito alle istanze LGBTQIA+, si ricordano le esperienze di donne transgender che, per timore, evitano di utilizzare il mezzo di trasporto pubblico⁵⁵.

⁵³ La versione originale recita «The State (which has the responsibility to identify and end the various forms of discrimination faced by the queer community) has done little to emancipate the community from the shackles of oppression», 11.

⁵⁴ Lo studio citato dalla corte è quello effettuato da M. Sharma, *Loving Women: Being Lesbian in Underprivileged India*, Nuova Delhi, 2021.

⁵⁵ Si veda p. 13 della sentenza e il documento denominato *Sensitisation Module for the Judiciary on LGBTQIA+ Community*, dell’e-Committee della Corte suprema indiana del

I giudici ricordano poi che neppure i luoghi di istruzione e di lavoro siano spazi in cui l'identità di genere e l'orientamento sessuale possano essere espressi senza atteggiamenti discriminatori, tenuto conto che le persone queer sono spesso costrette ad abbandonare gli studi o il lavoro.

Non appare migliore la situazione negli ambienti professionali, dove le persone queer indiane devono affrontare diverse forme di discriminazione, che vanno dal rifiuto di opportunità di lavoro, all'esclusione da incontri aziendali, fino a essere pretermessi dalle promozioni. Nella decisione si riprende lo studio effettuato da un'organizzazione per i diritti umani che ha intervistato 3.619 persone transgender, di cui solo il 12% era impiegata, con metà di loro che guadagnava meno di 5.000 rupie al mese⁵⁶. Contrariamente alla percezione comune e agli stereotipi, l'elevata percentuale di disoccupazione nella comunità transgender non è dovuta alla mancanza di volontà di lavorare, ma al rifiuto opposto dai datori di lavoro nella loro assunzione, proprio a causa della loro non conformità di genere⁵⁷.

La Corte analizza anche la situazione delle persone queer all'interno della famiglia biologica, spesso il primo luogo di violenza e oppressione, connotata da rifiuto da parte dei familiari delle identità di genere dei loro figli transgender o acconsentendo a interventi chirurgici di "normalizzazione di genere" per i figli intersex⁵⁸, senza dar loro la possibilità di scegliere autonomamente. La sentenza evidenzia poi che alcune famiglie costringano le persone omosessuali a sposare una persona del sesso opposto una volta scoperto il loro orientamento sessuale, mentre altre ricorrono alla "terapia di conversione" verso i propri figli, con ricorso all'utilizzo di elettroshock. Per queste ragioni, nella sentenza in commento, i giudici supremi hanno disposto che i "trattamenti" offerti da medici o altre persone, volti a cambiare l'identità di genere o l'orientamento sessuale, siano immediatamente sospesi, con riferimento quindi alle terapie di conversione, garantendo altresì che i bambini intersex non siano costretti a subire operazioni relative al loro sesso, specialmente in un'età in cui non siano in grado di prestare un consenso a tali interventi.

Il Chief Justice conclude la sua lunga opinione osservando come il tessuto sociale indiano sia plurale, rappresentando il pilastro della democrazia costituzionale; per rafforzare questa asserzione, ricorda come le unioni non eterosessuali erano ben note all'antica civiltà indiana, come

26 novembre 2021, consultabile in ecommitteesci.gov.in/document/sensitisation-module-for-the-judiciary-on-lgbtqi-community/

⁵⁶ Circa 56 euro.

⁵⁷ I dati riferiti dalla corte, sono consultabili in S. Raman, *Denied Visibility In Official Data, Transgender Indians Can't Access Benefits, Services*, 11 giugno 2021, in www.indiaspend.com/gendercheck/denied-visibility-in-official-data-millions-of-transgender-indians-cant-access-benefits-services-754436

