

“Not an aberration but a variation of sexuality”¹.
Considerazioni sull’apporto del diritto costituzionale
(comparato e) “trasformativo” nel caso *Navtej Singh Johar v. Union of India*

di Giovanna Spanò

Abstract: “Not an aberration but a variation of sexuality”. An insight on the impact of “transformative” constitutional (and comparative) law in the *Navtej Singh Johar v. Union of India* case – Il 6 settembre 2018, la Corte Suprema indiana, con la decisione *Navtej Singh Johar v. Union of India*, ha definitivamente depenalizzato i rapporti omosessuali. Ne verrà, allora, ripercorso il *reasoning*, con il fine di valutare l’emersione di un nuovo *trend* del costituzionalismo dei diritti, con fisionomia marcatamente transnazionale. Inoltre, la ridefinizione della contemporanea tenuta dei diritti fondamentali in India, attraverso un approccio “trasformativo”, intreccia il discorso universalista con un particolarismo “modulato”, dettato dai molteplici livelli di fonti presenti nell’architettura generale del sistema. In simile contesto, il ruolo del diritto comparato si è rivelato, senz’altro, determinante.

2699

Keywords: LGBT Rights; Fundamental Rights; Transformative Constitutional Law; Comparative Law and Courts; Constitutional Developments.

1. Premessa

Trascorso un anno dalla storica decisione della Corte Suprema, vale la pena ripercorrere le tappe salienti di una pronuncia destinata a riscrivere parte della storia dei diritti fondamentali in India, passaggio che, peraltro, si è inserito in un percorso decisivo della Corte in tale direzione.

Il 6 settembre 2018, in merito alla *Writ Petition (Criminal) No. 76 Of 2016*, la Corte Suprema indiana, con la (già) storica *decision Navtej Singh Johar v. Union of India*², si è pronunciata a favore della depenalizzazione dei rapporti omosessuali. Nonostante il caso per cui sia stata adita non riguardasse, direttamente, la tutela

¹ Espressione impiegata dalla Corte Suprema indiana in apertura del Par. 13 del *judgement*, (p. 13). Questo pensiero viene ripreso nel Par. 19, (p.46): “[...] Consensual relationships between adults cannot be classified along with offences of bestiality, sodomy and non-consensual relationships. Sexual orientation is immutable, since it is an innate feature of one’s identity, and cannot be changed at will. The choice of LGBT persons to enter into intimate sexual relations with persons of the same sex is an exercise of their personal choice, and an expression of their autonomy and self-determination”.

² Si segnala, inoltre, il contributo di L. Giacomelli, «I am what I am, so take me as I am» e il carattere «trasformativo» dei principi costituzionali: la Corte Suprema indiana depenalizza i rapporti omosessuali, gennaio 2019, consultabile su www.federalismi.it.

dei diritti LGBT³, la Corte ha colto l'occasione per censurare la *Section 377* del codice penale, in materia di atti “contro natura”. La statuizione si inserisce, confermandolo, in un *trend* che la vede nettamente focalizzata sulla promozione e sullo “stato” dei diritti delle minoranze⁴ nel proprio ordinamento⁵. A cominciare dal riconoscimento degli *hijra* quale “terzo sesso”⁶, passando, poi, per la declaratoria di incostituzionalità del *talaq* quale forma di ripudio non consentito⁷ – neanche alla stregua di *personal law* – la decisione *Navtej Singh Johar v. Union of India* in commento si iscrive in un solco che, seppur non del tutto delineato, risulta coerente con una giurisprudenza sempre più sensibile verso tali tematiche. La medesima Corte sembra ripercorrere pedissequamente simili tappe nel proprio giudizio, trattando simultaneamente elementi che, di fatto, si presentano, almeno a primo acchito, disomogenei⁸.

2700

I dati da porre immediatamente in rilievo sono, comunque, duplici e, a prima vista, forse, contraddittori. Da un lato, infatti, la giurisprudenza della Corte è apparsa, nei suoi snodi fondamentali, tutt'altro che lineare, registrando “fasi” di chiusura e timidi accenni di apertura, fino al recente *revirement* che ha consegnato l'attesa e definitiva ridefinizione dei rapporti omosessuali da illecito penale a esplicazione della sfera più intima dell'identità di un individuo. Dall'altro lato, si deve rimarcare la prospettiva scelta dalla Corte anche in questo caso, ovvero un avvicinamento alle rivendicazioni del contesto globale (“universalista”), non senza una precisa e specifica attenzione verso il contesto (locale e) “particolare”.

³ Il caso posto all'attenzione della Corte era rivolto, più che altro, a valutare una questione attinente alla privacy, intesa nella sua più generale accezione. Tale esito, infatti, è risultato inatteso.

⁴ Nel Par. 19 (ii) del judgement è scritto, chiaramente (enfasi aggiunta): “Fundamental Rights are guaranteed to all citizens alike, irrespective of whether they are a numerical minority. Modern democracies are based on the twin principles of majority rule, and protection of fundamental rights guaranteed under Part III of the Constitution. Under the Constitutional scheme, while the majority is entitled to govern; the minorities like all other citizens are protected by the solemn guarantees of rights and freedoms under Part III” (p. 47). Per una “mappatura” delle questioni si vedano, tra gli altri, M. Waites, *Human rights, sexual orientation and the generation of childhoods: analysing the partial decriminalisation of ‘unnatural offences’ in India*, *The International Journal of Human Rights*, 2010, Vol.14(6), pp. 971-993; M. Geetanjali, *Decriminalising homosexuality in India*, *Reproductive Health Matters*, 2009, Vol.17(34), pp. 20-28; K. Sinha-Kerkhoff, V. Sinha, *Community integration of people with nonheterosexual identities in Indian society: An integrated and intersectional approach*, *Indian Journal of Social Psychiatry*, 2018, Vol.34(4), pp. 296-302.

⁵ Per un quadro generale, si rinvia a S. Sen, *The Constitution of India: popular sovereignty and democratic transformations*, New Delhi, Oxford University Press, 2011; J.K. Mittal, *Right to equality and the Indian Supreme Court*, *The American Journal of Comparative Law*, 1965, vol.14(3), pp. 422-458.

⁶ Si tratta della nota *National Legal Services Authority v. Union of India and others* (NASLA) del 2014. Per alcuni approfondimenti generali, si vedano M. Sibsankar, *The hijras of India: A marginal community with paradox sexual identity*, *Indian Journal of Social Psychiatry*, 2018, Vol.34(1), pp. 79-85; V. Dutoya, *Defining the “queers” in India: The politics of academic representation*, *India Review*, 2016, Vol.15(2), pp. 241-271.

⁷ *Shayara Bano and others v. Union of India and others*, del 2017.

⁸ V. Kolmannskog, *Love in Law – The Indian Supreme Court decides in favour of LGBT persons*, Chr. Michelsen Institute (CMI Brief no. 2018:06); C. A. Mackinnon, *Sex equality under the Constitution of India: problems, prospects, and “personal laws”*, *i-con*, volume 4, number 2, 2006, pp. 181-202.

Proprio la dottrina della “non retrogressione”⁹, peraltro, è stata alla base del *reasoning* della Suprema Corte nel (ri)definire la contemporanea tenuta dei diritti fondamentali in India, rispetto all’architettura generale disegnata dalla Costituzione, la quale viene da essa stessa definita “trasformativa”, in linea con una certa tendenza attuale del costituzionalismo, nel senso più lato che al termine possa darsi.

