



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

Sezione: Diritti e argomentazione della Corte EDU- L'argomentazione comparativa

Titolo: *L'argomentazione comparativa come chiave di giudizio: il caso Goodwin*

Autore: GIORGIO REPETTO

Sentenza di riferimento: *Goodwin v. United Kingdom* dell'11 luglio 2002 (n. ric. 28957/95)

Parametro convenzionale: Art. 8, art. 12 e art. 14

Parole chiave: Transessualismo, identità sessuale, argomento comparativo, diritto di contrarre matrimonio, diritto al rispetto della vita privata e familiare

Nell'analisi delle tecniche di giudizio impiegate dalla Corte di Strasburgo, il ricorso all'argomentazione comparativa costituisce una tematica molto discussa. Come si può vedere in relazione al tema del margine d'apprezzamento (su cui si veda la relativa sezione per gli opportuni approfondimenti), la Corte si è servita del giudizio comparativo, nella veste di *consensus standard*, per valutare se, nella tutela di un certo diritto, le divergenze sussistenti a livello europeo non giustificassero la riserva agli Stati di un potere discrezionale nell'individuazione delle modalità di protezione delle garanzie contenute negli articoli della Convenzione. A partire dal caso *Handyside*, infatti, la Corte ha ritenuto che quegli articoli della Convenzione che indicano al proprio interno le ragioni che abilitano gli Stati a limitarne il godimento (artt. 8-11) debbano essere interpretati alla luce del contesto in cui sono chiamati ad operare, con la conseguenza che gli Stati aderenti possono tutelare uno stesso diritto in modo differenziato, senza che ciò crei automaticamente un contrasto con il dettato della Convenzione.

Dopo l'avvio della dottrina del *consensus standard*, l'attenzione degli studiosi si è concentrata su due aspetti particolarmente problematici dell'uso dell'argomentazione comparativa. Da un primo punto di vista, la giurisprudenza della Corte è stata criticata in ragione dell'assenza di un elaborato ragionamento comparativo. Il più delle volte, infatti, la Corte si limita a dichiarare apoditticamente che in una certa materia non esiste uniformità di disciplina a livello nazionale, o tutt'al più si limita ad effettuare degli accenni sommari solo ad alcune legislazioni, e da ciò fa discendere una riserva agli Stati nella disciplina di un certo diritto fondamentale. La mancanza di una diffusa trattazione



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

comparatistica non è però l'unica ragione di perplessità della dottrina prevalente. Alcuni autori ritengono alla radice sbagliata l'impostazione che fa dipendere l'interpretazione e la portata di un certo diritto dal modo in cui gli Stati nazionali lo disciplinano. La CEDU, secondo questi autori, dovrebbe avere una funzione contromaggioritaria, nel senso di imporsi sulle legislazioni nazionali anche se queste dovessero andare tutte nella stessa direzione, senza la possibilità di dare spazio ad ambiti di discrezionalità o a margini di apprezzamento. Dalla soluzione di questi problemi, come appare evidente, discendono visioni diverse del ruolo della CEDU e della giurisprudenza del suo giudice. Per i sostenitori dell'argomentazione comparativa, la CEDU non va intesa come un livello normativo gerarchicamente superiore, destinato ad imporsi sugli ordinamenti nazionali, ma come un sistema mirante a creare un ordine pubblico europeo dei diritti fondamentali, che deve tenere conto delle diverse sensibilità esistenti a livello nazionale (Kastanas). Per i critici di questo orientamento, invece, la CEDU incorpora anche il principio di legalità e dello stato di diritto, che vengono minacciati ogni volta che la Corte di Strasburgo cede ad interpretazioni che lasciano spazio al potere discrezionale degli Stati (Van Dijk e Van Hoof).

Al di là del modo corretto di rispondere a questi problemi, pare più utile indicare un filone giurisprudenziale come quello del riconoscimento del transessualismo, in cui l'evoluzione ed il mutamento di giurisprudenza sono stati determinati proprio dal diverso modo di impiegare l'argomentazione comparativa.