⁵⁸ Dalla prospettiva medica, il termine intersessualità racchiude un ampio spettro di condizioni cagionate da anomalie nel processo di sviluppo sessuale del corpo che si avvia con la fecondazione e termina con la pubertà, dunque, con il completo sviluppo dei caratteri sessuali secondari. Questa condizione è inquadrata come anomalia o malattia, in particolare di tipo cromosomico o genetico, definita come "Disordine dello sviluppo sessuale" (in sigla DSD, seguendo la denominazione anglofona di Disorders of Sex Development). Sul punto, si veda A. Lorenzetti, *Frontiere del corpo, frontiere del diritto: intersessualità e tutela della persona*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2015, 111-112.

attestato da vari testi, pratiche e rappresentazioni artistiche e come attestano le divinità indù, multidimensionali e multi faccettate: Agni, una delle divinità più importanti, è stato ripetutamente descritto come il "figlio di due nascite" (*dvijanman*), "figlio di due madri" (*dvimatri*) e, occasionalmente, "figlio di tre madri".

In questa pennellata erudita e intrisa di lirismo, il Chief Justice cita anche la tradizione islamica *sufi*, secondo cui la devozione è spesso costruita attorno all'idea dell'amore, espresso attraverso la musica e la poesia. In diversi casi, il rapporto umano con il divino è stato rappresentato dai mistici attraverso la metafora dell'amore tra persone dello stesso sesso. L'amore tra generi è riflesso anche nella tradizione *Rekhti* di Lucknow⁵⁹, caratterizzata da una componente omoerotica, in cui poeti maschi scrivono utilizzando una voce femminile.

In conclusione, se è pur vero che la sentenza non riconosce il matrimonio tra persone queer come diritto fondamentale, è anche vero che attraverso l'utilizzo polifonico di argomentazioni sociologiche, storiche, antropologiche e volgendo lo sguardo verso la dimensione globale del diritto, anche senza aver apparentemente influenzato la decisione, la Corte si è resa latrice di diverse istanze di dignità e di libertà della comunità LGBTQIA+ indiana, continuando quel percorso di emancipazione culturale e giuridica iniziata dalle sentenze Navtej e Nalsa.

6. L'adozione di coppie non eterosessuali: spunti critici e indicazioni per il futuro

La Corte suprema, dopo aver esaurito la discussione sul tema del matrimonio non eterosessuale, ha intrapreso un dibattito in merito all'adozione da parte di coppie non eterosessuali, mettendo in luce le criticità della disciplina attuale.

Anche su questo punto, la *minority* e *majority opinion* divergono, sebbene vada osservato come il modo di affrontare la problematica da parte della Corte sia molto interessante, anche per le prospettive future rispetto alla materia: dal dibattito giuridico, in particolare, è emerso che l'adozione da parte di una coppia non eterosessuale non possa cagionare alcun danno al minore.

Dal punto di vista della tecnicità giuridica, è stato chiesto alla Corte di vagliare se la Regulation 5 adottata dal Central Adoption Resource Authority (CARA) di natura esecutiva fosse *ultra vires* rispetto al *JJ Act*, che prevede all'art. 57 i criteri dell'adozione da parte dell'adulto. Secondo tale normativa, più nello specifico, è possibile per una persona sana mentalmente

⁵⁹ Nel quadro dell'India persiana va collocato una forma letteraria particolare che prende, appunto, il nome di *rekhti* controparte femminile di *rekhta*, la tradizione poetica di lingua urdu. La *rekhti* consiste in una poesia composta da uomini fingenti donne che parlano soprattutto della loro vita sessuale con toni licenziosi e scurrili. Si fanno riferimento ad amori proibiti, non solo eterosessuali, ma anche omosessuali. La poesia *rekhti*, inoltre, palesa la presenza di rapporti omoerotici tra donne, ben consolidati nell'India indù, ma rivela altresì la propensione a un doppio spostamento sessuale: sono uomini "vestiti" da donne che parlano di donne implicate in rapporti omosessuali nei quali una esercita un ruolo da uomo. In J. Guardi, A. Vanzan, *Che genere di islam. Omosessuali, queer e transessuali tra shari'a e nuove interpretazioni*, Roma, 2012.

e fisicamente di adottare un minore, anche individualmente; nel caso in cui, però, sia una coppia a voler adottare, l'*Act* prevede che ci debba essere il consenso di entrambi gli sposi, nel caso in cui la coppia sia sposata⁶⁰. Ai sensi dell'*Act*, è inoltre possibile per le autorità adottare regolamenti che specificino o aggiungano, sempre nell'interesse del minore, altri criteri validi per l'adozione, senza contrastare l'atto originale.

