

MARTA CARTABIA

RIFLESSIONI IN TEMA DI EGUAGLIANZA
E DI NON DISCRIMINAZIONE



giuffrè editore - 2011

Estratto dal volume:

**ALLE FRONTIERE DEL DIRITTO
COSTITUZIONALE**

Scritti in onore di
VALERIO ONIDA

MARTA CARTABIA

RIFLESSIONI IN TEMA DI EGUAGLIANZA E DI NON DISCRIMINAZIONE (*)

SOMMARIO: 1. Dal principio di eguaglianza ai codici della non-discriminazione. — 2. Eguaglianza e diritti. — 3. Dall'eguaglianza dei sessi all'eguaglianza di genere. — 4. Verso un individuo disincarnato. — 5. Verso le differenze indifferenti. — 6. Il contributo del diritto dell'Unione europea. — 7. (*Segue*) Matrimonio e unioni civili registrate nel diritto dell'Unione europea. — 8. Privacy e non discriminazione strumenti della “neutralità”?

1. *Dal principio di eguaglianza ai codici della non-discriminazione.*

Uno degli aspetti più caratteristici e celebrati della Costituzione italiana riguarda la ricchezza della concezione di eguaglianza accolta nel suo articolo 3⁽¹⁾ e poi ulteriormente sviluppata in altri articoli del testo costituzionale che riprendono il principio generale in contesti specifici. Non solo il primo comma dell'art. 3 fa tesoro dell'eredità liberale accogliendo il principio di eguaglianza formale — l'eguaglianza davanti alla legge —, ma il secondo comma della medesima disposizione completa il primo con la previsione del principio di eguaglianza sostanziale, determinando una polarità che innesca una relazione dialettica capace di dinamizzare l'intero ordinamento giuridico: infatti, se l'eguaglianza formale tende a valorizzare all'universalità, l'eguaglianza sostanziale giustifica piuttosto la specificità e la singolarità delle misure normative. Nell'insieme, i due principi mantengono vive le esigenze dell'universalità e della particolarità allo stesso tempo, il cui punto di equilibrio può essere individuato solo nel caso concreto. Ad arricchire ulteriormente il panorama vi è poi il principio di ragionevolezza: di norma, l'eguaglianza richiede la mediazione della ragionevolezza, se è vero che essa — aristotelicamente — impone di trattare in modo eguale situazioni eguali, ma anche di differenziare il regime giuridico di situazioni diverse. La giurisprudenza costituzionale offre un capiente serbatoio di

(*) In questo testo sono ripresi, approfonditi e rielaborati alcuni spunti esposti nel Convegno su “Identità sessuale e identità della persona”, Palermo 9-11 dicembre 2010.

(¹) Per tutti, basti in questa sede richiamare gli studi di L. PALADIN, *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, Milano, Giuffrè, 1965.

esempi che testimoniano la ricchezza di strumenti che nascono da questo “equilibrio instabile” tra eguaglianza formale, ragionevolezza, ed eguaglianza sostanziale. Si potrebbe forse dire che l’eguaglianza nel costituzionalismo italiano si è caratterizzata per l’enorme potenzialità sprigionata da alcuni, pochi, principi fondamentali che hanno permesso di accogliere senza traumi tutta la gamma degli strumenti dell’eguaglianza che vanno dalla parità di trattamento alle azioni positive, dal divieto di discriminazione formale al divieto di discriminazione *à rebour*, in un variegato temperamento di equiparazione e differenziazione.

Se si paragona questo approccio tipico del costituzionalismo con la cosiddetta “new equality”⁽²⁾ di matrice europea, subito appare una marcata differenza sul piano della tecnica giuridica. La più recente legislazione europea in tema di eguaglianza non si accontenta di qualche scarno principio fondamentale da modularsi secondo le evenienze e le esigenze del fatto; essa predilige piuttosto una ricca articolazione legislativa, volta ad individuare per ogni situazione di potenziale diseguaglianza lo strumento più appropriato di protezione giuridica. L’*equality act* britannico⁽³⁾, ad esempio, consta di una dettagliatissima sequenza di previsioni normative che mirano a confezionare la regola più adeguata per ogni tipo di discriminazione — sesso, razza, religione, opinioni politiche, disabilità, età, etc. — in ogni tipo di situazione sociale — scuola, lavoro, accesso ai pubblici servizi, famiglia, etc. —. Analogo, ancorché più sobrio, è l’approccio delle direttive europee⁽⁴⁾ sulla non discriminazione: una molteplicità di regole, differenziate da caso a caso, corredate di nuovi strumenti antidiscriminatori, di nuove tipologie di divieti di discriminazione e di una lunga lista di eccezioni alla regole prestabilite. Frutto di questo approccio sono veri e propri “codici antidiscriminazione” che caratterizzano la nostra epoca e la conseguente nascita di un nuovo ramo del diritto: il diritto delle non discriminazioni, appunto. Anche il linguaggio denota un cambiamento: al termine *eguaglianza* si preferisce di gran lunga quello della *non discriminazione*.

Si potrebbe pensare che una delle ragioni che può spiegare questa evoluzione dal “principio di eguaglianza” ai “codici della non discriminazione” dipenda dalla complessità del tessuto sociale odierno. In un contesto in cui la società è sempre più marcatamente multi-culturale, multi-et-

(2) C. MCCRUDDEN, *The New Concept of Equality*, in *ERA forum*, 2003, www.era.int e ID., *Human Rights and European Equality Law*, <http://papers.ssrn.com/Abstract=899682>; S. FREDMAN, *Discrimination Law*, Oxford, Clarendon Press, 2011.

(3) http://www.equalities.gov.uk/equality_act_2010.aspx.

(4) Per una panoramica sul diritto antidiscriminazione in Europa, si veda D. SCHIEK, L. WADDINGTON, M. BELL (eds), *Non discrimination law*, Hart, Oxford, 2007 e C. FAVILLI, *La non discriminazione nell’Unione Europea*, Il Mulino, Bologna, 2009.

nica, multi-religiosa, multi-lingue etc. sembra insufficiente addentrarsi nella problematica dell'eguaglianza con un unico principio *one size fits all*. Poiché ogni situazione è contraddistinta da una sua specificità e richiede una risposta appropriata, la legislazione interviene non già con un unico principio generale, ma con una ricca varietà di regole e, se necessario, con le dovute eccezioni alla regola. Dopo tutto, una delle sfide più complesse della nostra epoca è quella di eliminare le discriminazioni senza sacrificare la diversità. Preservare ad un tempo le identità e le differenze senza perpetuare discriminazioni e svantaggi a carico dei gruppi deboli è un'impresa paragonabile alla quadratura del cerchio. Ben si comprende, dunque, che il diritto intraprenda nuove strade e nuovi tentativi.

2. *Eguaglianza e diritti.*

La domanda che attraversa le seguenti pagine riguarda proprio questo nodo culturale. È la nuova eguaglianza intesa come non discriminazione in grado di mantenere la promessa di correggere le diseguaglianze preservando le specificità? E ancora, come mai il principio di non discriminazione si accompagna regolarmente ai nuovi diritti che stanno emergendo soprattutto nelle giurisprudenze delle Corti europee? Che nesso c'è tra eguaglianza e diritti? E che tipo di eguaglianza meglio si accompagna con i diritti di ultimissima generazione?

In uno scritto dedicato a Livio Paladin, Valerio Onida — mettendo in discussione uno dei più diffusi luoghi comuni che potremmo così definire: la libertà sta ai diritti civili e politici come l'eguaglianza sta ai diritti sociali — osservava che i nessi tra eguaglianza e diritti sono assai più complessi di quanto comunemente si pensi: “Da un lato, è proprio anzitutto sul terreno dei diritti di libertà ‘classici’ che il precetto dell'eguaglianza, intesa come estensione universale delle regole e delle garanzie, senza discriminazioni, può espandersi pienamente. [...] Dall'altro lato, i diritti sociali, o quelli che comunemente vengono definiti tali, non riguardano o possono non riguardare, invece, tutti gli individui allo stesso modo, bensì, assai spesso, solo coloro che si trovano in situazioni di svantaggio di fatto, i cosiddetti soggetti deboli: e quindi richiamano meno l'eguaglianza intesa come universalità e uniformità di regime giuridico e più l'eguaglianza cd. sostanziale, la cui realizzazione richiede spesso, o può richiedere, differenze di trattamento” (5). In qualche misura suggeriva un duplice accostamento: l'eguaglianza come uniformità meglio si attaglia alle libertà negative classiche,

(5) V. ONIDA, *Eguaglianza e diritti sociali*, in *Corte costituzionale e principio di eguaglianza*, in Atti del Convegno in ricordo di Livio Paladin, Padova 2 aprile 2001, Padova, 2002, 101 ss., citazione 102-103.

mentre l'eguaglianza come azione positiva più facilmente accompagna i diritti sociali.

Oggi la domanda si ripropone di fronte ai “nuovi diritti”? Quale tipo di concezione dell'eguaglianza nutre e alimenta la nuova generazione di diritti individuali espressione del principio di autodeterminazione del singolo? C'è un nesso tra l'insistenza sull'eguaglianza come non discriminazione e i nuovi diritti?

In queste pagine vorrei accostarmi a questi interrogativi utilizzando alcuni casi attinenti alla problematica della eguaglianza tra i sessi.

La scelta di questa tematica per gli studi in onore di Valerio Onida potrebbe apparire eccentrica, posto che all'interno della sua notevolissima produzione scientifica il tema dell'eguaglianza non rientra di certo fra quelli più ricorrenti⁽⁶⁾, e più specificamente quello dell'eguaglianza fra i sessi non appare affatto. La ragione è semplice ed intuitiva. Uno studioso può contribuire in molti modi a nutrire un concetto giuridico. C'è sicuramente il contributo del pensiero; ma non meno rilevante è la testimonianza personale nell'ambiente accademico e sociale. Uno sviluppo culturale è spesso frutto dell'uno e dell'altra. È sotto gli occhi di tutti quanto la piena eguaglianza di uomini e donne sia una convinzione profondamente radicata nell'opera accademica e civile di Valerio Onida. Con queste brevi pagine vorrei rendere omaggio a questo importante tratto del suo agire e del suo pensare, di cui — insieme a tanti — ho costantemente potuto beneficiare: scevro da ogni ombra di discriminazione e al contempo profondamente rispettoso dell'identità di ciascuna personalità.

