

FOCUS AFRICA

05 AGOSTO 2022

“Unconstitutional by the march of time”: la
Court of Appeal del Botswana conferma
l’illegittimità costituzionale del reato di
sodomia

di Anna Parrilli

Assegnista di ricerca di Diritto pubblico comparato
Università degli studi di Verona

“Unconstitutional by the march of time”: la Court of Appeal del Botswana conferma l’illegittimità costituzionale del reato di sodomia*

di Anna Parrilli

Assegnista di ricerca di Diritto pubblico comparato
Università degli studi di Verona

Abstract [It]: Il 29 novembre 2021 la Court of Appeal ha respinto all’unanimità il ricorso promosso dal Governo del Botswana avverso la decisione resa nel 2019 dalla High Court nel caso *Letsweletse Motshidiemang v. Attorney General* che depenalizza il reato di sodomia. Rivendicando la funzione contro-maggioritaria delle corti a tutela dei soggetti maggiormente vulnerabili e delle minoranze sessuali e di genere, la Court of Appeal ha accertato l’illegittimità costituzionale delle sezz. 164(a)(c) e 165 c.p. disciplinanti la fattispecie rubricata “unnatural offences”, ossia atti sessuali “against the order of nature”, individuati dalla giurisprudenza botswana nella pratica della sodomia. La sentenza di conferma della Court of Appeal segna il decisivo passaggio nell’ordinamento botswano dalla criminalizzazione degli atti omosessuali alla tutela dell’identità sessuale quale attributo della persona, con la conseguente affermazione del principio di non discriminazione sulla base dell’orientamento sessuale.

Title: “Unconstitutional by the march of time”: the Botswana Court of Appeal confirms the constitutional illegitimacy of the criminalisation of sam-sex relations.

Abstract [En]: On 29 November 2021, the Court of Appeal of Botswana in a unanimous full bench decision upheld the 2019 ruling of the High Court in *Letsweletse Motshidiemang v. Attorney General* which struck down penal provisions criminalizing same-sex relations between consenting adults. The Court of Appeal held that sect. 164(a)(c) and sez. 165 of the Penal Code, which prohibited “carnal knowledge against the order of nature”, violated the rights to liberty, dignity, privacy and freedom from discrimination in Botswana’s Constitution.

Parole chiave: Lgbtq, *sodomy laws*, principio di non discriminazione, diritto alla privacy, separazione dei poteri, *stare decisis*, Botswana.

Keywords: Lgbtq, sodomy laws, non-discrimination principle, right to privacy, separation of powers, *stare decisis*, Botswana.

Sommario: 1. Introduzione. 2. La depenalizzazione dell’omosessualità: la decisione della *High Court* in *Letsweletse Motshidiemang v. Attorney General*. -3. La parola definitiva della *Court of Appeal* sul reato di sodomia - 3.1 *Stare decisis* e vincolo verticale del precedente - 3.2 Separazione dei poteri e funzione contro-maggioritaria delle corti - 4. Dalla criminalizzazione degli “atti contro-natura” alla tutela dell’identità sessuale in Botswana.

Nota a [Court of Appeal Civil Appeal NO. CACGB-157-19 \(High Court Civil Case No. MAHGB-000591-16\), Attorney General v. Letsweletse Motshidiemang](#)

* Articolo sottoposto a referaggio.

1. Introduzione

Il 29 novembre 2021 la *Court of Appeal* ha respinto all'unanimità il ricorso promosso dal Governo del Botswana avverso la decisione resa nel 2019 dalla *High Court* nel caso *Letsweletse Motshidiemang v. Attorney General* che depenalizza il reato di sodomia.¹

La decisione della corte di vertice del Botswana si inserisce all'interno del sempre più ricco filone giurisprudenziale che affronta questioni legate alle condotte omosessuali e, più in generale, i diritti delle persone Lgbtq. Il percorso tracciato dal formante giurisprudenziale muove dalla criminalizzazione, ancora nel 2003, della “*carnal knowledge against the order of nature*” e degli atti contraddistinti da “*gross indecency*” fino alla soppressione del reato di sodomia nell'ordinamento con la sentenza della *High Court* del 2019, recentemente confermata dalla *Court of Appeal*. La pronuncia è stata accolta con grande favore dalle associazioni e dai movimenti per i diritti Lgbtq, non solo in Botswana ma in ambito regionale e internazionale, andando a rafforzare il movimento regionale e globale in favore del riconoscimento e la tutela delle identità sessuali estranee al paradigma eterosessuale. Per comprendere la pronuncia della Corte d'appello sul reato di sodomia è opportuno richiamare brevemente la decisione resa dall'Alta Corte in *Letsweletse Motshidiemang v. Attorney General* nel luglio del 2019.