Le pronunce in questione riguardavano persone che, dopo essersi sottoposte ad un'operazione di mutamento di sesso, si sono rivolte alla Corte di Strasburgo per lamentare una violazione del diritto alla protezione della vita privata e familiare (tutelato dall'art. 8 CEDU), determinata dalla legislazione inglese. Quest'ultima, pur consentendo i trattamenti ormonali e le operazioni chirurgiche necessarie allo scopo e, anzi, affidandole al proprio servizio sanitario nazionale, ha per lungo tempo impedito a questi soggetti di vedersi pienamente riconosciuta la nuova identità, sia in relazione alla correzione degli atti dello stato civile a seguito dell'operazione, sia in relazione alla capacità di contrarre matrimonio con una persona del proprio sesso biologico (facendo valere per questo aspetto l'art. 12 CEDU). Le prime due richieste avanzate da soggetti transessuali su cui la Corte di Strasburgo si sia pronunciata nel merito sono quelle sfociate nelle decisioni *Rees* e *Cossey*: il rifiuto delle autorità inglesi di riconoscere a tutti gli effetti il mutamento di sesso e la possibilità di sposarsi è stato giudicato – in entrambe le occasioni – di per sé non in contrasto con i citati artt. 8 e 12 della Convenzione, considerato che un tale obbligo positivo di riconoscimento a carico dello stato non poteva essere desunto da una prassi uniforme vigente nei paesi europei. In queste prime pronunce, quindi, i giudici riconoscono che il trattamento che ricevono i transessuali nel Regno Unito non rappresenta un'eccezione tale – nel quadro delle diverse prassi nazionali – da obbligare la



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Corte ad intervenire sanzionando il comportamento nazionale. In una situazione di incertezza e di frammentazione normativa, scientifica e culturale, la Corte finisce per assumere una posizione che, da un lato, continua a considerare tale complessità come un insuperabile ostacolo cognitivo al proprio intervento ma che, dall'altro lato, pone dei limiti di ordine procedurale al margine d'apprezzamento statale: se l'estrema diversificazione delle pratiche nazionali registrabili in un certo momento impedisce l'elaborazione di uno standard di tutela, ciò non significa che, di fronte ad un'evoluzione delle coordinate normative, scientifiche e sociali, essa non possa tornare sui propri passi e sindacare – alla luce dei mutati presupposti – il comportamento statale ritenuto a quel punto minoritario.

Dopo la prima formulazione di questo principio nel caso *Rees* del 1986, tuttavia, nella sentenza *Cossey* del 1990 la Corte riposa apoditticamente sulla constatazione che l'evoluzione registrabile a partire da allora non è sufficiente a far emergere alcuna posizione univoca nell'area europea. Tale posizione è però duramente criticata dai giudici di minoranza, che invece cominciano a prendere in esame nel dettaglio i mutamenti legislativi intervenuti nel frattempo. Essi, inoltre, mettendo in luce un grado di consenso sempre maggiore nei confronti del riconoscimento di uno statuto giuridico della transessualità, sottolineano con forza l'incongruità della posizione assunta dalla maggioranza e la sua rinuncia a individuare già a partire da allora uno standard comune. Le pronunce successive, posto questo quadro di riferimento, si concentreranno quasi esclusivamente, seppur sulla base di motivazioni criticate in dottrina per la loro stringatezza, sulla valutazione delle evoluzioni a livello normativo e scientifico intervenute nel frattempo, giungendo costantemente alla conclusione che non vi fosse ancora un trattamento uniforme a livello europeo del fenomeno della transessualità tale da giustificare l'abbandono della dottrina sviluppata nel caso *Rees*. È solo nel 2002, con il caso *Goodwin*, che i giudici di Strasburgo mettono in atto le conseguenze lasciate solo intravedere nelle sentenze appena citate, giungendo a dichiarare contraria agli artt. 8 e 12 della Convenzione la legislazione inglese ritenuta fino a quel momento rientrante nel margine d'apprezzamento statale.