3. *Dall'eguaglianza dei sessi all'eguaglianza di genere.*

Il divieto di discriminazione sulla base del sesso è stato un tema centrale del costituzionalismo del XX secolo e ha toccato trasversalmente molti settori della vita sociale. Se consideriamo, ad esempio, l'ambito dei diritti politici, la prima partecipazione delle donne al voto, che in Italia risale al referendum istituzionale del 1946, fu una vera e propria rivoluzione; eppure, ancora negli anni '60 la parità di accesso agli uffici pubblici era una meta tutta da conquistare⁽⁷⁾. Da allora molto tempo è passato, l'evo-

(6) A mia conoscenza, oltre allo studio sopra ricordato in tema di *Eguaglianza e diritti sociali*, occorre menzionare la relazione di sintesi su *Eguaglianza, Legalità e Costituzione*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, *Annuario 1998, Principio di eguaglianza e principio di legalità nella pluralità degli ordinamenti giuridici*, Atti del Convegno di Trieste, 17-18 dicembre 1998, Padova, Cedam, 1999, 261 ss.

(7) Si pensi al faticoso ingresso delle donne in magistratura, come mostrano la sentenza della Corte costituzionale n. 33 del 1960, seguita poi dalla legge n. 66 del 9 febbraio 1963.

luzione giuridica della eguaglianza dei sessi ha subito una forte accelerazione e oggi si sta dirigendo verso destinazioni inesplorate. L'evoluzione è stata talmente repentina da produrre esiti quasi paradossali. Esaurita la stagione della rivendicazione degli eguali diritti — soprattutto dei diritti politici delle donne e delle pari opportunità in ambito lavorativo — nonché quella della richiesta di diritti speciali delle donne — che vanno dalla tutela della maternità ai cosiddetti diritti riproduttivi — la più recente fase del dibattito dei diritti delle donne si è sviluppata nella prospettiva dell'*empowerment*, alla quale potrebbe ad esempio essere ricondotta la riforma dell'art. 51 della Costituzione italiana⁽⁸⁾.

Quali sono le preoccupazioni oggi dominanti? Paradossalmente, all'alba del XXI secolo nelle democrazie occidentali sembra quasi che il problema dell'eguaglianza uomo/donna sia passato in secondo piano — nel mondo giuridico, ma non nella realtà sociale — sovrastato da altri temi che occupano le prime pagine dei media, attinenti ad altri aspetti dell'identità sessuale.

Negli anni più recenti, il successo dei “*gender studies*” e delle “*gender theories*”, che attribuiscono sempre minore significato al fatto in sé della differenza di sesso, hanno impresso una decisa virata del dibattito pubblico verso le tematiche delle discriminazioni sulla base del gender e dell'orientamento sessuale. Nell'ambito di queste più recenti concezioni la stessa nozione di differenza sessuale appare un pezzo di repertorio ormai obsoleto. Ecco allora che l'agenda politica risulta dominata da nuove problematiche connesse alle differenze sessuali: da un lato la tematica dell'identità di genere, con particolare riferimento ai diritti delle persone *LGTB - lesbian, gay, transexual and bisexual*; e dall'altra quella del divieto delle discriminazioni sulla base dell'orientamento sessuale, con particolare riferimento al problema delle unioni omosessuali.

Nelle pagine che seguono vorrei sviluppare alcune considerazioni intorno a due tendenze che mi pare ricorrano nelle più significative evoluzioni giuridiche dell'identità sessuale dei tempi odierni. La prima: l'attuale prevalente approccio al “gender” sta conducendo i nostri sistemi giuridici verso una concezione dell'io “disincarnato”, o meglio “*un-encumbered*”. La seconda: gli sviluppi più recenti del principio di non-discriminazione dirigono l'universo giuridico verso le *differenze indifferenti*, dove il diritto vorrebbe essere una cornice neutrale — indifferente, appunto — rispetto alle diversità presenti nella realtà effettuale.

(8) Legge costituzionale 30 maggio 2003, n. 1. Un prospettiva analoga, in ambito diverso, sembra ripresa dalla proposta di legge S. 2482 in discussione in Parlamento, in tema di parità di accesso negli organi di amministrazione e di controllo delle società quotate.

4. *Verso un individuo disincarnato.*

Da molti anni ormai anche nel linguaggio giuridico è stata introdotta la nozione di gender affianco a, o in sostituzione del, più tradizionale riferimento al sesso, specie nell'ambito delle normative sull'eguaglianza e sulla non discriminazione. Nonostante nel linguaggio corrente i due termini "sesso" e "genere" vengano utilizzati in modo interscambiabile, in realtà il loro significato è assai diverso, il primo essendo riferito a un dato corporeale, il secondo essenzialmente a una scelta elettiva. Come è stato osservato, "sesso indica il fenomeno empirico e la condizione naturale (intesa in senso biologico) della differenza fisica uomo/donna (si parla di differenza sessuale); gender indica la rappresentazione psicologico simbolica, il condizionamento sociale e la costruzione storico culturale dell'identità maschile/femminile (a prescindere dalla considerazione della natura)"⁽⁹⁾.

Detto diversamente e parafrasando una famosa frase di Simone de Beauvoir, frequentemente citata nei gender studies, "donna non si nasce, lo si diventa"⁽¹⁰⁾: cioè a dire che se il sesso indica un essere — donne o uomini — come dato, il genere indica un divenire — maschio o femmina —. In molte decisioni giurisprudenziali i due termini si trovano interscambiati, mentre negli atti normativi, specie di origine europea, accanto alla menzione del sesso è da qualche tempo comparsa anche la nozione di orientamento sessuale o di tendenza sessuale. Più specificamente, nell'ordinamento dell'Unione europea il riferimento all'orientamento sessuale è stato introdotto per la prima volta con il Trattato di Amsterdam del 1997 e oggi dopo l'entrata in vigore del trattato di Lisbona si ritrova nell'art. 19 (ex 13 TCE) TFUE nonché nell'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, dove sono elencati numerosi divieti di discriminazione, tra cui quello fondato sulla base del sesso e quello determinato dall'orientamento sessuale.

Nei testi giuridici si può notare talvolta un uso promiscuo dei due termini, ma in vero essi indicano due modalità diverse — e nelle evoluzioni più recenti financo alternative — di guardare all'identità sessuale e che possono entrare in reciproca tensione.

Il terreno sui cui le divergenze tra sesso e genere, o sesso e orientamento sessuale hanno posto alcuni interessanti problemi giuridici è quello dei diritti delle persone transessuali⁽¹¹⁾. In questo ambito può essere utile

⁽⁹⁾ L. PALAZZANI, *Identità di genere?*, Torino, 2007, 30; sempre sul genere come costruzione sociale si veda A.M. MOONEY-COTTER, *Gender Injustice. An International Comparative Analysis of Equality in Employment*, Aldershot, Ashgate, 2004, 6 ss.

⁽¹⁰⁾ S. DE BEAUVOIR, *Il secondo sesso*, tr. it. di R. Cantini e R. Andreose, Il Saggiatore, Milano, 1991, 325.

⁽¹¹⁾ In tema E. CRIVELLI, *I transessuali e il diritto europeo*, in M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione*, Bologna, Il Mulino, 2007.

confrontare alcune delle prime decisioni, risalenti alla metà degli anni '80, con alcune sentenze più recenti, perché il paragone ci consentirà di apprezzare una significativa trasformazione.

Prendiamo le mosse da un caso italiano, deciso dalla Corte costituzionale con sentenza n. 161 del 1985. Il problema affrontato dalla Corte costituzionale riguardava la richiesta di modificare i dati anagrafici di una persona in seguito alla modificazione dei suoi caratteri sessuali.

La problematica è stata disciplinata dal legislatore con la legge n. 164 del 1982⁽¹²⁾ che consente la rettifica dei dati anagrafici non solo nei casi di indeterminatezza sessuale o intersessualità che a volte si riscontrano alla nascita, ma anche quando il corpo ha in sé e per sé un sesso determinato, ma la persona soffre di psicosessualità, cioè sente di appartenere al sesso diverso da quello del suo corpo. La Corte costituzionale, con la decisione del 1985⁽¹³⁾, ha in buona sostanza assecondato le scelte del legislatore.

Può essere rilevante rileggere alcuni passaggi dell'argomentazione della Corte, primo fra tutti quello in cui si dice che occorre accogliere un "concetto di identità sessuale nuovo e diverso rispetto al passato, nel senso che [...] viene conferito rilievo non più esclusivamente ad organi genitali esterni [...] *ma anche* ad elementi di carattere psicologico e sociale". La Corte assume cioè un concetto di identità sessuale come "dato complesso della personalità, determinato da un insieme di fattori, dei quali deve essere agevolato o ricercato l'equilibrio, privilegiando — poiché la differenza tra i due sessi non è qualitativa, ma quantitativa — il o i fattori dominanti". Alla luce di questa concezione la Corte sottolinea che la scienza medica considera che "il transessuale, più che compiere una scelta propriamente libera, obbedisce ad una esigenza incoercibile, alla cui soddisfazione è spinto e costretto dal suo "naturale" modo di essere". Tutto il ragionamento della Corte e la *ratio* della legge esaminata assumono che la sindrome transessuale, determinata da una divaricazione tra l'identità del corpo e quella psicologica, pregiudichi la salute e il benessere della persona⁽¹⁴⁾, che ha biso-

(12) Emanata in seguito alla sentenza della Corte costituzionale n. 98 del 1979, con la quale la Corte aveva ritenuto di non poter dare ingresso a un diritto costituzionale all'identità sessuale sulla base di una — allora consolidata — lettura "chiusa" dell'art. 2 della Costituzione. Su tale decisione si vedano le osservazioni critiche di S. BARTOLE, *Transessualismo e diritti inviolabili dell'uomo*, in *Giurisprudenza costituzionale* 1979, 1178 ss. E M. DOGLIOTTI, *Identità personale, mutamento di sesso e principi costituzionali*, in *Giurisprudenza italiana*, 1981, I, 1, 27 ss.