La CARA ha quindi emanato la *Regulation 5*, aggiungendo e specificando i criteri adottati dal *JJ Act*, prevedendo che, oltre ai criteri già dettati nell'*Act*, ogni possibile genitore, a prescindere dal suo *status maritalis*, può adottare; con riferimento, invece, all'adozione di coppia va valutata sia la longevità del matrimonio, che deve essere di almeno due anni, nonché la sussistenza del consenso di entrambi gli sposi⁶¹.

I *petitioner* lamentano che la regolamentazione esecutiva sia in contrasto o modificativa del *JJ Act*, in quanto aggiunge per l'adozione di coppia il requisito del matrimonio e della sua longevità, non richiesti dall'*Act* originale.

Secondo l'opinione di Chundrachud, le tesi dei ricorrenti devono essere accolte, poiché, nel *JJ Act*, è previsto esclusivamente che se la coppia sia sposata è necessario il consenso di entrambi gli sposi, senza pretendere come prerequisito il matrimonio ai fini dell'adozione. Il testo della *Regulation*, peraltro, appare incoerente, laddove ammette l'adozione a prescindere dallo status matrimoniale, richiedendo che, ai medesimi fini, la coppia sia sposata da più di due anni.

Inoltre, la *Regulation* è anche contraria agli artt. 14 e 15 della Costituzione, per la pacifica discriminazione nei confronti di qualsivoglia coppia non sposata, discrasia accentuata da una recente circolare adottata dal CARA ai sensi della quale è possibile adottare individualmente, ma non per

⁶⁰ In particolare, l'art. 57 *JJ Act* prevede che: «(1) The prospective adoptive parents shall be physically fit, financially sound, mentally alert and highly motivated to adopt a child for providing a good upbringing to him. (2) In case of a couple, the consent of both the spouses for the adoption shall be required. (3) A single or divorced person can also adopt, subject to fulfilment of the criteria and in accordance with the provisions of adoption regulations framed by the Authority. (4) A single male is not eligible to adopt a girl child. (5) Any other criteria that may be specified in the adoption regulations framed by the Authority».

⁶¹ La *Regulation 5* prevede che: «The prospective adoptive parents shall be physically, mentally, emotionally and financially capable, they shall not have any life threatening medical condition and they should not have been convicted in criminal act of any nature or accused in any case of child rights violation.

Any prospective adoptive parents, irrespective of their marital status and whether or not they have biological son or daughter, can adopt a child subject to following, namely: The consent of both the spouses for the adoption shall be required, in case of a married couple; A single female can adopt a child of any gender; A single male shall not be eligible to adopt a girl child; No child shall be given in adoption to a couple unless they have at least two years of stable marital relationship except in the cases of relative or step-parent adoption.

The age of prospective adoptive parents, as on the date of registration, shall be counted for deciding the eligibility of prospective adoptive parents for children of different age groups as under».

una coppia di conviventi⁶².

Infine, anche per la Corte, la distinzione tra coppie sposate e non sposate non appare condivisibile, in quanto né l'Unione, in questi *proceedings*, né le altre parte coinvolte nel processo sono state in grado di provare la contrarietà al miglior interesse del bambino.

Conseguentemente, le restrizioni imposte dalla Regulation sarebbero *ultra vires* e incostituzionali, perché eccedenti la politica alla base del *JJ Act*, dovendo essere lette con l'espunzione della necessità del matrimonio quale pre-requisito per l'adozione da parte di una coppia.

Va osservato, infine, come la *majority opinion* non concordi con tale lettura, sebbene anche il *justice* Bhat riconosca che la limitazione dell'adozione alle coppie non sposate non sia conforme al miglior interesse dei bambini, i quali si ritrovano sforniti di tutele, in quanto la persona non sposata fa ricorso all'adozione *uti singuli*, dichiarando solo successivamente la presenza di un partner, originariamente presente o meno: l'Unione, in tale prospettiva, priva i minori delle protezioni previste dal regime matrimoniale, tra le quali gli alimenti e l'assegno di mantenimento.