L’intenzione di un’operazione che miri a “trascendere i confini” risulta interessante, sia per ciò che attiene alla combinazione, appunto, tra il richiamo al contesto globale e la valorizzazione del dato locale, sia per il peso dell’eredità coloniale in materia di reati “contro natura”, emblema di come la *transplantation* di istituti o, in generale, di modelli, possa tradursi, negli effetti, in soluzioni paradossali. In aggiunta, lo sguardo che la Corte rivolge al di là della prospettiva squisitamente interna è confermato dal richiamo, ancora una volta effettuato, verso le soluzioni altrove adottate per lo più per via giurisprudenziale, in vista di una maggiore giustiziabilità dei diritti afferenti alla sfera dell’orientamento sessuale. Il diritto comparato, allora, si mostra – come già accaduto in alcune decisioni della Corte, in merito ad altre tematiche – cartina di tornasole per ottenere una mappatura complessiva sulla concreta promozione dei diritti in questione, nonché per favorire la circolazione di pronunce di diverse Corti apicali, distanti geograficamente, ma piuttosto “contigue” nel garantirne la promozione.

Nell’analisi che seguirà si ripercorrerà il ragionamento compiuto dalla Corte, per poi provare a intercettare la reale emersione di un (rinnovato?) costituzionalismo dei diritti, con fisionomia, per così dire, marcatamente transnazionale, oppure per prendere atto di una graduale – ma, pare, inarrestabile – convergenza tra differenti realtà, tanto ordinamentali, quanto, più specificamente, costituzionali¹⁰.

2. *Constitutional morality* v. *Social morality*: tra identità, dignità e “legalità” della discriminazione

Prima di inquadrare in cosa si concretizzi la contesa tra *Petitioners* e *Respondents*, qualche spunto di riflessione scaturisce già a partire dall’introduzione al caso su cui la Corte viene chiamata a pronunciarsi e aspetti fondamentali non tardano a

⁹ “The State has to show concerned commitment which would result in concrete action. The State has an obligation to take appropriate measures for the progressive realization of economic, social and cultural rights. The doctrine of progressive realization of rights, as a natural corollary, gives birth to the doctrine of non-retrogression. As per this doctrine, there must not be any regression of rights. In a progressive and an ever-improving society, there is no place for retreat. The society has to march ahead. The doctrine of non-retrogression sets forth that the State should not take measures or steps that deliberately lead to retrogression on the enjoyment of rights either under the Constitution or otherwise”, Parr. 188-189, (p. 117).

¹⁰ Sul ruolo della comparazione e la convergenza, la resistenza o l’*engagement*, cfr., V. Jackson, *Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement*, Harvard Law Review, vol. 119, no. 1, 2005. Per un inquadramento “empirico” della questione, si rimanda a B. Flanagan, S. Ad Ahern, *Judicial decision-making and transnational law: a survey of common law Supreme Court judges*, iclq vol. 60, 2011, pp. 1-28.

emergere. In effetti, il Supremo giudice indiano esordisce esponendo e illustrando elementi decisamente generali, nella loro connotazione, ma, al contempo, cruciali per l'esame della questione *de qua*, giacché costituiscono la base ineliminabile – il cardine principale – dell'intero *reasoning* successivamente sviluppato e approfondito.

Il preliminare punto trattato, infatti, concerne il concetto di "individualità", che, secondo la Corte, coinvolge (e impone) una valutazione sotto i suoi sfaccettati rinvii, e che risulta, qui, strettamente correlato a quello di "identità", non solo definito come "*pivotal to one's being*", ma meritevole di riconoscimento costituzionale, in quanto "filamento della vita" e, infine, "equivalente", addirittura, alla divinità.

Per la loro centralità, l'identità e la "natura" appaiono indissolubili e, nonostante tale richiamo non appaia scevro da dubbi interpretativi e il principio stesso della "naturalità" di un elemento soggettivo sia quantomeno scivoloso, l'equazione tracciata viene impiegata esclusivamente per meglio sottolineare l'esigenza che ciascun individuo possa e, anzi, debba, considerarsi un "tutto" con i diritti di cui è titolare. Con metodo, per così dire, hohfeldiano¹¹, la Suprema Corte individua un *core*, un nucleo centrale da cui prendere le mosse e, poi, una serie di ulteriori principi che si diramano fino a formare la "personalità" nel suo complesso e nella sua complessità. Chiaramente, tale parte irretrattabile attiene alla dignità del soggetto, nella quale l'identità confluisce, fino a identificarsi:

"Destruction of individual identity would tantamount to crushing of intrinsic dignity that *cumulatively encapsulates* the values of privacy, choice, freedom of speech and other expressions"¹².

In linea con quanto affermato in precedenza, rispetto a una considerazione congiunta tanto delle questioni relative al genere, quanto di quelle riguardanti l'orientamento sessuale, la Corte richiama il proprio precedente statuito in *National Legal Services Authority v. Union of India and others* (NASLA), in merito all'identità *transgender*. Il ricorso al contenuto di tale giudizio trova spiegazione, non soltanto per sottolineare il ruolo che ha lì rivestito l'identità come "valore" *per se* dotato di autonoma considerazione, ma poiché la Corte ne ha fatto discendere dei corollari di non secondaria importanza. Innanzitutto, la definizione dell'identità (di genere) come uno degli aspetti "fondamentali" della vita e della "intrinseca percezione" che ciascuno ha di sé¹³. Secondariamente, e *a contrario*,

¹¹ È nota la ricostruzione di Hohfeld, per cui ciascun diritto soggettivo sia un *cluster*, composto da un nucleo essenziale, detto *core* e una serie di fasce di ulteriori posizioni soggettive. Cfr. L. Baccelli, *I diritti dei popoli. Universalismo e differenze culturali*, Bari, Laterza, 2009, soprattutto pp. 86 e ss. Cfr., inoltre, G. Pino, *Diritti soggettivi. Lineamenti di un'analisi teorica*, Materiali per una storia della cultura giuridica", 2009, 2, pp. 487-506.

¹² *Introduction*, Par. 4, (p. 6).

¹³ Per «orientamento sessuale» si intendono le relazioni tra individui di un genere diverso o dello stesso genere o più di un genere, mentre con l'espressione «identità di genere» si fa riferimento all'esperienza individuale del genere, che può corrispondere o meno al sesso assegnato alla nascita, compreso il senso del proprio corpo.

essa ha certamente a che fare con la discriminazione e può divenirne fonte: da qui, peraltro, l’esplicita connessione tra il genere e il sesso.

La Corte, infatti, nel caso della pronuncia NASLA, fornisce un’interpretazione estensiva degli articoli 15 e 16 della Costituzione, i quali, se a livello letterale dispongono in relazione al “sesso”, ben possono riferirsi – e divenire parametro in sede di giudizio di costituzionalità – anche per le tematiche ascrivibili al “genere”, poiché essi non si occuperebbero di tutelare la mera accezione “biologica” del termine, ma includerebbero anche la “considerazione” che un individuo possa avere rispetto a esso. Allo stesso modo, sebbene rovesciando la prospettiva, la Corte conferma questa visione anche nel caso in esame.