(13) Sulla sent. n. 161 del 1985 della Corte costituzionale si vedano i commenti di S. PATTI, *Commento a Corte cost. 6 maggio 1985, n. 161*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1986, 349-352 e M. DOGLIOTTI, *La Corte costituzionale riconosce il diritto all'identità sessuale*, in *Giur. It.*, 1987, I, 1, 235-243.

(14) Questi aspetti della legislazione sono sottolineati da B. PEZZINI, *Transessualismo, salute e identità sessuale*, in *Rassegna di diritto civile*, 1984, 465 ss., nonché L. TRUCCO, *In-*

gno di intraprendere una specifica terapia ed eventualmente di sottoporsi ad intervento chirurgico. In questa prospettiva la rettificazione dei dati all'anagrafe sarebbe una conseguenza dovuta al termine di un lungo processo medico e legale, in cui hanno un grande rilievo le valutazioni dei medici e anche quelle dell'autorità pubblica: un dettaglio non irrilevante della legge, infatti, è che essa esige un'autorizzazione del giudice⁽¹⁵⁾, preventiva rispetto all'intervento chirurgico volto ad adeguare il soma alla psiche.

Paragoniamo ora questa impostazione del problema ad un caso che verte su una questione sostanzialmente identica a quella decisa dalla Corte costituzionale nel 1985, portato questa volta davanti alla Corte europea dei diritti dell'Uomo dalla sig.ra Christine Goodwin e deciso nel luglio del 2002⁽¹⁶⁾. Anche in questo caso si trattava del problema dell'adeguamento dei dati anagrafici di un transessuale che si era sottoposto a terapie ormonali prima e a un intervento chirurgico poi. Dopo una lunga e tormentata vicenda giudiziaria, la Corte europea riconosce che il sistema inglese — che da un lato permette l'operazione chirurgica per la demolizione e la ricostruzione degli organi sessuali per il cambiamento di sesso con il sostegno del servizio sanitario e dall'altra non permette la correzione dei dati anagrafici in seguito all'operazione — determini una violazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. La schizofrenia dell'ordinamento britannico su questo punto era sotto i riflettori europei da molto tempo⁽¹⁷⁾ e dunque la decisione Goodwin è stata accolta con particolare favore.

Interessante ai fini che qui interessano è ripercorrere alcuni passaggi della motivazione della sentenza.

Da un lato la Corte sottolinea che dal punto di vista medico scientifico “rimane il problema che riguardo al transessualismo la scienza non è giunta a risultati definitivi e, in particolare, non è giunta a definire se esso sia un fenomeno interamente psicologico o se sia associato a un fisica diffe-

roduzione allo studio dell'identità individuale nell'ordinamento costituzionale italiano, Torino, Giappichelli, 2004, 197-203.

⁽¹⁵⁾ Gli aspetti problematici di tale autorizzazione sono esaminati da P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione*, Milano, Giuffrè, 2007, 60 ss.

⁽¹⁶⁾ Corte europea dei diritti dell'uomo, 11 luglio 2002, Christine Goodwin, n. 28957/95. In proposito si veda L. TRUCCO, *Il transessualismo nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo alla luce del diritto comparato*, in *Dir. Pubbl. Comp. ed Eur.*, 2003, 371 ss.

⁽¹⁷⁾ Corte europea dei diritti dell'uomo 17 ottobre 1986, Rees contro Regno Unito, serie A, n. 106; 27 settembre 1990, Cossey contro Regno Unito, serie A n. 184; 22 aprile 1997, X, Y, Z; 30 luglio 1998, Sheffield e Horsham contro Regno Unito, 31-32/1997/815-816/1018-1019. Successivamente al caso Goodwin è poi intervenuta sul sistema inglese anche la Corte di Giustizia europea di Lussemburgo, con decisione 7 gennaio 2004, C-117/01, K.B. Sul punto di nuovo L. TRUCCO, *Transessuali e Regno Unito: anche la Corte di Giustizia censura i britannici*, in *Dir. Pubbl. Comp. ed Eur.*, 2004, 825 ss.

renziamento cerebrale”. In questo contesto di incertezza scientifica “la Corte considera più significativo il fatto che il transessualismo abbia ricevuto un ampio riconoscimento a livello internazionale” e che sempre più frequentemente si parli di “*gender identity disorder*”⁽¹⁸⁾ piuttosto che di transessualismo.

Coerentemente con la sottolineatura di queste incertezze medico-scientifiche, il ragionamento della Corte europea abbandona la problematica del diritto alla salute e si sposta su tutt’altro piano. Il perno della decisione della Corte europea è infatti l’art. 8 della Convenzione — quello che riconosce il diritto al rispetto della vita privata, e che costituisce la più prolifica fonte di produzione dei nuovi diritti di ultimissima generazione, particolarmente fiorenti in questa prima decade del XXI secolo. Da tale disposizione la Corte evince un vero e proprio diritto alla autonomia personale o all’autodeterminazione, che le istituzioni pubbliche debbono garantire non solo astenendosi dall’interferire con le scelte di vita privata, ma anche provvedendo al loro riconoscimento giuridico in positivo. Dall’art. 8 deriverebbe, dunque, una obbligazione positiva dello Stato al riconoscimento giuridico delle scelte frutto dell’autonomia privata individuale. Qui diventa rilevante definire il contenuto dell’autonomia individuale come protetto dalla Convenzione. La Corte ritiene che “in base all’art. 8 della Convenzione, in cui la nozione di *autonomia personale* è un principio portante [...], è garantita una protezione a una sfera personale di ciascun individuo, compreso *il diritto di stabilire i dettagli della propria identità*, come essere umano individuale”. E ancora, nel prosieguo del ragionamento, la Corte afferma che “ci si può ragionevolmente attendere da una società la capacità di tollerare qualche inconveniente [il riferimento è alle complicazioni burocratiche che il diritto alla rettificazione dei dati anagrafici comporta nel sistema britannico, dove è sconosciuto l’uso di documenti di identità simili alla “carta d’identità”] per permettere ai singoli di vivere dignitosamente in armonia con *l’identità sessuale da loro scelta con non pochi costi personali*”⁽¹⁹⁾.

Dal punto di vista dell’esito, le due decisioni — quella della Corte costituzionale italiana del 1985 e quella della Corte europea dei diritti dell’Uomo del 2002 nel caso Goodwin — sembrano paragonabili e parrebbe persino che l’Italia abbia preceduto — e di gran lunga — gli orientamenti europei in tema di riconoscimento di “nuovi diritti”. Entrambe le decisioni riconoscono infatti che ad ogni persona transessuale che abbia subito un intervento chirurgico di trasformazione degli organi sessuali debba essere

⁽¹⁸⁾ Corte europea dei diritti dell’uomo, 11 luglio 2002, Goodwin, cit., par. 81. I diritti dei transessuali erano già stati iscritti nell’ambito dell’art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo in casi pregressi. Si veda ad esempio Corte europea dei diritti dell’uomo, 25 marzo 1992, B. v. France, n. 13343/87.

⁽¹⁹⁾ Corte europea dei diritti dell’uomo, Goodwin, cit., par. 91.

garantita la possibilità di ottenere la rettificazione anagrafica del sesso nei registri dello stato civile e in generale nei documenti di identità.

Tuttavia, se non ci arrestiamo agli effetti immediati delle due decisioni, ma le leggiamo in filigrana per cogliere l'immagine di persona umana che esse sottintendono, le due decisioni appaiono molto distanti. La decisione della Corte italiana si muove verso il riconoscimento della complessità della persona umana e, accogliendo i risultati della scienza e della medicina, guarda alle diverse componenti fisiche e psicologiche, corporee e spirituali⁽²⁰⁾, cercando di favorirne la strutturale unità. Nella decisione della Corte europea è piuttosto l'elemento volontaristico ad avere predominanza, con una netta svalutazione del dato fisico. In questa seconda logica l'identità non è data, ma è scelta: ciò che rileva — secondo la Corte europea — è chi si vuole diventare, indipendentemente dalle indicazioni che provengono dal corpo.

Gli sviluppi giuridici successivi hanno proseguito lungo la strada abbozzata dalla Corte europea nel caso Goodwin, cosicché l'identità sessuale — apparentemente quanto di più legato al corpo — si trova oggi, al termine di un percorso giuridico complesso, ma assai concentrato in un breve arco temporale, svincolata dalle componenti fisiche per elevarsi a scelta individuale. L'identità sessuale — ma oggi dovremmo dire di genere — si trova dunque ascritta alla sfera dell'autonomia individuale. Nella libertà positiva — o "autodeterminazione" — la libertà dalle costrizioni esterne diviene assenza di legami e liberazione da ogni forma di condizionamento relazionale e fattuale.

Se l'avventura dovesse proseguire in questa direzione, l'identità sessuale potrebbe al limite essere del tutto indipendente e svincolata da una determinata struttura corporea: "sta avvenendo un radicale e sinora sconosciuto sradicamento di principio dall'identità sessuale dalla sua base corporea e perciò da ogni condizionamento strutturale. [...] Il possesso di organi sessuali differenziati non rappresenta più di per sé un'indicazione e non condiziona (non deve farlo) lo sviluppo sessuale dell'essere umano, il quale può prendere indifferentemente e legittimamente qualsiasi direzione. L'identità sessuale diviene a tutti gli effetti una scelta, un'opzione"⁽²¹⁾.