In conclusione, l'adozione da parte delle persone omosessuali continua ad essere preclusa, ma il dibattito occorso all'interno della Suprema Corte rappresenta certamente una pietra miliare nel discorso giuridico indiano, perché scalfisce il carattere esclusivamente eterosessuale dell'adozione.

7. Conclusioni

L'obiettivo di questo contributo è stato quello di analizzare la sentenza della Corte suprema indiana in merito al diritto delle persone queer di contrarre matrimonio e di adottare: nonostante la risposta sia negativa per entrambi i quesiti, ha comunque ravvisato la necessità per l'Unione di individuare nuove soluzioni per eliminare le discriminazioni che deve affrontare la comunità LGBTQIA+. La Corte ha mostrato una sensibilità giuridica verso i diritti e le libertà delle persone, con riferimento ad una problematica eticamente sensibile e dibattuta nell'opinione pubblica indiana.

La sentenza *Supriyo @ Supriya Chakraborty & Anr. v Union of India* rappresenta uno strumento iniziale di tutela delle persone queer, potendo dare linfa vitale ai movimenti di rivendicazione dei diritti della comunità LGBTQI indiana. Il quadro indiano presenta certamente forti elementi di criticità che impediscono alla comunità LGBTQI di godere pienamente dei propri diritti e libertà fondamentali, sebbene nell'orizzonte giuridico, anche grazie alla decisione in commento, si stanno stagliando importanti cambiamenti, che probabilmente potranno infondere nuova vitalità all'assetto normativo e giurisprudenziale.

In conclusione, con una motivazione ricca di suggestioni, la Corte suprema indiana ha affrontato una questione complessa, dando le linee guida per favorire un miglioramento della condizione di vita della comunità queer: da una prospettiva più ampia, lo Stato e la società indiana sarà chiamata ad un impegno sempre maggiore nell'applicazione effettiva e concreta dei

⁶² Circolare del 16 giugno 2022, consultabile in cara.wcd.gov.in/PDF/Registration-of-cases-of-single-PAPs-having-a_live-in_partner-in-a-long-time-relationship-and-not-married160622.pdf.

principi costituzionali, anche in armonia con i nuovi venti culturali enucleati nella sentenza.

Va infatti sottolineato come il Solicitor General abbia preso l'impegno di costituire un Committee che si occupi delle questioni emerse durante i *proceedings*: tale Committee è stato effettivamente costituito il 16 aprile 2024 e, nel mese di settembre 2024, è stato rilasciato un comunicato stampa, dal quale emergono le prime modifiche normative⁶³.

In particolare, il Department of Food and Public Distribution ha stabilito che le coppie non eterosessuali debbano essere trattate come nucleo familiare ai fini del rilascio della tessera annonaria e non debbano essere in alcun modo discriminate; il Department of Financial Services (DFS) ha invece permesso alle coppie non eterosessuali l'apertura di conti correnti bancari cointestati e la possibilità, in caso di decesso, per il partner vedovo, di ricevere il saldo sul conto; il Ministry of Health and Family Welfare ha condiviso anche protocolli di formazione e sensibilizzazione, nonché lettere programmatiche per assicurare la migliore assistenza sanitaria.

I lavori sono ancora in corso, ma l'India, tramite le direttive e l'attività ermeneutica della Corte suprema, sta tracciando nuove strade nella tutela delle minoranze, senza dover rinunciare alla propria identità culturale e giuridica, come già accaduto altre volte nella sua storia.

Mara Bisi
Dipartimento di Management
Università di Torino
mara.bisi@unito.it

2279

Wisam Zreg
Avvocato in Torino
wisam.zreg@gmail.com

⁶³ Per ulteriori informazioni *cf.* anche

www.pib.gov.in/PressReleasePage.aspx?PRID=2050655#:~:text=The%20Committee%20on%20the%201.5,gender%20identity%2C%20sexual%20orientation%20etc.