D’altro canto, medesimo parallelismo viene effettuato a proposito della legalità della “circostanza” soggettiva nel suo insieme. Probabilmente, non si tratta di valutarne l’eventuale dimensione di anti-giuridicità, che, tuttavia, ha prevalso fino alla succitata pronuncia, ma di cogliere quali risvolti un riconoscimento di legittimità di simile *status* possa comportare sul piano del godimento dei diritti fondamentali, proprio in quanto situazione giuridica meritevole di tutela che emerge insieme con altri principi, valori e diritti, la cui effettività dipende, appunto, da un comportamento “positivo” da parte dell’ordinamento.

Il passaggio logico di simile citazione, quindi, implica che l’identità abbia, *de iure*, un nesso inscindibile con la garanzia dei diritti fondamentali¹⁴, anche in questo caso, in senso onnicomprensivo di “fasce” di situazioni giuridiche tra loro interdipendenti¹⁵.

È in simile direzione che viene, poi, in rilievo la distinzione tra *social morality* e *constitutional morality*, la quale sembra essere intesa in senso più generale e “a-tecnico”, rispetto a ciò che l’espressione potrebbe evocare. Per chiarire quanto affermato, è auspicabile affidarsi alle stesse parole impiegate dalla Corte, la quale argomenta:

“The question that is required to be posed here is whether sexual orientation alone is to be protected or both orientation and choice are to be accepted as long as the exercise of these rights by an individual do not affect another’s choice [...]. At the core of the concept of identity lies self-determination, realization of one’s own abilities visualizing the opportunities and rejection of external views with a clear conscience that is in accord with constitutional norms and values or principles that are, to put in a capsule, —constitutionally permissible. As long as it is lawful, one is entitled to determine and follow his/her pattern of life. And that is where the distinction between constitutional

¹⁴ “The aforesaid judgment, as is manifest, lays focus on inalienable gender identity and correctly connects with human rights and the constitutionally guaranteed right to life and liberty with dignity. It lays stress on the judicial recognition of such rights as an inextricable component of Article 21 of the Constitution and decries any discrimination as that would offend Article 14, the “fon juris “of our Constitution”, Par. 8 dell’*Introduction*, (p. 9).

¹⁵ Si legge, in proposito, parafrasando anche la *concurring opinion* del Justice Sikri in NASLA: “gender identification is an essential component which is required for enjoying civil rights by the community. It is only with this recognition that many rights attached to the sexual recognition as third gender would be available to the said community more meaningfully [...] But search for identity, in order to have apposite space in law, sans stigmas and sans fear has to have the freedom of expression about his/her being which is keenly associated with the constitutional concept of identity with dignity”, *Ibidem*, Par. 9, (pp. 8-9).

morality and social morality or ethicality assumes a distinguished podium, a different objective”¹⁶.

Il “conflitto” tra *constitutional morality* e *social morality*, da un punto di vista giuridico, potrebbe risultare, dunque, inconsistente.

Finché una condotta risulti esplicazione della libera scelta dell’individuo, non pare accettabile che la promozione di diritti fondamentali soccomba di fronte a regole di mera condotta sociale. In sostanza, in virtù del riconoscimento giuridico, la *social morality* è destinata a cedere, soprattutto se assuma le sembianze dello stereotipo, dello stigma e del diseguale accesso alla vita pubblica. L’unico discrimine che possa atteggiarsi come valido è costituito dalla presenza del *consenso* e il rapporto deve coinvolgere due adulti (con)senzienti. Non vi sarebbe, dunque, altro limite invalicabile alla parificazione di esso alle situazioni etero-normate e, di fatto, è proprio questo il terreno su cui i ricorrenti insistono maggiormente e su cui la Corte, successivamente, disquisisce per giungere alla declaratoria di incostituzionalità.

2704

3. La rilevanza e il difetto di “consenso”: le istanze delle parti in causa

Il Supremo Giudice, come accennato, circoscrive la problematica saliente del giudizio all’interpretazione della *Section 377*, la quale, seppur abbia negato un riconoscimento “nella sua forma più piena” ai rapporti sessuali considerati “contro natura” e, conseguentemente, conculcato il diritto a esprimere una libera scelta degli individui coinvolti dalla sua lapidaria lettera, ha registrato fortune avverse (e inverse) in *Suresh Kumar Koushal and another v. Naz Foundation and others* del 2014 e in *Naz Foundation v. Government of NCT of Delhi and others*, pronuncia, quest’ultima, resa dalla *High Court* di Delhi, nel 2009¹⁷.

Nel *Writ Petition (Criminal) No. 76* del 2016 il fine per cui la Corte è adita concerne, principalmente, il diritto alla sessualità, quello all’“autonomia” sessuale e, non da ultimo, il diritto alla scelta di un *partner*, la quale precisazione pone

¹⁶ *Ibidem*, Par. 9, (pp. 9-10).

¹⁷ (2014) 1 SCC 1; (2009) 111 DRJ 1. Per un approfondito *excursus*, soprattutto per ciò che concerne il “peso della comparazione” nell’“avvicinamento” (o allontanamento) tra le rivendicazioni di diritti nel contesto globale, e quelle ottenute in ambito “locale”, si rimanda a P. Passaglia, *La depenalizzazione della sodomia tra adulti consenzienti in India: una battaglia ideale combattuta con l’arma della comparazione*, *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 4, 2009, pp. 1564-1570. Nel contributo citato, viene approfondita la pronuncia della *High Court* di Delhi, la quale ha censurato la sanzione prevista dalla *Section 377*, in relazione al rapporto tra adulti consenzienti, rispetto agli articoli 14, 15, e 21. La disposizione in questione è stata, dapprima, eliminata “virtualmente” e, successivamente, “riesumata” attraverso una pronuncia della Corte Suprema, la quale, nel 2014, ha capovolto l’esito in sede di impugnazione. Si sottolinea, inoltre, la singolare “quiescenza” di una norma, per un periodo di quattro anni, anche in relazione al (classico) principio del “vincolo del precedente”. La dinamica appena descritta viene scandagliata anche in M. Rospi, *La Supreme Court indiana «resuscita» il reato di sodomia*, *il Foro italiano*, 2014, IV, 334. Per approfondimenti generali, si rimanda a R.R. Puri, *Sexual states: governance and the struggle over the antisodomy law in India*, *International Feminist Journal of Politics*, 2017, Vol.19(2), pp. 278-279; S. Alankaar, *Decriminalising queer sexualities in India: a multiple streams analysis*, *Social Policy and Society*, 2008, vol.7(4), pp. 419-431; Y. Yuvraj, *The Case for Repeal of India’s Sodomy Law*, *South Asia: Journal of South Asian Studies*, 2010.

l’accento in maniera assai più netta sull’*orientamento*, più che sull’*atto* o la *condotta*, con un lieve slittamento che esprime qualcosa in più di una semplice formula “di principio”. Non appare strano, appunto, che i richiamati articoli 14 e 15 della Costituzione siano affiancati e corroborati, nel ricorso oggetto dell’analisi, dall’articolo 21, vero e proprio parametro su cui si vaglia la costituzionalità della disposizione contenuta nella *Section 377 del Penal Code*, e, dunque, della sua coerenza con il diritto alla vita lì tutelato. Il principale limite riscontrato aveva a che fare con una irragionevole prevalenza e preferenza verso la percezione sociale, che era risultata determinante, in senso negativo, per decretare la recessività dell’orientamento sessuale individuale nella pronuncia della Corte Suprema del 2014, a differenza di quanto affermato nel 2009 dalla *High Court* di Delhi. Peraltro, all’articolo 21, dalla dizione troppo sintetica per operare simile salto logico, era stato anteposto l’articolo 14, su cui la Corte ha, poi, fatto affidamento in *Suresh Kumar*. Nonostante la tiepida apertura mostrata in *K.S. Puttaswamy and another v. Union of India and others*, del 2017¹⁸, in cui la maggioranza dei *Justices* si è espressa per reputare l’orientamento sessuale quale “essential component of rights guaranteed under the Constitution”, si controdeduceva, al contempo, che questi ultimi non fossero “formulated on majoritarian favour or acceptance”. In aggiunta, la *concurring opinion* del *Justice Kaul* sottolineava nell’occasione citata come la libertà individuale, nella duplice accezione relativa tanto alla vita sessuale, quanto alle relazioni personali, “countervails public interest”¹⁹.