Le punte più radicali dei *gender studies* non hanno esitazioni a questo proposito: per Judith Butler «anche il corpo è una costruzione», dal momento che è privo di «un'esistenza significabile prima della marca del ge-

⁽²⁰⁾ Così notano i vari commentatori. Si veda ad esempio E. ROSSI, *Il diritto all'identità sessuale tra ordinamento interno ed europeo*, in *Diritti e Costituzione*, Milano, 2003, 193-224, a 213.

⁽²¹⁾ C. DI MARTINO, *Le evidenze dell'esperienza*, in *Famiglia e DiCo: una mutazione antropologica*, Lecco, 2007, 15 ss., 19.

nera»⁽²²⁾, e di conseguenza «non vi è alcuna identità di genere al di sotto delle espressioni del genere; quell'identità — conclude Butler — è performativamente costituita dalle stesse “espressioni” che, si dice, ne sono il risultato»⁽²³⁾.

In questa prospettiva non è privo di significato sottolineare che le nuove frontiere delle legislazioni europee in materia di rideterminazione anagrafica del genere prevedono due ulteriori tappe: *a) la cd. piccola soluzione*, vale a dire la possibilità di ottenere la rettifica del nome sui documenti anagrafici, anche senza che sia avvenuto l'intervento chirurgico di adeguamento delle caratteristiche del corpo al genere di elezione-soluzione già in vigore in Germania ad esempio⁽²⁴⁾; *b) la cd. grande soluzione*, consistente nella possibilità di ottenere la rettifica anagrafica del genere, oltre che del nome, sempre in mancanza di aggiustamento per via chirurgica del sesso al genere, ma più semplicemente dopo due anni di vita continuativa nello stile del genere prescelto e con certificato medico che accerti la “disforia di genere”. In questa direzione già opera la più recente legislazione della Spagna⁽²⁵⁾ e del Regno Unito⁽²⁶⁾.

In queste legislazioni di “avanguardia”, l'identità di genere si libera definitivamente dai connotati corporali, e si afferma indipendentemente da esso.

C'è qualcosa di paradossale, agli occhi del costituzionalista, in questa nuova frontiera dei diritti individuali che tende a prescindere dal corpo per l'affermazione della persona, o forse addirittura a disprezzarlo come ingombro per la piena affermazione del soggetto. C'è qualcosa di paradossale, perché le prime luci sui diritti della persona hanno preso le mosse, invece, proprio dal valore del corpo: l'*habeas corpus* è il primo e più diffuso dei diritti umani, sin dalla Magna Charta del 1215. Mettere il corpo al riparo dal potere ha coinciso con l'avvio di un lungo percorso verso l'affermazione della libertà nella storia della civiltà umana. Ancora oggi la libertà personale, nell'art. 13 della Costituzione italiana e in tanti altri testi sui diritti, significa anzitutto *habeas corpus*.

Oggi quel percorso di libertà continua e negli anni più recenti progredisce rapidamente in nome dell'autonomia individuale, o della libera autodeterminazione, ricavato nella penombra del cd. diritto alla privacy. Tuttavia

⁽²²⁾ J. BUTLER, *Scambi di genere. Identità, sesso e desiderio*, tr. it. di R. Zuppet, Sansoni, Milano, 2004, 12.

⁽²³⁾ J. BUTLER, *Scambi di genere*, cit., 33.

⁽²⁴⁾ Transsexuellengesetz, 10 settembre 1980.

⁽²⁵⁾ Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas <http://www.boe.es/boe/dias/2007/03/16/pdfs/A11251-11253.pdf>.

⁽²⁶⁾ Gender Recognition Act 2004, <http://www.statutelaw.gov.uk/content.aspx?active-TextDocId=912401> Nello stesso senso spinge anche la Risoluzione dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa, n. 1728 del 29 aprile 2010.

nella narrativa giuridica contemporanea la libertà si risolve pressoché interamente nella libertà di scelta, protetta dal diritto alla privacy appunto. Il soggetto diviene pura volontà. Il paradosso per il costituzionalista è che la meta verso cui questo viaggio della libertà individuale sembra correre sempre più velocemente è quello dell'affermazione di un io disincarnato, astratto, una fantasma di sé, in cui il corpo non conta, o forse peggio può essere di disturbo. Sembra che la cultura giuridica (e non) contemporanea fatichi a tenere uno sguardo aperto sull'uomo integrale, sull'uomo tutto intero, in tutta la verità della sua soggettività spirituale e corporale. Il soggetto dei nuovi diritti sembra un essere disincarnato, *unencumbered*, per usare una felice espressione di Michael Sandel⁽²⁷⁾: non solo liberato ed emancipato dalle relazioni sociali, famigliari, e relazionali in generale, ma persino dal suo stesso corpo. Un io *in-dipendente*, che rifiuta cioè ogni dipendenza fattuale e relazionale, incapace di cogliere in ciò che è dato una potenzialità, e tutto teso a convogliare le sue energie per liberarsi dai fattori — personali, relazionali, tradizionali e materiali — che non abbia egli stesso autonomamente deciso, scelto e costruito. Compreso il proprio corpo.

5. Verso le differenze indifferenti.

Coerente corollario di questa linea culturale è che, come si sceglie l'identità sessuale, così si deve poter scegliere il modello di convivenza che soggettivamente si riconosce più confacente, non solo in uno spazio di libertà di fatto, ma con pieno riconoscimento positivo da parte dell'ordinamento giuridico. Dunque, benché concettualmente autonome e distinte, le rivendicazioni dei diritti dei transessuali — o meglio dei trans-gender, variante più recente ed evoluta della medesima problematica — hanno preparato la strada alle richieste di equiparazione delle convivenze omosessuali all'istituto giuridico del matrimonio.

In vero, si tratta di questioni distinte, per la ragione decisiva che — e non è il caso di attardarsi su questo — l'omosessualità è un fenomeno diverso dalla transessualità. Non a caso i diritti dei transessuali hanno trovato facilmente spazio nell'ambito delle norme poste a tutela delle discriminazioni sulla base del sesso, mentre in riferimento agli omosessuali si è ritenuto necessario introdurre nuovi e specifici divieti di discriminazione, quelli basati sull'orientamento sessuale⁽²⁸⁾, appunto. Eppure

⁽²⁷⁾ MICHAEL J. SANDEL, *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2nd ed. 1998, pp 178-183.

⁽²⁸⁾ La Corte di giustizia europea nel caso Grant, C-249/96 del 17 febbraio 1998 ritiene di non dover estendere il divieto di discriminazione sulla base del sesso alla discriminazione delle coppie omosessuali, mentre — sulla scorta delle Conclusioni dell'Avv. Gen.

si tratta di problematiche profondamente intrecciate l'una all'altra per diversi motivi.

La prima considerazione, che appare anche in superficie, è che sin dai primi casi giudiziari riguardanti i transessuali le richieste di rettificazione anagrafica del sesso conseguente (o meno) all'intervento chirurgico erano in molti casi connessi al problema della convivenza con un partner. Ottenere la correzione dei dati anagrafici significava permettere alla persona interessata di accedere al matrimonio con il partner — del suo stesso sesso originario, e di sesso opposto a quello da lui o da lei acquisito — che altrimenti gli/le sarebbe rimasto precluso. Considerato che l'eterosessualità è tuttora un requisito per la validità del matrimonio nella stragrande maggioranza degli ordinamenti giuridici, in mancanza di rettificazione del sesso i transessuali rimanevano privi della possibilità di sposarsi. Questa è la problematica affrontata, ad esempio, nel caso K.B., risolto dalla Corte di giustizia europea nel 2004⁽²⁹⁾, dove l'interessato lamentava di non poter godere della pensione di reversibilità del proprio convivente deceduto, con il quale non aveva mai potuto contrarre matrimonio proprio per l'impossibilità di ottenere la rettificazione anagrafica del sesso, all'epoca ancora non consentita nell'ordinamento inglese.

Più significativo, però, è osservare che è proprio sul terreno dei diritti dei transessuali che si è celebrato il divorzio tra sesso e genere — tra identità corporale e identificazione di ruolo psicologico-sociale — divorzio che è anche alla base del pur diverso fenomeno della omosessualità. Senza l'affrancamento del genere dal sesso sarebbe stato impensabile il successo delle richieste di riconoscimento giuridico⁽³⁰⁾ delle coppie omosessuali. Viceversa, una volta ammesso che si può scegliere indifferentemente di interpretare il ruolo maschile o femminile del tutto a prescindere dall'appartenenza sessuale, ossia indipendentemente dal fatto di essere nati uomini o donne, allora può essere altrettanto indifferente la scelta di legarsi con individui di sesso diverso o dello stesso sesso: di qui la richiesta di equiparazione delle

Tesauro, a partire dal caso P.S. e Cornwall County Council, C-13/94, 30 aprile 1996 sembrava aver definitivamente incluso i diritti degli omosessuali nella discriminazione sulla base del sesso. Come si è detto, è con il trattato di Amsterdam che il divieto di non discriminazione viene esplicitamente esteso anche alle discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale (art. 13 TCE). Sul punto si veda P. PALLARO, *Il divieto di discriminazioni fondate sul sesso, fra transessualismo e libertà di orientamento sessuale*, in *Dir. Com. Scambi Intern.*, 1998, 609 ss.

⁽²⁹⁾ Corte di giustizia europea sentenza 7 gennaio 2004, C-117/01, K.B.

⁽³⁰⁾ Altra e diversa questione è la rimozione delle sanzioni penali per i comportamenti omosessuali tra adulti consenzienti che si muove sul diverso terreno della richiesta della rimozione degli ostacoli alla libertà di fatto. Su questa distinzione tra libertà tollerate e libertà rispettate o positivamente avvalorate dall'ordinamento si veda M. SANDEL, *Moral Argument and Liberal Toleration*, in *California Law Review*, 1989, vol. 77, 521 ss.

unioni etero e omosessuali. Meglio: se l'ordinamento deve proteggere le libertà di scelta del genere indipendentemente dal sesso (come nel caso dei diritti dei transessuali e dei transgender), allora l'ordinamento deve anche proteggere le relazioni affettive e le convivenze che essi desiderano costruire, senza distinguere chi siano o che preferenze sessuali abbiamo i due partner.