Quali sono le novità che, in tema di argomentazione comparativa, la Corte fa valere nel caso in questione per superare il proprio precedente orientamento? Alla convergenza di una serie di elementi dedotti da un'analisi comparata (il trend costante verso un maggiore riconoscimento negli ordinamenti europei, l'esperienza di paesi extraeuropei come Australia e Nuova Zelanda, i progressi compiuti nell'ordinamento comunitario), infatti, la Corte aggiunge un argomento che segna un arricchimento rispetto a quella concezione statica e/o meramente "algebraica" di un consenso europeo di cui si era avvalsa in precedenza. Ancora nel 2002, infatti, un approccio europeo comune in materia di transessualità sembra ancora di là da venire: tale assenza, tuttavia, "tra i quarantatré Stati contraenti non è affatto sorprendente, tenuto conto della diversità dei sistemi e delle tradizioni



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

giuridiche. Conformemente al principio di sussidiarietà, spetta infatti prima di tutto agli Stati contraenti decidere le misure necessarie per assicurare il riconoscimento dei diritti garantiti dalla Convenzione ... e, per risolvere nei loro ordinamenti giuridici interni i problemi concreti posti dal riconoscimento giuridico della condizione sessuale dei transessuali operati, gli Stati contraenti devono beneficiare di un ampio margine d'apprezzamento. La Corte attribuisce una minore importanza all'assenza di elementi espressivi di un consenso europeo quanto alla maniera di risolvere tali problemi giuridici e pratici, che all'esistenza di elementi chiari e incontestati che dimostrano una tendenza internazionale continua verso una maggiore accettazione sociale dei transessuali, ma anche verso il riconoscimento giuridico della nuova identità sessuale dei transessuali operati" (§ 85).

Questo caso segna una indubbia novità nel modo in cui la Corte di Strasburgo declina l'argomento comparativo perché dimostra la complessità e, al tempo stesso, l'articolazione delle motivazioni della Corte. Più che fare riferimento solamente al quadro normativo dei paesi europei, la Corte prende atto che l'ordinamento inglese non ha, nel corso di quasi vent'anni, adottato alcun rimedio ad una situazione che espone i transessuali ad una costante lesione della propria dignità. Per far valere questa contrarietà rispetto ai principi incardinati nella Convenzione, tuttavia, la Corte tiene conto di tre fattori. In primo luogo, fa riferimento all'evoluzione internazionale in tema di riconoscimento del transessualismo, che mostra un'evoluzione netta e marcata verso una maggiore tutela rispetto al passato. In secondo luogo, fa leva sulla contraddittorietà del comportamento delle autorità nazionali, che finanziano l'operazione di mutamento di sesso ma poi rifiutano di riconoscere la nuova identità sessuale. In terzo luogo, la Corte riconosce che il margine d'apprezzamento non può essere inteso solamente come uno strumento destinato a garantire le prerogative degli Stati in assenza di un consenso a livello europeo, ma trova un limite invalicabile in tutte quelle situazioni che investono aspetti intimi della propria vita privata, come l'identità sessuale.

Precedenti giurisprudenziali

Rees v. United Kingdom del 17 ottobre 1986; *Cossey v. the United Kingdom* del 27 settembre 1990; *Dudgeon v. the United Kingdom* del 22 ottobre 1981; *Mikulic v. Croatia* del 7 febbraio 2002; *Sheffield and Horsham v. the United Kingdom* del 30 luglio 1998; *X., Y. and Z. v. the United Kingdom* del 22 aprile 1997

Riferimenti bibliografici

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

P. VAN DIJK e G.J.H. VAN HOOF, *Theory and Practice of the European Court of Human Rights*, 2. ed., Deventer, Kluwer, 1990; E. KASTANAS, *Unité et diversité: notions autonomes et marge d'appréciation des États dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1996 ; P. WACHSMANN e A. MARIENBURG-WACHSMANN, *La folie dans la loi. Considérations critiques sur la nouvelle jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de transsexualisme*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2003, pp. 1157 ss.; G. REPETTO, *I diritti all'identità sessuale e il ruolo della morale pubblica*, in A. VESPAZIANI (a cura di), *Diritti fondamentali europei. Casi e problemi di diritto costituzionale comparato*, Torino, Giappichelli, 2009 ; M. LEVINET, *La revendication transsexuelle et la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1999, pp. 646 ss.

(11.02.2010)