2705

Decisivo, nel caso NASLA, la riconsiderazione stessa di ciò che possa rientrare “nell’ordine di natura”, *vis-à-vis* la morale sociale, nonché a proposito del ruolo privilegiato del diritto nell’accompagnare, pedissequamente, le trasformazioni che si registrino a livello di società civile e di mutata sensibilità verso l’effettività dei diritti delle minoranze.

Pur rimarcando l’essenzialità del consenso prestato da due individui adulti, sì da tutelare i minori e potenziali abusi a loro detrimento, viene, infatti, statuito che:

“The determination of order of nature is not a constant phenomenon. Social morality also changes from age to age. The law copes with life and accordingly change takes place. The morality that public perceives, the Constitution may not conceive of. The individual autonomy and also individual orientation cannot be atrophied unless the restriction is regarded as reasonable to yield to the morality of the Constitution. [...] A section of people or individuals who exercise their choice should never remain in a state of fear. When we say so, we may not be understood to have stated that there should not be fear of law because fear of law builds civilised society. But that law must have the acceptability of the Constitutional parameters”²⁰.

Posta tale doverosa premessa, circa il *background* giuridico che ha giustificato l’evoluzione poi concretizzatasi nella decisione in esame, si analizzeranno, di seguito, i punti sollevati dai *Petitioners* e dai *Respondents*. Per quanto riguarda i

¹⁸ (2017) 10 SCC 1.

¹⁹ [2008] EWHC 1777 (QB).

²⁰ *Introduction*, Par. 12, (p. 14).

primi, essi sono sintetizzabili, sostanzialmente, in due rilievi principali. Da una parte, essendo superata da tempo la teoria secondo la quale l'omosessualità costituisca patologia psichiatrica, nessun passo decisivo è stato mosso affinché la caduta del pregiudizio fosse accompagnato dalla possibilità di vivere una vita degna in ogni sua sfaccettatura, a cominciare dal godimento di diritti civili, fino a terminare con quelli sociali, dovendo temere il giudizio dei pari e, contemporaneamente, subire discriminazioni (non troppo) larvate da parte dello Stato²¹. Dall'altra, la *Section 377* sottoposta a censura, rappresenta una norma antecedente alla Costituzione e, purtuttavia, mantenuta in "vita" anche successivamente all'entrata in vigore di quest'ultima, in forza dell'articolo 372, e della presunzione di costituzionalità, in tal caso vigente, che cederebbe, secondo i *Petitioners*, di fronte alla manifesta violazione dei propri diritti fondamentali, perdendo, di conseguenza, rilevanza di filtro al ricorso. In relazione al primo punto, si segnala il richiamo alla decisione *Indra Sarma v. V.K.V. Sarma* del 2013²², in tema di convivenze di fatto, in cui già emergevano le criticità relative a un accesso parziale, se non del tutto inesistente, al lavoro, ai diritti testamentari, alle cure mediche, nonché alle coperture assicurative. Essendosi, poi, rafforzate le garanzie con il *Protection of Women from Domestic Violence Act*, del 2005, a favore di diverse tipologie di "coppie di fatto", i ricorrenti hanno obiettato come ingiustificata la mancata estensione di simili tutele anche alle relazioni *same-sex*. Come ricorda la stessa Corte, retaggio della mentalità vittoriana (ma si potrebbe risalire sino al *Buggery Act* del 1533), un'alienazione obbligata e un'emarginazione imposta si presentano, senz'altro, lesive del principio fondamentale della libertà personale, là dove, secondo un'anacronistica impostazione, le relazioni non "idonee alla procreazione" dovevano restare taciute o, comunque, non ricevevano considerazione alcuna, se non per finalità sanzionatorie. Inoltre, a parere dei *Petitioners*, la sentenza NASLA si rivelerebbe, ancora una volta, decisiva, poiché non appare sufficiente un formale riconoscimento giuridico di gruppi minoritari, se alcune condotte da essi posti in essere – dalla mera "visibilità", fino all'esplicazione della vita sessuale – siano atte a tradursi in estremi di reato.

Rispetto alla seconda pretesa avanzata dai ricorrenti, poi, essa si sostanzia nel denunciare una violazione dei propri diritti fondamentali come "manifestly clear", che "strikes at the very root or substratum of their existence". In ragione di tali considerazioni:

"the presumption of constitutionality is merely an evidentiary burden initially on the person seeking to challenge the vires of a statute and once any violation of fundamental rights or suspect classification is prima facie shown, then such presumption has no role"²³.

Essendo, inoltre, l'orientamento sessuale un corollario "naturale" dell'identità di genere (sic!), questo appare senza dubbio tutelabile sotto l'usbergo

²¹ Cfr., C. Hutton, *Legal sex, self-classification and gender self-determination*, Law and Humanities, 2017, vol.11(1), pp. 64-81; S. Winter, *Lost in transition: transpeople, transprejudice and pathology in Asia*, The International Journal of Human Rights, 2009, Vol.13(2-3), pp. 365-390.

²² (2013) 15 SCC 755.

²³ *Introduction*, Par. 19, (p. 21).

dell'articolo 21 della Costituzione, talché ciascuna discriminazione sofferta e subita dalla comunità LGBT si pone in contrasto sia con il respiro generale e le finalità prime (*mandate*) di essa, sia con il punto di vista esposto dalla medesima Corte in NASLA. Viene richiamata anche la decisione *K.S. Puttaswamy*, là dove si valuta l'orientamento sessuale come aspetto connesso al diritto alla *privacy*, inferendo da ciò che, in assenza di riconoscimento, la vita di un individuo sarebbe ridotta a mera e cruda “sopravvivenza”, e a *Shakti Vahini v. Union of India and others*²⁴, oltreché *Shafin Jahan v. Asokan K.M*²⁵, nelle cui ultime si declina, *sub specie* di dignità individuale, il diritto alla scelta “autonoma” del proprio *partner*, in virtù degli articoli 19 e 21 della Costituzione. Interessante appare, senza dubbio, il parallelismo operato tra la situazione in analisi e quella delle “persone che sfidano le convenzioni sociali”, per contrarre un matrimonio interreligioso o tra caste differenti, almeno per ciò che attiene alla conseguente disapprovazione e alla necessità di un intervento in merito della Corte, quale “ultimo arbitro”, trattandosi pur sempre di promozione di diritti “fondamentali”.