Del resto l'identità attiene profondamente alla dimensione relazionale della persona, cosicché ogni trasformazione dell'identità si riverbera inevitabilmente sulle forme dell'interazione con l'altro, sulle modalità della convivenza e sulla capacità stessa di accogliere l'altro da sé.

In questo ambito le più recenti innovazioni legislative e giurisprudenziali a livello europeo stanno rapidamente evolvendo verso un duplice obiettivo.

La prima tappa — già compiuta da molti paesi del vecchio continente — è costituita dall'approvazione di una legislazione che riconosce il valore giuridico alle unioni civili registrate, aperte anche alle coppie omosessuali e ad esse prevalentemente indirizzate. La seconda — ancora appannaggio di pochissimi ordinamenti in tutto il mondo — è data dall'assimilazione del regime giuridico di tali unioni civili omosessuali al matrimonio.

Quanto al primo punto vorrei qui richiamare essenzialmente la sentenza della Corte costituzionale italiana n. 138 del 2009 e la sentenza *Schalk and Kopf versus Austria* della Corte europea dei diritti dell'Uomo del 24 giugno 2010⁽³¹⁾.

Quanto alla situazione italiana, la Corte ha escluso l'equiparazione delle coppie omosessuali alla famiglia fondata sul matrimonio. Essa ha infatti rigettato la questione proposta in riferimento all'art. 29 della Costituzione che tutela la famiglia e il matrimonio, in quanto "il paradigma eterosessuale del matrimonio è iscritto nella Costituzione". Di conseguenza, nell'ordinamento italiano non si potrà introdurre il matrimonio omosessuale per via legislativa o per sentenza, dati i chiari vincoli costituzionali, come correttamente è stato osservato dai commentatori più leali⁽³²⁾. Vice-

⁽³¹⁾ Corte europea dei diritti dell'Uomo, 24 giugno 2010, *Schalk and Kopf versus Austria*, n. 30141/04.

⁽³²⁾ A. PUGIOTTO, *Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, in http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0226_pugiotto.pdf. La Corte infatti, esplicitamente afferma che "la normativa del codice civile che contempla esclusivamente il matrimonio tra uomo e donna, non può considerarsi illegittima sul piano costituzionale ... sia perché essa trova fondamento nel citato art. 29 Cost., sia perché la normativa medesima non dà luogo ad una irragionevole discriminazione, in quanto le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio". Altri hanno, invece, sostenuto che la decisione della Corte non preclude la possibilità di introdurre il matrimonio omosessuale per via legislativa, in base

versa, la Corte costituzionale ha ascritto le unioni omosessuali nell'ambito delle formazioni sociali protette dallo spazio di libertà garantito dall'art. 2 Cost., ed eventualmente regolate dal legislatore: "Per formazione sociale deve intendersi ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico. In tale nozione è da annoverare anche l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il fondamentale diritto di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone — nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge — il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri" (33).

Una simile posizione si ritrova nella sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, di poco successiva a quella italiana, nel caso *Schalk and Kopf v. Austria*.

Anche in questo caso i fatti sono molto semplici e molto simili a quelli che hanno condotto alla decisione della Corte costituzionale italiana: una coppia omosessuale, avendo chiesto e non ottenuto il matrimonio presso le autorità civili austriache e dopo aver presentato ricorso davanti a tutte le autorità giurisdizionali nazionali — Corte costituzionale compresa — senza ottenere soddisfazione alla propria richiesta, lamenta davanti alla Corte di Strasburgo una discriminazione, per non essere ammessa al godimento del diritto di sposarsi e costituire una famiglia in base all'art. 12 della Convenzione e in subordine contesta una violazione degli art. 8 e 14, il primo che protegge il diritto al rispetto della vita privata e familiare e il secondo che stabilisce il generale principio di non discriminazione.

La posizione della Corte europea è così articolata.

Anzitutto si afferma che il diniego del matrimonio omosessuale da parte delle autorità austriache non determina alcuna violazione dell'art. 12 della Convenzione, in quanto tale disposizione riserva espressamente e deliberatamente il diritto di sposarsi e costituire una famiglia a "uomini e donne", cioè a coppie eterosessuali. Qui la Corte offre una interpretazione dell'art. 12 della Convenzione che contiene un duplice principio: secondo la Corte, il riferimento a "uomini e donne" contenuto nella previsione riguardante il diritto di sposarsi esclude che la Convenzione imponga agli Stati membri l'obbligo di riconoscere il matrimonio omosessuale e tuttavia, prosegue la Corte, tale riferimento non vale ad impedire che sia riconosciuto liberamente dai legislatori nazionali. Nell'interpretazione accolta

ad una interpretazione ad avviso di chi scrive non del tutto fedele al testo della motivazione della decisione della Consulta. Si veda ad es. B. PEZZINI, *Il matrimonio same sex si potrà fare*, in <http://www.rivistaaic.it/sites/default/files/rivista/articoli/allegati/Pezzini01.pdf>.

(33) Corte costituzionale sent. n. 138 del 2010, par. 8.

dalla Corte europea la Convenzione non impone, ma nemmeno vieta il matrimonio omosessuale: piuttosto, lo permette⁽³⁴⁾.

Tuttavia, prosegue la Corte, le coppie omosessuali anche se non godono della protezione dell'art. 12, debbono essere considerate una forma di "famiglia" — qui la Corte sembra recepire la nota distinzione da tempo diffusa in dottrina tra "famiglia" e "famiglie" — e quindi rientrano sotto la protezione dell'art. 8, nella parte in cui quest'ultima disposizione tutela la vita familiare. In questo modo la Corte sembra incoraggiare lo sviluppo a livello nazionale di legislazioni che regolino le unioni registrate, in modo da assicurare un riconoscimento giuridico anche alle coppie omosessuali.

Dunque, nei mesi più recenti sembrano pervenire indicazioni concordanti e dai giudici europei e da quelli nazionali circa le unioni registrate omosessuali, senza estendere il matrimonio alle coppie omosessuali e senza equiparare il regime giuridico delle unioni omosessuali registrate al matrimonio in tutti i suoi aspetti — almeno stando a quanto emerge dalle posizioni espresse dalla Corte italiana e dalla Corte europea dei diritti dell'Uomo.

6. *Il contributo del diritto dell'Unione europea.*

A questo proposito, tuttavia, occorre tenere presente un altro fattore, che potrebbe incidere significativamente sull'equilibrio suggerito dalla Corte costituzionale italiana e dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Si tratta di una spinta proveniente soprattutto dall'ordinamento dell'Unione europea che in molti ambiti è incline a privilegiare una concezione di eguaglianza che tende alla parificazione giuridica e all'uniformità della regolazione⁽³⁵⁾; una spinta significativa, considerato che il diritto dell'Unione eu-

(34) Cioè a dire che secondo la Corte europea dei diritti il fatto che l'art. 12 riferisca il diritto di sposarsi alle coppie eterosessuali non impedisce agli Stati membri che lo desiderano di riconoscere il matrimonio omosessuale. La Corte sembra allinearsi agli orientamenti dell'Unione europea, la cui Carta dei diritti fondamentali all'art. 9 evita intenzionalmente ogni riferimento a uomini e donne per lasciare aperta la possibilità del matrimonio omosessuale. Nonostante la più indeterminata formulazione testuale dell'art. 9 della Carta dell'Unione rispetto all'art. 12 della Convenzione, la Corte europea dei diritti attribuisce a quest'ultimo la medesima valenza del primo sul piano interpretativo. Questa interpretazione è stata giustamente contestata in una opinione dissenziente dei giudici Malinverni e Kovler, in quanto non tiene in adeguata considerazione la differenza testuale tra l'art. 9 della Carta dell'Unione europea e l'art. 12 della Convenzione.

(35) Sono debitrice nei confronti di Laura Cappuccio, dell'Università di Napoli, per molte delle osservazioni sviluppate nel testo in riferimento al principio di non discriminazione nel diritto dell'Unione europea. Le conversazioni che periodicamente, ma regolarmente, intratteniamo in occasione delle ricerche per Euroscopio, www.forumcostituzionale.it, sono una costante sorgente di arricchimento e di stimolo alla riflessione. Naturalmente resto io sola responsabile delle opinioni espresse in questo lavoro e di tutte le incompiutezze e imprecisioni.

ropea è ormai intrecciato strettamente sia con i sistemi giuridici nazionali, sia con quello della Convenzione europea, specie dopo l'entrata in vigore del trattato di Lisbona.

Se prendiamo in considerazione alcuni casi in cui sono state chiamate a pronunciarsi sia la Corte di Giustizia europea sia la Corte costituzionale italiana in tema di eguaglianza dei sessi, non sarà difficile accorgersi della diversa sensibilità manifestata dalle due Corti.

Si pensi ad esempio al diverso processo argomentativo che ha guidato la Corte costituzionale italiana e la Corte di Giustizia nella risoluzione di un identico caso — identità comprovata dal fatto che si trattava di un doppio rinvio pregiudiziale da parte del Tribunale di Milano — risolto dalla Corte Costituzionale con sent. n. 86 del 2009 e dalla Corte di giustizia nel caso C-217/08. Il caso riguardava la mancata equiparazione del convivente al coniuge a fini previdenziali. La Corte italiana parte dalla considerazione che già “ha ripetutamente posto in evidenza la diversità tra famiglia di fatto e famiglia fondata sul matrimonio, in ragione dei caratteri di stabilità, certezza, reciprocità e corrispettività dei diritti e doveri che nascono soltanto da tale vincolo, individuando le ragioni costituzionali che giustificano un differente trattamento normativo tra i due casi nella circostanza che il rapporto coniugale trova tutela diretta nell'art. 29 Cost.” (par.2). La Corte italiana sembra rifarsi proprio al pluralismo sociale, per cui vi sono diverse modalità di costruire una comunità di affetti, e quindi diverse situazioni giuridiche da prendere in considerazione, che non debbono essere omologate. La Corte di giustizia rigetta la questione perché, per come proposta, non ravvisa alcun collegamento con il diritto comunitario. Ma se avesse deciso di entrare nel merito, l'esito sarebbe stato probabilmente divergente. In linea generale, la Corte di giustizia tende a diffidare di ogni differenziazione giuridica, temendo — forse — che ogni differenziazione possa trascinare in una discriminazione ingiusta. Questa affermazione si può meglio comprendere se si guarda all'orientamento prevalente della giurisprudenza comunitaria in tema di non discriminazione sulla base del sesso e dell'orientamento sessuale.

Un chiaro esempio dove si coglie la diversa sensibilità della Corte costituzionale italiana rispetto alla Corte di Giustizia europea è quello dell'età pensionabile di donne e uomini. Tradizionalmente la legislazione italiana offre la possibilità alle donne di accedere ai trattamenti pensionistici ad una età precoce rispetto a quella fissata per gli uomini: per le une, l'età minima pensionabile è stabilita a 60 anni, mentre per gli uomini è fissata a 65⁽³⁶⁾. Si tratta di una misura di favore per le donne, pensata per raffor-

⁽³⁶⁾ Nelle more della pubblicazione tutto il sistema pensionistico è stato sottoposto dal legislatore ad una profonda revisione, che modifica anche la soglia di età per l'accesso ai trattamenti previdenziali.

zare la tutela di una categoria, quella delle donne lavoratrici, tradizionalmente “debole”, tanto che la legislazione consente, ma non obbliga, le donne al pensionamento precoce. Questa normativa in passato era stata sottoposta, a varie riprese, al vaglio della Corte costituzionale italiana, la quale aveva sempre respinto ogni censura di incostituzionalità⁽³⁷⁾, proprio in considerazione del fatto che la differenziazione legislativa era animata da un *favor* nei confronti delle donne, quasi a compensare gli eventuali svantaggi che le donne possono aver patito nella loro vita professionale. Rispetto a questa normativa, la Corte di giustizia europea ha assunto una posizione diversa e antitetica rispetto alla Corte italiana. Secondo la Corte europea una tale differenziazione, benché non animata da intenti discriminatori, può produrre effetti discriminatori nei fatti, perché troppo paternalistica e protettiva. E così, nelle sedi europee, la legislazione italiana è stata giudicata incompatibile con il principio di non discriminazione sulla base del sesso, come garantito dai trattati europei⁽³⁸⁾. Nel ragionamento della Corte europea la non discriminazione esige parità, cosicché una differenziazione, ancorché favorevole alla categoria più vulnerabile, risulta inconciliabile con il principio di eguaglianza/non discriminazione.

Come emerge da questi esempi, la Corte di Giustizia tende a declinare il principio di uguaglianza in termini di uniformità di disciplina senza tener conto che talvolta la diversità di trattamento può essere funzionale alla promozione dei diritti. Vista alla luce della giurisprudenza costituzionale italiana, questa linea argomentativa ha qualcosa di paradossale, perché in tema di diritti sociali il principio di eguaglianza⁽³⁹⁾ ha sempre funzionato come fattore di allargamento delle categorie protette e di innalzamento dei livelli di garanzia, oltre che come moltiplicatore dei diritti. Viceversa, nella giurisprudenza della Corte di giustizia relativa al trattamento previdenziale delle donne, il principio di non discriminazione ha operato nella direzione opposta.

Ma più rilevante, ai fini delle presenti considerazioni, è che le due Corti mostrano di seguire due diverse concezioni di eguaglianza: per la Corte italiana l'eguaglianza dei sessi non preclude una diversificazione di trattamenti normativi; per la Corte di giustizia il medesimo principio impone una regolamentazione uniforme. In fondo, questa linea giurisprudenziale che esige che la non discriminazione sulla base del sesso sia realizzata attraverso l'omogeneità di trattamento era già stata avviata da molto tempo e

⁽³⁷⁾ Si vedano ad esempio le ordinanze della Corte costituzionale n. 703 del 9 giugno 1988 e n. 576 del 28 dicembre 1990.

⁽³⁸⁾ Corte di giustizia europea, decisione 13 novembre 2008, C-46/07, Commissione contro Repubblica Italiana.

⁽³⁹⁾ Si veda sul punto V. ONIDA, *Eguaglianza e diritti sociali*, in *Corte costituzionale e principio di eguaglianza*, cit., 110.

ha avuto una delle sue espressioni più famose nel caso Tanja Kreil⁽⁴⁰⁾, in cui la Germania era stata invitata a modificare la Costituzione nazionale per eliminare ogni restrizione alla partecipazione delle donne all'esercito.

Nonostante la ricchezza di strumenti elaborati dal diritto comunitario in tema di non discriminazione per meglio articolare il principio di eguaglianza, nel diritto europeo sembra predominare la spinta verso l'uniformità di trattamento, non solo nel campo della discriminazione sulla base del sesso e dell'orientamento sessuale, ma anche in riferimento alle altre categorie sospette, come ad esempio in tema di divieto di non discriminazione sulla base della nazionalità o dell'età⁽⁴¹⁾.

Una delle possibili spiegazioni della diversa sensibilità delle due Corti nei giudizi sull'eguaglianza può dipendere dal diverso spazio riservato al canone della ragionevolezza. Il giudizio costituzionale di eguaglianza è strettamente intrecciato con il giudizio di ragionevolezza⁽⁴²⁾: le parole chiave per i giudizi sull'eguaglianza delle leggi sono somiglianze, differenze, razionalità, proporzionalità, congruenza rispetto al fine, ragionevolezza, *tertium comparationis*, e così via. Questo vocabolario è quasi del tutto assente nella giurisprudenza comunitaria che sembra invece muovere da una sorta di presunzione di illegittimità di tutte le legislazioni che contengono differenziazioni, specie se le differenziazioni si basano su criteri "sospetti" come, il sesso, il genere, la razza, la religione, le opinioni politiche, l'età, la disabilità. In questi ambiti la differenziazione è guardata con sospetto e l'onere della prova⁽⁴³⁾ ricade sempre sul soggetto che intende giustificare la diversità. Come aveva intuito con grande anticipo Sir Isaiah Berlin, la nostra società contemporanea sta alimentando una cultura in cui "the assumption is that uniformity, regularity, similarity, symmetry ... need not be spe-

⁽⁴⁰⁾ Corte di Giustizia Europea, 11 gennaio 2000, C-285/98, Tanja Kreil.

⁽⁴¹⁾ Significative, in particolare, le decisioni della Corte di giustizia in tema di non discriminazione sulla base dell'età, quali decisione sentenza 22 novembre 2005, causa C-144/04, Mangold e sentenza 19 gennaio 2010, C-555/07 Seda Küçükdeveci.

⁽⁴²⁾ Sul punto si vedano gli ampi studi di G. SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2000 e A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, Giuffrè, 2001 e *Corte costituzionale, Principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Atti del seminario di Roma, 13-14 ottobre 1992, Milano, Giuffrè, 1994.

⁽⁴³⁾ Nelle direttive dell'Unione contro le discriminazioni l'inversione dell'onere della prova dall'attore al convenuto è espressamente previsto in tutti i procedimenti giudiziari in cui venga lamentata una lesione discriminazione diretta o indiretta e tale disposizione tende a condizionare la forma del ragionamento giuridico di fronte ad ogni autorità ogni volta che si discuta di lesione del principio di non discriminazione. Si vedano: Direttiva 2000/43/CE del Consiglio, del 29 giugno 2000, che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica, art. 8 e Direttiva 2000/78/CE del Consiglio del 27 novembre 2000 che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, art. 10.

cially accounted for, whereas differences, unsystematic behaviour, change in conduct, need explanation and as a rule, justification' (44).

7. (Segue) *Matrimonio e unioni civili registrate nel diritto dell'Unione europea.*

Tornando alla problematica dell'identità sessuale, questo modo di intendere l'eguaglianza pone un interrogativo che già si intravede all'orizzonte — e che già si è posto in alcuni casi portati davanti alla Corte di giustizia europea —: una volta introdotta una regolamentazione delle unioni civili registrate per le coppie omosessuali, entro quali limiti queste ultime potranno differenziarsi dal regime riservato al matrimonio senza violare il principio di non discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale? I due istituti devono tendere ad essere allineati o possono darsi differenziazioni tra l'istituto matrimoniale e quello delle unioni civili?

La questione non è di facile soluzione e sembra portare l'evoluzione dei diritti delle coppie omosessuali a un bivio che in ogni caso conduce verso mete insoddisfacenti. Come abbiamo visto, il principio di non discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale, così come oggi è inteso nel diritto dell'Unione, mal tollera le differenze e perciò spinge verso un regime giuridico delle unioni civili sostanzialmente indistinguibile da quello del matrimonio. Ma se la meta è la parificazione delle unioni civili al matrimonio, perché prevedere due istituti distinti, dato che i loro contenuti devono necessariamente coincidere per non violare il principio di non discriminazione? In effetti, se bene si osserva il diritto antidiscriminatorio di matrice europea, molti sono i segnali che lasciano prefigurare una possibile evoluzione verso l'equiparazione tra unioni civili e matrimonio.