Si dovrebbe, innanzitutto, considerare la scarsa chiarezza della definizione fornita dalla stessa *Section 377*, almeno nella parte in cui non si premuri di specificare in *cosa* si sostanzi il rapporto contro l’“ordine di natura”, precisazione che non trova riscontro neanche in altre fonti²⁶. Non sarebbe, quindi, opportuno distinguere tra un rapporto sessuale “naturale” e uno “innaturale”, non solo perché – come affermato già nel 2008 in *Anuj Garg and others v. Hotel Association of India and others*²⁷ – la valenza di una classificazione ben può risentire di obsolescenza in base al cambiamento delle norme sociali di riferimento, ma anche in ragione del fatto che una relazione consensuale considerata “illecita” in quanto contro l’“ordine di natura” tradisce un punto di vista viziato da “manifest arbitrariness at the fulcrum” (*Shayara Bano v. Union of India and others*, 2017). Proprio il consenso, appunto, renderebbe inconciliabile simile visione con gli articoli 15 e 19 della Costituzione, non mostrandosi, peraltro, la *Section 377* come eccezione ragionevole e meritevole di essere sollevata. Nei casi *Kishore Samrite v. State of U.P. and others* e *Umesh Kumar v. State of Andhra Pradesh and another*, entrambi del 2013²⁸, viene nominata anche la reputazione quale elemento afferente al diritto alla libertà personale e alla vita, alla sicurezza di ciascun individuo, nonché al diritto di “possedere” una abitazione.

²⁴ (2018) 7 SCC 192.

²⁵ AIR 2018 SC.

²⁶ “Section 377 does not define “carnal intercourse against the order of nature”. Even though the provision is facially neutral, the Petitioners submit that the thrust of this provision has been to target the LGBT community in light of the colonial history of anti-sodomy laws, and penalise what was perceived to be ‘deviant’ or ‘perverse’ sexual behaviour” Par. 6.5 (p.5). La Corte aggiunge: “The expression ‘carnal intercourse’ used in Section 377 is distinct from ‘sexual intercourse’ which appears in Sections 375 and 497 of the IPC. The phrase “carnal intercourse against the order of nature” is not defined by Section 377, or in the Code” Par. 12.2, (p. 10).

²⁷ (2008) 3 SCC 1.

²⁸ (2013) 2 SCC 398; 16(2013) 10 SCC 591.

Sicuramente decisiva appare la circostanza per cui in *Suresh Koushal*²⁹, la *Section 375* del codice penale sia stata modificata per rendere lecita la “carnal intercourse against the order of nature” tra uomo e donna, residuando ingiustificatamente quella tra individui omosessuali “as an offence, even if it is consensual”, come la stessa Corte non tarda a rilevare.

Le obiezioni sollevate dalla *Union of India*, sebbene meno dettagliate, sembrano insistere sui medesimi punti, in senso chiaramente opposto³⁰. In particolare, preme notare come, se per i ricorrenti è la stessa Costituzione a imporre una parificazione tra le situazioni giuridiche citate, in virtù di una tessitura garantista che non tollera limitazioni alcune alla dignità e al diritto alla vita, proprio sullo stesso piano, seppur invertito, si basano le repliche addotte. L’atto di “abuse one’s organs” non avrebbe nulla di consentito, giacché:

“[such acts] are undignified and derogatory to the constitutional concept of dignity and if any infraction is caused to the concept of dignity, then it would amount to constitutional wrong and constitutional immorality”³¹.

Il richiamo alla Costituzione, insomma, avrebbe un limite. Specificamente, strumentalizzare il diritto alla *privacy* e alla libertà personale, in aperta trasgressione della morale pubblica, rappresenta richiesta esorbitante rispetto alla già ampia considerazione che i diritti LGBT hanno conseguito “exhaustively” grazie alla pronuncia NASLA. Come prevedibile, alla naturalità dello “stato di cose” viene eccettuato l’altrettanto importante ruolo “ordinatore” del nucleo familiare e del matrimonio (eterosessuale), i quali ne sortirebbero compromessi in modo irreparabile, tenuta di conto la possibilità di una strisciante corruzione di giovani, dietro la promessa di denaro. Peraltro, una chiusura appare più netta di quelle appena esposte: un diffuso riconoscimento dei rapporti omosessuali in diverse parti del mondo, non solo esime l’India dall’uniformarsi a qualcosa non avvertito come coerente con il proprio sistema (valoriale, più che giuridico), ma, in senso ancora più pregnante, non obbliga lo Stato indiano a considerare “per buono”, e senza beneficio di inventario, tutto ciò che dall’“esterno” possa essere proposto. La sua intrinseca multiculturalità e la ricchezza etnica vengono, qui, impiegate per respingere soluzioni che, se considerate lecite per alcuni, non possono avere l’ultima parola, né incontrare il “consenso” di “tutti”. I diritti fondamentali, infatti, non sono assoluti, né assolutizzabili.

Degna di menzione è l’utilizzazione *a contrario* delle potenzialità della circolazione dei modelli e degli effetti, talvolta nefasti, dei trapianti. Trascurando il dato per cui il reato di sodomia discenda da prescrizioni antecedenti alla stagione costituzionale indiana, i convenuti, citando il caso *Fazal Rab Choudhary v. State of*

²⁹ (2014) 1 SCC 1.

³⁰ L’*Union of India* aveva promosso un *affidavit* nel luglio 2018, affinché: “with respect to the Constitutional validity of Section 377 insofar as it applies to consensual acts of adults in private”, la *Union* “would leave the said question to the wisdom of this Hon’ble Court”, Par. 5 (p.3).

³¹ Par. 39, (p. 32).

*Bihar*³², in cui la stessa Corte aveva trattato il tema in esame, e il contenuto della *Section* sottoposta a censura come ipotesi di perversione sessuale, affermano lapidari:

“there should not be identical transplantation of Western ideology in our country which has also been a matter of concern for this Court in *Jagmohan Singh v. State of U.P.*”³³.

In aggiunta, l’interesse del singolo non dovrebbe mai essere considerato preminente rispetto a quello dello Stato nel suo complesso, e i principi fondamentali di “governo” mai recessivi nei confronti di ciò che possa essere valutato come fondamentale nella vita di un individuo. Le insidie non sono di poco conto. Si potrebbe, ad esempio, estorcere il consenso per timore, minaccia o morte in caso di rifiuto, per alterazione psico-fisica e procurata incapacità, e, ancora, per assenza di consapevolezza in merito alle conseguenze “reali” della propria condotta. Quindi, non si rasenta alcuna violazione dell’articolo 14, poiché lo Stato ha il potere di decidere come e cosa normare, anche in materia di azioni positive; non si pone alcun contrasto con l’articolo 15, giacché l’orientamento sessuale non rientra nei divieti di discriminazione ivi esplicitamente previsti, e l’inclusione di esso accanto alla dizione riguardante il “sesso” *sic et simpliciter* non ammette interpretazione estensiva, ma semmai, richiederebbe un emendamento *ad hoc*.

Trattandosi, dunque, di “social experiments with unpredictable outcome”, né i Principi di Yogyakarta³⁴, né la Corte possono addentrarsi fino a sconfinare nella discrezionalità del Legislatore, dovendosi appellare – massimamente, nel caso in esame – al proprio, proverbiale, *self-restraint*³⁵.

Proprio sulla necessità di “guardare altrove” e sull’indispensabile carattere trasformativo della Costituzione indiana, la Corte fonderà, invece, il proprio convincimento.