Occorre tenere presente che nel diritto europeo, come si è accennato, a partire dal trattato di Amsterdam l'orientamento sessuale rientra tra i casi di classificazione sospetta, per cui ogni distinzione giuridica basata sugli orientamenti sessuali richiede di essere giustificata da ragioni particolarmente gravi. Nel linguaggio americano si direbbe che qualunque distinzione sulla base dell'orientamento sessuale è soggetta a *strict scrutiny*. Nel vecchio continente lo strumento è, come si è accennato poco fa, piuttosto quello dell'inversione dell'onere della prova. Infatti, nei casi riguardanti i diritti degli omosessuali il ragionamento giuridico non è mai impostato nel senso di richiedere all'attore di dimostrare l'avvenuta discriminazione e quindi di giustificare l'applicazione alle coppie omosessuali delle normative già esistenti e riservate alle coppie eterosessuali. Al contrario: secondo l'im-

(44) I. BERLIN, *Equality as an Ideal*, in F. OLAFSON (a cura di), *Justice and Social Policy*, in *Englewood Cliffs NJ*, 1961, 128 ss., 131.

postazione europea, nei casi sull'orientamento sessuale la discriminazione si presume ogni qual volta ci sia una differenza di trattamento e quindi si esige dal convenuto — normalmente il governo di uno Stato membro — una giustificazione per mantenere qualunque distinzione nel regime giuridico delle coppie omosessuali rispetto a quelle coppie eterosessuali. Così nei casi riguardanti le convivenze omosessuali, il ragionamento delle autorità nazionali coinvolte è proteso a dimostrare le ragioni per cui non c'è violazione del principio di non discriminazione da parte delle legislazioni che riservano il matrimonio alle coppie eterosessuali, ricadendo sui Governi interessati l'onere della prova. Anche in questo ambito, il paradigma del diritto antidiscriminatorio è l'indistinzione, mentre ogni differenziazione giuridica è caricata della richiesta di addurre giustificazioni e adeguate dimostrazioni.

In questa direzione possono essere letti due significativi casi portati in anni recenti davanti alla Corte di giustizia europea. Nel caso Tadao Maruko del 2008⁽⁴⁵⁾, la Corte di giustizia ha in buona sostanza accertato una violazione del principio di non discriminazione da parte della legislazione tedesca che nella disciplina delle unioni civili registrate tra persone dello stesso sesso non comprendeva il diritto alla pensione di reversibilità in caso di decesso di uno dei due partner, essendo tale diritto riservato alle coppie unite in matrimonio. Ora la medesima questione si è nuovamente riproposta alla Corte di giustizia nel caso Römer, e le conclusioni dell'avvocato generale⁽⁴⁶⁾ sono assai utili per comprendere la direzione verso cui si sta muovendo il diritto dell'Unione europea.

L'avvocato generale Jaaskinen paragona i due istituti giuridici — il matrimonio e le unioni civili registrate — ed afferma che “in un paese come la Germania, in cui il matrimonio è escluso per le persone dello stesso sesso e in cui l'unione solidale registrata è la forma di unione giuridica che viene loro riservata, una disparità di trattamento a danno delle persone legate da tale tipo di unione costituisce una fonte di discriminazione in base all'orientamento sessuale”⁽⁴⁷⁾. Detto in altri termini, le asimmetrie tra le due forme giuridiche sono considerate indizio di una discriminazione, piuttosto che di una legittima differenziazione giuridica voluta per disciplinare situazioni che si reputano diverse. Nel ragionamento dell'Avvocato generale non è di ostacolo il fatto che la Germania, come l'Italia, preveda una norma costituzionale — art. 6 — che esplicitamente tutela il matrimonio e la famiglia, perché — dice l'Avvocato Generale — “la finalità consistente nella tutela del matrimonio o della famiglia non può legitti-

⁽⁴⁵⁾ Corte di giustizia europea, decisione 1 aprile 2008, causa C-267/06, Maruko.

⁽⁴⁶⁾ Caso Jürgen Römer, C-147/08, Conclusioni dell'Avvocato generale Niilo Jaaskinen.

⁽⁴⁷⁾ Conclusioni dell'Avv. Gen. Niilo Jaaskinen par. 89.

mare una discriminazione in base all'orientamento sessuale". Dunque, nel ragionamento proposto dall'Avvocato Generale, il principio di non differenziazione prevale su ogni altra considerazione e di conseguenza la distinzione tra unione solidale e matrimonio non può essere giustificata dalla esigenza di accordare una protezione particolare al secondo, dato che l'istituto del matrimonio può essere tutelato senza che sia necessario svantaggiare l'uno o l'altro stile di vita: l'Avvocato generale propende, dunque, per una assimilazione indifferenziata del regime giuridico delle unioni civili al matrimonio, nel caso specifico limitata al profilo delle pensioni di reversibilità, ma con un potenziale di omologazione di portata assai più ampia.

La successiva decisione della Corte di Giustizia nel caso Römer⁽⁴⁸⁾ si colloca nella linea di ragionamento proposta dall'Avvocato Generale, ma non la porta fino all'estremo di imporre la totale equiparazione delle unioni civili al matrimonio. Infatti, la Corte di giustizia europea afferma che la direttiva 2000/78 in materia di non discriminazione osta ad una norma nazionale, ai sensi della quale un beneficiario partner di un'unione civile percepisca una pensione complementare di vecchiaia di importo inferiore rispetto a quella concessa ad un beneficiario coniugato non stabilmente separato, ma a una duplice condizione: *a*) che nello Stato membro interessato, il matrimonio sia riservato a persone di sesso diverso, e l'istituto dell'unione civile sia riservata a persone dello stesso sesso, e *b*) che sussista una discriminazione diretta fondata sulle tendenze sessuali, per il motivo che, nell'ordinamento nazionale, il partner di un'unione civile si trova in una situazione di diritto e di fatto paragonabile a quella di una persona coniugata per quanto riguarda la pensione summenzionata. La valutazione della comparabilità, prosegue la Corte, ricade nella competenza del giudice del rinvio e deve essere incentrata sui rispettivi diritti ed obblighi dei coniugi e delle persone legate in un'unione civile, quali disciplinati nell'ambito dei corrispondenti istituti e che risultano pertinenti alla luce della finalità e dei presupposti per la concessione della prestazione in questione. Nonostante queste cautele, è chiaro comunque che la giurisprudenza europea tende a ritenere che una normativa, come quella tedesca, che differenzia la posizione del coniuge rispetto al partner di una unione civile registrata al fine del computo di una pensione di vecchiaia complementare, risulta incompatibile con gli obblighi comunitari.

L'interpretazione dell'eguaglianza/non discriminazione offerta dai giudici europei finisce così per prevalere, anche se per un aspetto circoscritto e a condizioni rigorosamente determinate, sui principi costituzionali tedeschi che consentono per esplicita previsione costituzionale che il legislatore ac-

(48) Corte di giustizia europea, 10 maggio 2011, Grande sezione, C-147/08, Römer.

cordi alla famiglia una posizione differenziata in senso più favorevole. Non è difficile prevedere che, passo passo, gradualmente — secondo il tradizionale approccio comunitario — al tassello dell'equiparazione a fini pensionistici se ne aggiungeranno altri, in direzione di una uniformazione del regime del matrimonio a quello delle unioni civili registrate.

8. *Privacy e non discriminazione strumenti della "neutralità"?*

Proviamo a ripercorrere in un breve quadro di sintesi l'evoluzione che abbiamo tratteggiato analiticamente fino a qui. Dunque: i diritti dei transessuali hanno portato alla svalutazione del *dato* corporale per esaltare la *scelta* di genere; l'enfasi sulle scelte e sulle preferenze individuali ha aperto l'ingresso al tema del riconoscimento giuridico delle forme di convivenza affettiva diverse dalla famiglia, in particolare per le coppie omosessuali; il principio di non discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale incomincia a premere per una equiparazione delle unioni civili al matrimonio.

Le caratteristiche di fondo del movimento oggi in atto — in perfetta coerenza con tutto lo sviluppo dei nuovi diritti della più recente generazione — ruotano intorno a due perni fondamentali: il diritto alla *privacy*, come sorgente di un onnicomprensivo diritto di autonomia individuale — e il principio di non discriminazione, come variante prevalente del più ampio principio di eguaglianza.

Da dove deriva questo nesso che si osserva nella prassi e nella giurisprudenza tra la libertà come autonomia individuale e l'eguaglianza come non discriminazione?

Implicitamente o esplicitamente si ritiene infatti che il principio di autonomia o autodeterminazione individuale debba potersi esplicare in un ordinamento giuridico composto da norme e leggi "neutrali" rispetto alle scelte di ciascun individuo: se una delle opzioni possibili fosse vietata o scoraggiata, o al contrario preferita e incentivata dal sistema giuridico, l'autodeterminazione individuale ne risulterebbe compromessa, perché potrebbe essere influenzata dalle preferenze dell'ordinamento giuridico. Affinché tutte le scelte personali siano egualmente permesse e rispettate occorrerebbe una cornice legislativa neutrale, avalutativa, in cui nessuna opzione risulti discriminata né privilegiata. L'ambiente ideale per il soggetto che si vuole autodeterminare deve essere asettico, quasi un "laboratorio", schermato da ogni possibile interferenza. In qualche misura, autodeterminazione individuale e neutralità sono idee gemelle: la prima definisce una caratteristica del soggetto — una caratteristica che si ritiene essenziale in una concezione liberale dell'individuo —; la seconda descrive una qualità delle istituzioni — una qualità che si ritiene necessaria per delle istituzioni che vogliono essere liberali. Il principio di non discriminazione funge da cinghia

di trasmissione tra la dimensione individuale e la dimensione istituzionale dell'ordinamento. Il principio di non discriminazione servirebbe precisamente allo scopo di costruire un ordinamento giuridico caratterizzato da neutralità ed equidistanza rispetto alle scelte individuali che debbono essere tutte parimenti tollerate senza ombre di disvalore e senza incentivi precostituiti. In questa prospettiva si comprende perché nella giurisprudenza europea il diritto alla privacy sia così frequentemente accoppiato al principio di non discriminazione: quest'ultimo principio si presenta come uno strumento di "neutralizzazione" che permette all'ordinamento di non prendere posizione sulle questioni controverse, specie quelle eticamente controverse, in ordine alle quali ciascun individuo deve sentirsi totalmente libero di seguire gli orientamenti prescelti.