4. La Costituzione come “organic Charter of progressive rights”. Ipotesi di costituzionalismo trasformativo e il “peso” della comparazione

³² (1982) 3 SCC 9.

³³ Par. 55, (p. 40).

³⁴ I Principi di Yogyakarta per l'applicazione delle leggi internazionali sui diritti umani in relazione all'orientamento sessuale e identità di genere, siglati nella omonima città indonesiana nel 2006 da un *panel* di esperti in materia di diritto internazionale e diritti umani, rappresentano il primo strumento di diritto internazionale – invero, preceduti dalla poco «fortunata» Dichiarazione di Montréal – esplicitamente rivolti alla tutela, la garanzia e la promozione dei diritti legati all’orientamento sessuale e all’identità di genere e, quindi, nella fattispecie, dei soggetti gay, transessuali, bisessuali e intersessuali. I ventinove punti così sugellati si pongono il fine di creare uno *standard* internazionale universale e vincolante, cui i diversi Paesi devono uniformarsi in materia di politiche di riconoscimento volte a inibire ed eliminare asimmetrie e discriminazioni nei confronti di individui LGBTI, nonché a fronteggiare casi di violenza e criminalizzazione di condotte legati al genere e all’orientamento sessuale.

³⁵ Letteralmente: “the Court must [...] refrain from giving birth to judicial legislation. In the applicant's view, the legislative wisdom of the Parliament must be respected and it must be left to the Parliament to amend Section 377 IPC, if so desired”, Par. 61 (pp. 42-43).

Nel caso *Chief Justice of Andhra Pradesh and others v. L.V.A. Dixitulu and others*³⁶, dell'anno 1979, e *Saurabh Chaudri and others v. Union of India and others*³⁷ la Costituzione viene definita come un organismo “vivente e strutturato”, dotato di anima e coscienza autosufficiente, con “pulsanti battiti” che promanano “from the spinal cord of its basic framework”, fino a innervare l'intero corpo alle sue estremità.

A parte la descrizione figurata, merita notare come tale natura organica implichi la sua connaturata elasticità all'adattamento ai tempi, alle esigenze e alle urgenze, sì che il diritto *debba* mutare, in consonanza con l'espansione degli “orizzonti” del diritto costituzionale. Scongiurando che simile trasformazione snaturi l'identità ordinamentale di ciascun sistema, infatti, è auspicio della Corte che tutti gli organi giurisdizionali apicali cavalchino questo *trend*, a favore di un interventismo crescente che consenta alle singole Costituzioni di intercettare le “ever-changing circumstances”³⁸. Ed è qui che il ruolo delle Corti appare accentuato, instillando “linfa vitale” nel tessuto dispositivo delle Carte fondamentali e limitando il rischio che residuino quale “lettera morta”.

Il medesimo approccio sarebbe da adottare, secondo la Corte, nei confronti dei diritti fondamentali, a proposito della loro promozione, poiché un *bilanciamento* costante tra principi, che fornisca “vitalità” alla Costituzione, è un dinamismo richiesto e necessario ai fini di un'interpretazione evolutiva degli stessi. Questi ultimi appaiono, per primi, refrattari alla cristallizzazione, e una staticità mal si presta al loro contenuto intrinsecamente trasformativo: sono i diversi “tempi”, poi, a “illustrare e illuminare” il significato latente delle espressioni usate, come la Corte precisa richiamando la pronuncia resa in *Video Electronics Pvt. Ltd. and another v. State of Punjab and another*³⁹, del 1990.

Non appare casuale che da ciò derivi il rimando, tanto alle soluzioni giurisprudenziali adottate da altre Corti apicali, quanto al diritto internazionale⁴⁰.

Rispetto al primo punto, vengono chiamate in causa le decisioni *Re: Same Sex Marriage* e *State of Missouri v. Holland*, rispettivamente rese dalla Corte Suprema canadese nel 2004 e da quella statunitense nell'ormai lontano 1920⁴¹. Nel senso

³⁶ (1979) 2 SCC 34.

³⁷ (2003) 11 SCC 146.

³⁸ Così si legge, infatti, nel Par. 19 (iv) del *judgement*: “once it is brought to the notice of the Court of any violation of the Fundamental Rights of a citizen, or a group of citizens the Court will not remain a mute spectator, and wait for a majoritarian government to bring about such a change. Given the role of this Court as the sentinel on the qui vive, it is the Constitutional duty of this Court to review the provisions of the impugned Section, and read it down to the extent of its inconsistency with the Constitution”, (p. 49). Tramite una spiegazione dal respiro sociologico, poi, i *Respondents* fanno notare, citando la dottrina di Friedmann, come il biasimo nei confronti di una condotta e la proibizione degli atti che ne discendano, è specchio di ciò che una data società consideri meritevole di condanna, in base ai valori fondativi stessi che la governano nei diversi luoghi e tempi, fino a giungere alla previsione di una sanzione penale se il comportamento valutato come riprovevole lo richieda per la sua “condivisa” gravità.

³⁹ (1990) 3 SCC 87.

⁴⁰ Si segnala, al riguardo, l'analisi di M. Kirby, *Constitutional Adjudication and Learning from Each Other a Comparative Study*, Oxford University Commonwealth Law Journal, 2012, Vol.12(2), pp.371-388.

⁴¹ [2004] 3 S.C.R. 698; 252 U.S. 416 (1920).

dell'emersione di un “costituzionalismo trasformativo”⁴² vengono menzionati degli esempi paradigmatici. Tra questi spiccano, innanzitutto, quelli provenienti dalla Corte Suprema del Sudafrica, e rappresentati dai casi *Road Accident Fund and another v. Mdeyide* del 2008, e *Bato Star Fishing (Pty) Ltd v. Minister of Environmental Affairs and Tourism and others* risalente al 2004⁴³, in cui si tratta esplicitamente della Costituzione come fonte “trasformativa”. Ancora, sono richiamate due decisioni del 1997 e del 2001 della Corte Suprema del Sudafrica⁴⁴, a proposito della garanzia di uguale dignità da riconoscere a ciascun individuo, nonché il rilievo per cui:

“The Constitution is located in a history which involves a transition from a society based on division, injustice and exclusion from the democratic process to one which respects the dignity of all citizens and includes all in the process of governance. [...] This spirit of transition and transformation characterises the constitutional enterprise as a whole”⁴⁵.

Sempre in materia di dignità e libertà personali, nuovamente rimando è effettuato alla Corte statunitense, segnatamente alla decisione del caso *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey* del 1992, insieme con la citazione della sentenza *P v. S* della Corte di giustizia dell'Unione europea⁴⁶. In tema di approfondimento del concetto di “orientamento sessuale” e per più puntuali spunti definitivi, la Corte indiana si rifà al commento del giudice della *High Court* australiana, Michael Kirby, per poi considerare, di nuovo, l'omologo organo canadese, in relazione alla decisione *James Egan and John Norris Nesbit v. Her Majesty The Queen in Right of Canada and another*, del 1995⁴⁷. Per ciò che attiene ai profili afferenti alla *privacy*, vengono segnalate le decisioni: *Bowers, Attorney General of Georgia v. Hardwick et al.* e *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and another v. Minister of Justice and others*, rese da Corti facenti parte di contesti geografici piuttosto diversificati⁴⁸.