Gli ideali del "neo-liberalismo" del XXI secolo esigono che ciascun individuo decida da sé quali sono i suoi valori e come vuole vivere alla luce di essi. Alla luce di questi ideali il principio di non discriminazione costituisce uno strumento fondamentale per assicurare a ciascuno la sua autonomia deliberativa⁽⁴⁹⁾, perché permette ad ogni individuo di accedere ad una delle opzioni in campo senza oneri. Per questo la non discriminazione risulta essere un principio essenziale al progetto "neo-liberale", perché ripulisce l'ordinamento da tutti gli ostacoli alla libera scelta.

Significativi sono alcuni passaggi dell'opinione dell'Avvocato Generale Maduro nel caso Coleman deciso dalla Corte di Giustizia Europea⁽⁵⁰⁾: "Al fine di determinare che cosa il principio di eguaglianza impone in ogni caso di specie, vale la pena ricordare i valori ad esso sottesi. Si tratta della dignità umana e dell'autonomia della persona. La dignità umana ricomprende, come contenuto minimo indispensabile, il riconoscimento del fatto che ogni essere umano ha eguale valore. [...] Un valore pertinente, ma diverso, è quello dell'autonomia della persona. Esso impone che i singoli siano in grado di determinare e di condurre la propria esistenza attraverso una serie successiva di scelte tra diverse opzioni. L'esercizio dell'autonomia presuppone che alle persone sia data una gamma di opzioni entro le quali scegliere. Quando ci si comporta come agenti autonomi e si decide come condurre la propria vita, allora 'si concretizzano l'integrità della persona, il senso di dignità e il rispetto per se stessi'⁽⁵¹⁾ [...]. L'impegno a garantire l'autonomia significa che nessuno deve essere privato di opzioni in settori di importanza fondamentale per la sua vita [...]. In sostanza, attribuendo

⁽⁴⁹⁾ S. MOREAU, *What is discrimination?*, in *Philosophy and Public Affairs*, 2010, 143-179, che ricostruisce la violazione del principio di non discriminazione a guisa di un danno ingiusto, in cui l'interesse protetto è la capacità individuale di libertà deliberativa.

⁽⁵⁰⁾ Corte di Giustizia europea sentenza 17 luglio 2008, Colman, caso C-303/06.

⁽⁵¹⁾ J. RAZ, *The Morality of Freedom*, Oxford University Press, 1986, 154, cit. dall'Avvocato Generale.

valore all'uguaglianza e impegnandoci nella realizzazione dell'uguaglianza attraverso la legge, miriamo a sostenere la possibilità per ciascuno di condurre una vita autonoma" (52).

Benché in passato libertà ed eguaglianza fossero considerati principi in competizione fra loro, nelle odierne società post-moderne la libertà intesa come autonomia di scelta e l'eguaglianza intesa come non discriminazione si alimentano reciprocamente e stanno assumendo un ruolo portante negli ordinamenti giuridici contemporanei. L'interazione tra il principio di non discriminazione e la libertà di scelta ha l'ambizione di proteggere le diversità senza produrre diseguaglianze. Se il cuore del sistema "neo-liberale" vuole che le differenze di fatto non si ripercuotano nel mondo giuridico — evitando così che siano di ostacolo all'autonomia individuale — allora il principio di non discriminazione assume una fondamentale importanza, perché esso tende esattamente a rendere tutte le differenze irrilevanti davanti alla legge. In questa prospettiva, la non discriminazione svolge quel compito neutralizzatore di cui il progetto liberale ha bisogno. Autonomia di scelta individuale — come elemento qualificante la persona umana — e neutralità come carattere imprescindibile della legislazione stanno generando una macro tendenza verso l'equiparazione giuridica delle diversità, in cui la rappresentazione della realtà che si opera nel mondo del diritto deve risultare schermata rispetto alle modulazioni della realtà storica. Ovvero, come è stato detto, la direzione dell'avventura giuridica sembra muoversi verso un'eguaglianza intesa come "indifferenza alle differenze" (53), ossia verso un modo di intendere l'eguaglianza in cui le differenze di fatto sono annullate nell'indifferenza giuridica.

Da questo punto di vista le problematiche dell'identità sessuale sono esemplificative di una tendenza culturale più ampia, che non riguarda solo la differenza sessuale, ma la differenza in quanto tale. Un vero paradosso epocale: cosa c'è di maggiormente celebrato ed esaltato oggi della diversità? Eppure il diritto, che intenderebbe farsene garante e promotore, rischia di mancare l'obiettivo in un processo di livellamento e di omologazione.

Il vero nodo problematico di questo modo di intendere l'eguaglianza/non-discriminazione è la sua pretesa di neutralità.

Posto che il diritto non può essere neutrale in senso assoluto — anzi, esso è strutturalmente valutativo, dato che il suo scopo è proteggere determinati beni (e non altri), incentivare alcuni comportamenti (e non altri), scoraggiare o addirittura punire alcuni atti (e non altri) — c'è da chiedersi

(52) Conclusioni dell'Avv. Gen. Miguel Poiars Maduro, presentate il 31 gennaio 2008, C-303/06, S. Coleman contro Attridge Law e Steve Law, par. 8-11, in materia di discriminazione sulla base della disabilità.

(53) C. DI MARTINO, *Le evidenze dell'esperienza*, in *Famiglia e DiCo*, 1, Lecco, 15-25.

quale sia la ragione per cui negli ambiti toccati dal diritto antidiscriminatorio si imponga una esigenza di parificazione, indistinzione, uniformità di trattamento.

Perché, ad esempio, l'ordinamento esige che le differenze di razza non si ripercuotano sui contenuti della legislazione? Possiamo dire che l'origine dei divieti di discriminazione sulla base della razza sia una "neutralità" dell'ordinamento rispetto alle diversità etniche? La storia suggerisce un'ipotesi diversa. Tutti i principi giuridici sui divieti di discriminazione in base alla razza nascono dalla decisione di accordare una speciale attenzione da parte del diritto nei confronti di alcuni gruppi etnici che storicamente sono stati perseguitati o emarginati dalla vita sociale. Sono state la schiavitù, la segregazione razziale, la persecuzione, Auschwitz, a muovere i legislatori a scrivere i divieti di discriminazione sulla base della razza. Lo stesso potrebbe essere ripetuto per il divieto di discriminazione tra uomo e donna, o per il divieto di discriminazione religiosa e sulla base delle opinioni politiche, e così via. All'origine dei divieti di discriminazione c'è una valutazione, non una neutralità del legislatore, e precisamente la valutazione che determinati gruppi meritano speciale protezione e un particolare riconoscimento da parte dell'ordinamento giuridico.

Come è stato giustamente evidenziato, la nuova eguaglianza si basa su speciali diritti di *status*⁽⁵⁴⁾: determinati gruppi, identificati in base ad alcune caratteristiche individuate dalla legge — sesso, razza, etc. — debbono godere di una particolare protezione, il cui contenuto è dato dalla parità di trattamento, tutelata con particolare severità, come suggerisce l'idea delle categorie sospette. Facendosi carico degli errori della storia, il diritto antidiscriminatorio vuole privilegiare determinati gruppi, ritenuti vulnerabili e vittime di passate ingiustizie.

Occorre, allora, fare attenzione ad una possibile confusione concettuale: l'ordinamento giuridico assicura la parità di trattamento non perché vuole essere neutrale (o indifferente) rispetto ad un dato gruppo, ma perché vuole farsi carico delle esigenze di quel gruppo, ritenendolo meritevole di speciale protezione. Lo strumento — il principio di non discriminazione — produce effetti neutralizzanti, ma la sua *ratio* è un giudizio di valore. L'ordinamento che decide di non discriminare non è un ordinamento che si astiene, ma che interviene; non è un ordinamento equidistante, ma uno che opera delle scelte di valore.

La decisione sul "chi è eguale a chi" a fini giuridici si basa su un giudizio di valore, non su una neutralità. Perciò, ogni allargamento delle categorie o delle caratteristiche enumerate nei divieti di discriminazione — recentemente estesi dalla legislazione europea ad esempio all'età, alla disabilità,

(54) C. MC CRUDDEN, *The New Concept of Equality*, ERA Forum, cit.

al gender — derivano dalla scelta di voler assicurare uno speciale riconoscimento giuridico e sociale a determinati gruppi e non certo da una posizione distaccata o neutrale. La parità giuridica esprime *endorsement* non neutralità; è, dunque, espressione di un ordinamento sensibile alle richieste e alle istanze di alcuni gruppi e che decide di sostenerle.

Dunque, neppure il principio di non discriminazione è in grado di risolvere con un criterio neutrale le controversie più vivaci della nostra epoca. Per quanto tale principio esibisca delle virtù di neutralizzazione dell'ordine giuridico, esso presuppone scelte assiologiche, nient'affatto neutrali. Diversamente dal tradizionale principio costituzionale di eguaglianza, il nuovo principio di non discriminazione non è generale e astratto, universale e nutrito dalla ragionevolezza. È piuttosto un principio di favore per gruppi che sono considerati meritevoli di particolare protezione. Una volta che un nuovo gruppo è aggiunto alla lista delle norme sulla non discriminazione, esso assume una posizione preferenziale e privilegiata nell'ordinamento. Dunque, il principio di non discriminazione, nonostante la sua apparente neutralità opera come una norma di favore per alcuni determinati gruppi di persone, introducendo una presunzione a loro vantaggio.

Se questo è vero, cioè se il principio di non discriminazione funge da trasformatore capace di immettere nell'ordine giuridico in forma neutra opzioni che derivano da scelte di valore, allora alcune conseguenze che normalmente si ricollegano al principio di non discriminazione e alla sua presunta neutralità dovrebbero essere messe in discussione. In particolare, non è detto che il principio di non discriminazione debba andare esente dal bilanciamento con altri principi e valori di rango costituzionale, né che l'onere delle prove debba necessariamente ricadere sui sostenitori della differenziazione. Per quanto rassicurante possa presentarsi un ordinamento che tende alla omogeneità e alla uniformità, a volte è verso la pluralità e la differenziazione che la ricerca del giusto, del bene, del buono, all'interno della complessità delle cose umane urge.