Per quanto attiene al diritto internazionale, invece, chiaro riferimento viene effettuato alla “classica” Dichiarazione Universale dei Diritti Umani, e ai Principi di Yogyakarta, salvo poi, in un paragrafo dedicato alle “prospettive internazionali”, ritornare alla rassegna pedissequa di casi giurisprudenziali, ordinati in base alla

⁴² “The expression transformative constitutionalism can be best understood by embracing a pragmatic lens which will help in recognizing the realities of the current day. Transformation as a singular term is diametrically opposed to something which is static and stagnant, rather it signifies change, alteration and the ability to metamorphose. Thus, the concept of transformative constitutionalism, which is an actuality with regard to all Constitutions and particularly so with regard to the Indian Constitution, is, as a matter of fact, the ability of the Constitution to adapt and transform with the changing needs of the times”, *Section H*, Par. 96, (p. 66). Si veda, poi, S. H. Rudolph, *The Indian Supreme Court and politics*, the Journal of Asian Studies, 1 May 1981.

⁴³ 2008 (1) SA 535 (CC); [2004] ZACC 15.

⁴⁴ *President of the Republic of South Africa v. Hugo*, (1997) 6 B.C.L.R. 708 (CC); *Investigating Directorate: Serious Economic Offences and others v. Hyundai Motor Distributors (Pty) Ltd and others: In Re Hyundai Motor Distributors (Pty) Ltd and others v. Smit NO and others*, 2001 (1) SA 545 (CC).

⁴⁵ Par. 105, (p. 71).

⁴⁶ 505 U.S. 833 (1992); C-13/94.

⁴⁷ [1995] 2 SCR 513.

⁴⁸ 478 U.S. 186 (1986); 1998 (12) BCLR 1517 (CC).

Corte di competenza⁴⁹. Si ritrovano, allora, gli Stati Uniti, il Canada, il Sud Africa, il Regno Unito e la Corte Suprema filippina⁵⁰.

Una lettura sistematica del giudizio impone, inoltre, di valutare il *focus* esplicitamente dedicato dalla Corte al costituzionalismo trasformativo quale chiave di volta *in materia* di diritti LGBT⁵¹. Si nota, infine, una convergenza volontaria – processo, invero, già inaugurato dal Supremo Giudice indiano – verso il panorama “altro”, con un tentativo di superamento del *background* giuridico particolaristico. Nonostante, quindi, l’India si (rap)presenti quale coacervo di soluzioni giuridiche e inestricabile insieme di diritti “personali” a più livelli, l’attrazione verso il dato universale appare un processo avviato e inarrestabile.

2712

5. Della dottrina della “progressiva realizzazione” a quella della “non retrogressione”. Un inedito esempio di “costituzionalismo” dei diritti?

Ripercorrendo le tappe salienti dell’analisi, non può non notarsi il ruolo egemonico che la *Constitutional morality* ha rivestito nei confronti di modelli di condotta sociali, considerati, non solo superati, ma in contrasto con lo spirito dinamico della Carta fondamentale. Nel dichiarare incostituzionale la *Section 377* del *Penal Code*⁵² “so far as it penalizes any consensual sexual relationship between two adults, be it

⁴⁹ Per un’analisi di respiro più ampio, cfr., N. Robinson, *Structure matters: the impact of court structure on the Indian and U.S. Supreme Courts*, *The American Journal of Comparative Law*, 2013, Vol.61(1), pp. 173-208; N. Jain, *the democratizing force of international law: human rights adjudication by the Indian Supreme Court*, *Comparative International Law*, pp. 319-336; P.R. Chowdhury, *Judicial activism and human rights in India: a critical appraisal*, *The International Journal of Human Rights*, 15:7, 2011, pp. 1055-1071: “There is a general belief or understanding that the Supreme Court of India, and the High Courts under its leadership, have been particularly creative and imaginative in the development of the constitutional and common law of this country. And this despite that the Indian Constitution does not afford the same scope of judicial activism/creativity to the courts as does the US Constitution. Further, over the years, the scope of some of the fundamental rights has been curtailed by constitutional amendments, and, thus, the scope of judicial review has been further restricted [...]. In spite of all this, in many cases, the Supreme Court has displayed judicial creativity of a very high order, for example, in *Kesavananda* and in expanding the scope of Article 21. It must not go unnoticed that the judiciary while giving a soothing decision in the historic case of *Mumbai Kamgar Sabha v. Abdul Bhai*, introduced the doctrine of judicial activism but without its nomenclature”, (p. 1060); S.K. Verma, *Fifty years of the Supreme Court of India: its grasp and reach*, Oxford University Press, 2000; R. Sen, *India’s Democracy at 70: The Disputed Role of the Courts*, *Journal of Democracy*, Volume 28, Number 3, 2017, pp. 96-105.

⁵⁰ Rispettivamente: per ciò che concerne gli Stati Uniti *Roberts v. United States Jaycees* 468 U.S. 609 (1984), *Price Waterhouse v. Hopkins* 490 U.S. 228 (1989), *Lawrence v. Texas* 539 U.S. 558 (2003), *Obergefell, et al. v. Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al.* 576 US (2015); per il Canada, *Delwin Vriend and others v. Her Majesty the Queen in Right of Alberta and others* [1998] 1 SCR 493; per il Sudafrica la già citata *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and another v. Minister of Justice and others* 1998 (12) BCLR 1517 (CC); per il Regno Unito, *Euan Sutherland v. United Kingdom* 2001 ECHR 234; per le Filippine, *Ang Ladlad LGBT Party v. Commission of Elections* G. R. No.190582, Supreme Court of Philippines (2010).

⁵¹ La sezione H. Par. 95, (p.65), reca come titolo “Transformative constitutionalism and the rights of LGBT community”.

⁵² Poiché in contrasto con gli articoli 14, 15 e 21 della Costituzione indiana, posti, rispettivamente, a tutela dell’uguaglianza, come divieto di discriminazione e a garanzia della *privacy*.

homosexuals (man and a man), heterosexuals (man and a woman) or lesbians (woman and a woman)”, il Giudice indiano sembra offrire qualcosa di più di un’“emersione dalla minorità” (in senso kantiano) dei diritti LGBT. Con la dovizia che distingue lo stile delle sue decisioni, infatti, la Corte traccia le fila di un fenomeno che, da locale, assume proporzioni globali, intercettando, non tanto le numerose rivendicazioni sul tema, ma esplicitando, in un certo senso, la “nota” convergenza tra Corti, tramite una certissima mappatura dell’attivismo di queste ultime. Pare, insomma, consacrarsi una sorta di diritto giurisprudenziale transnazionale, in cui il diritto comparato, da strumento di classificazione e circolazione dei modelli, diventa protagonista indiscusso del cambiamento di prospettiva. Non scevro da dubbi legittimi, quali inevitabili derive di annichilimento e appiattimento del dato particolare su quello internazionale, e un dannoso (ma inarrestabile?) “appiattimento” delle soluzioni rese, il filone sembra in crescita e in progressiva strutturazione. Che il diritto sia ormai “trasformativo” nella sua essenza è reso evidente dalla fusione tra più fonti e più livelli⁵³, che, nella loro stratificazione, conferiscono a esso profili sempre cangianti, i cui elementi ben possono atteggiarsi a seconda dei diversi *layers*, o della prevalenza di uno o di un altro tra questi.

Quale che sia l’esito, ovvero l’attestarsi su un catalogo di diritti “virtuali” sempre giustiziabili, al netto delle previsioni costituzionali interne e, inoltre, al di là dei vincoli impressi dall’adesione ai trattati internazionali, oppure una *trump card*⁵⁴ da giocare al momento opportuno, usufruendo della “tenuta” dei diritti altrove ottenuta, è ardua risposta.

Indubbiamente, non può trascurarsi l’attenzione crescente verso dei diritti che, promananti sì da Costituzioni “vitali”, dotate di “corpo, carne, sangue, anima e coscienza”, assumono però, a loro volta, fisionomia (auto)sufficiente, in uno sforzo di (auto)promozione, che, come notato, trascende i “confini” in senso letterale⁵⁵. E anche questo appare procedimento a “formazione progressiva”, in cui le singole decisioni, rese in contesti ordinamentali (e costituzionali) sensibilmente distanti, inseriscono dei tasselli per la creazione di un “ordine pubblico internazionale ideale”, che non dovrebbe mai trascurare, tantomeno sottovalutare, la scure di rivendicazioni situate, particolari e “relative”⁵⁶. In ogni caso, la produzione stessa

⁵³ Sull’argomento, si veda S. Lierman, *Law as a complex adaptive system*, Maastricht J. Eur. Comp. L., Vol 21, Issue 4, 2004, pp. 611-629.

⁵⁴ La paternità di tale espressione è riconducibile alla ricostruzione di Ronald Dworkin. Si rimanda, quindi, a R.M. Dworkin, *Taking rights seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977.

⁵⁵ Non a caso, nella *Section G*, Par. 85, (p. 59), si legge: “The rights that are guaranteed as Fundamental Rights under our Constitution are the dynamic and timeless rights of ‘liberty’ and ‘equality’ and it would be against the principles of our Constitution to give them a static interpretation without recognizing their transformative and evolving nature”.

⁵⁶ Cfr., tra gli altri, F. Tedesco, *Diritti umani e relativismo*, Bari, Laterza, 2009; L. Baccelli, *Il particolarismo dei diritti. Poteri degli individui e paradossi dell’universalismo*, Roma, Carocci, 2000; L. Baccelli, *I diritti dei popoli. Universalismo e differenze culturali*, op. cit.; M. Riegner, *How Universal Are International Law and Development? Engaging with Postcolonial and Third World Scholarship from the Perspective of Its Other*, *Verfassung Und Recht in Übersee / Law and Politics in Africa, Asia and Latin America*, vol. 45, no. 2, 2012, pp. 232-248; G. Beck, *The normative and conceptual contestability of human rights*, *Jahrbuch für Recht und Ethik / Annual*

di diritto “particolare” (*rectius*, “particolaristico”) assume sempre nuove fisionomie, dando linfa a soluzioni sperimentate (d)all’interno del modello (altro) di riferimento, oppure indirizzando gli effetti dei “trapianti” verso direttrici e prospettive, non tanto inattese, quanto inedite.

Non peregrinamente, tra l’altro, la Corte indiana trova decisivo il rimando alla “doctrine of no retrogression”, come corollario indefettibile della primaria dottrina della “progressive realization” dei diritti fondamentali. Non solo, cioè, non si può “tornare indietro”, anche rispetto all’inserimento in un contesto di tutele “allargate” e a maglie “sfuggenti”, ma la stessa idea di un’evoluzione costante del diritto costituzionale non può non rispondere agli echi di un costituzionalismo “trasformativo” e sempre in divenire.

2714

Tale circostanza porta a riflettere anche sulla possibilità di enucleare una (o più) ipotesi di costituzionalismo dei diritti, rilevando come questi ultimi *possano* fare la differenza, soprattutto in casi di inerzia politico-legislativa, nonché di ruolo suppletivo e proattivo delle Corti apicali. Che le Costituzioni non debbano più considerarsi solo in senso “anatomico” è statuizione assodata, che i diritti possano “fuoriuscire” da esse, per poi ri-definirle e rinnovarle è questione da accertare, in una “marcia espansiva” di cui il costituzionalismo dei diritti si fa testimone, e non già ultima meta. In questo contesto, la tutela giurisdizionale, oltre ad apparire essa stessa pervasiva, può risultare indispensabile⁵⁷. Probabilmente, solo l’osservazione da qui in avanti potrà fornire la controprova per confermare e cristallizzare il processo appena descritto. Appare chiaro, però, che ciò stia avvenendo attraverso

Review of Law and Ethics, vol. 15, 2007, pp. 659–698; J. Donnelly, *The Relative Universality of Human Rights*, Human Rights Quarterly, vol. 29, no. 2, 2007, pp. 281–306, *Universal Human Rights in Theory and in Practice*, Ithaca and London, Cornell University Press, 1989; M. Goodhart, *Origins and universality in the human rights debates: cultural essentialism and the challenge of globalization*, Human Rights Quarterly, vol. 25, no. 4, 2003; A. An-Na’im, *Human Rights in Cross-Cultural Perspectives: A Quest for Consensus*, Pennsylvania University Press, 1992; per un universalismo minimalista cfr. A. Cassese, *I diritti umani oggi*, Bari, Laterza, 2009; S. Pahuja, *Decolonising International Law: Development, Economic Growth and The Politics of Universality*, New York, Cambridge University Press, 2011. A proposito delle qualità “duali” del diritto internazionale. Si afferma, infatti, che esso presenta “both an imperial and a counter-imperial dimension. If the dual quality were ‘real’, it would manifest itself not only in the approach of the scholarly work of international law’s ‘critical friends’, but would also play out in the institutional life of international law”. A proposito della “narrazione” circa l’universalismo del diritto internazionale (anche per ciò che concerne, specificamente, la dimensione e i “cataloghi” di diritti), l’autrice afferma come non si tratti di una situazione di “either/or”, ma, piuttosto, di “both/and”. Più chiaramente: “international law was neither still imperial nor newly liberatory – and yet it was both. There was both a continuity with, and a break from, the overtly imperial period [but] the universalisation of international law did not bring the new equality it promised”, (pp. 10 ss).

⁵⁷ Cfr., G. Pino, *Il costituzionalismo dei diritti: aspirazioni e aporie*, Bologna, Il Mulino, 2017. Più specificamente, merita segnalare come “[...] nel diverso contesto dello Stato costituzionale e del costituzionalismo dei diritti, invece, il riconoscimento di sempre nuovi diritti passa anche e soprattutto per le vie dell’azione giudiziaria e dell’interpretazione giuridica [...]. Di conseguenza, una prima aspirazione del costituzionalismo contemporaneo potrebbe essere definita come la marcia espansiva dei diritti, e correlativamente dei loro strumenti e organi di garanzia, innanzitutto di tipo giudiziario”, (p. 54). Si veda, inoltre, l’analisi di R. Hirschl, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge, Harvard University Press, 2007.

un passaggio dall’“età dei diritti”⁵⁸ all’“age of balancing”⁵⁹, i cui termini non sono più rappresentati dai singoli principi (interni) a ciascuna Costituzione, ma da un più lato e indefinito test di proporzionalità con soluzioni tratte anche da fonti esterne.

⁵⁸ In tale frangente, Bobbio discuteva, ad esempio, la validità euristica della ricerca del “fondamento” dei diritti fondamentali. Si rimanda, pertanto, a N. Bobbio, *L’età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1965.

⁵⁹ G. Pino, *supra*, p. 144. In riferimento all’aspetto del bilanciamento, in aggiunta, si richiama, del medesimo autore, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2010.