2. La depenalizzazione dell'omosessualità: la decisione della *High Court* in *Letsweletse Motshidiemang v. Attorney General*

In *Letsweletse Motshidiemang* la *High Court* ha accertato l'illegittimità costituzionale della fattispecie rubricata “*unnatural offences*” e disciplinata alle sezioni 164 (a)(c) e 165 del Codice penale. Le condotte punite sono riconducibili ad atti sessuali che comportano “*carnal knowledge against the order of nature*” e individuate dalla giurisprudenza nella pratica della sodomia.²

Nel sollevare la questione di costituzionalità dinanzi alla *High Court*, Mr. Letsweletse Motshidiemang ha ritenuto la criminalizzazione delle condotte omosessuali lesiva dei propri diritti fondamentali e delle libertà individuali protetti dalla Costituzione. Nell'ambito dello stesso procedimento, oltre alla già citata fattispecie dei “delitti contro natura”, il ricorrente ha sottoposto al giudizio della *High Court* anche la sez. 167 del Codice penale che punisce le condotte sessuali contrassegnate da “*gross indecency*”, siano essere realizzate in pubblico o in privato.

¹ *Letsweletse Motshidiemang v Attorney General and LeGaBibo (amicus curiae)*, Mahgb-000591, *High Court of Botswana*.

² Nelle parole dell'Alta Corte in *Gaoletse v. State* (1991): “*Carnal knowledge is not defined in the Penal Code, but its accepted meaning is sexual intercourse. There must be penetration, however slight, and emission of semen is not necessary. With particular reference to the offence with which the appellant was charged (otherwise known as sodomy), penetration per anum must be proved. The other party involved in the intercourse may be a man or a woman. It is the penetration through the anus that makes the intercourse against the order of nature, and therefore provides the other element of the offence*”.

Con riguardo alla fattispecie delle “*unnatural offences*”, in *Letsweletse Motsbidiemang* l’Alta Corte ha stabilito che ogni espressione della sessualità privata tra adulti consenzienti pertiene alla sfera di autonomia decisionale dell’individuo; tale dimensione, intima e privata, del cittadino “*should not be the concern of the law*” (p. 124). Contrariamente a quanto sostenuto dal Governo, la Corte non ravvisa alcuna “dannosità sociale”³ nelle pratiche omosessuali; esse, infatti, non ledono le altrui libertà, né contravvengono all’interesse pubblico. In ragione di ciò, il reato di sodomia incontra la censura della Corte sulla base delle sez. 3 (diritti e libertà fondamentali), sez. 9 (tutela della privacy) e sez. 15 (divieto di discriminazioni) della Carta costituzionale.⁴

La tutela della privacy e la sottrazione delle manifestazioni private della sessualità al controllo e alla sanzione dello Stato sono anche alla base della decisione della *High Court* con riguardo alla formulazione della sez. 167 del Codice penale, che, come già menzionato, punisce gli “atti indecenti” commessi sia in pubblico che in privato. Ancora una volta, la *High Court* ritiene che la dimensione privata della sessualità non debba rientrare nelle preoccupazioni dei pubblici poteri e ordina la cancellazione della parola “*private*” dalla sezione del Codice penale, limitando il raggio d’azione della fattispecie alle sole condotte indecenti realizzate in pubblico.

Nelle argomentazioni della Corte sembra attenuarsi la presa sul formante giurisprudenziale del crittòtipo tradizionale che comportava l’accostamento delle pratiche omosessuali al disordine sociale, e che, secondo alcuni, non appartengono alla tradizione africana, bensì a quella dei colonizzatori europei.⁵ Tale associazione era servita a legittimare il controllo delle autorità pubbliche sulla condotta sessuale privata e la repressione penale delle pratiche omosessuali nel precedente stabilito dalla *Court of Appeal* in *Kanane v. State* (2003), sul quale si ritornerà.⁶

Tuttavia, la “dimensione collettiva” della sessualità⁷ continua a rilevare nell’attuale formulazione dell’art. 167 c.p., nella misura in cui permane la fattispecie criminosa dei comportamenti caratterizzati da “*gross indecency*” in pubblico. Nel precipitato della generale penalizzazione di tali condotte rientrano verosimilmente anche i rapporti omosessuali tra donne, rendendo così tale categoria vulnerabile alle discriminazioni sulla base del genere e dell’orientamento sessuale.

³ J. BENTHAM, *On Paederasty*, 1785, trad.it. *Difesa dell’omosessualità*, Genova, Il Nuovo Melangolo, 2009, p. 75.

⁴ Sul caso *Letsweletse Motsbidiemang v. Attorney General* si rinvia a E. CARRABS, *Balancing the right to privacy and the role of State: la High Court del Botswana*, Focus Africa n.1/2020 in questa Rivista.

⁵ R. SACCO, *Il diritto africano*, UTET, 1995, p. 80 ss. Sul punto anche E. CAMERON, *Sexual Orientation and the Constitution: A Test Case for Human Rights*, in *South African Law Journal*, 110, 1993, pp. 450-472.

⁶ *Kanane v. The State 2003 (2) BLR 67 (CA)*.

⁷ M. NICOLINI, “*When Southern African Courts Join Judicial Conversation*”: *considerazioni introduttive a una ricerca sugli attori del dialogo costituzionale*, in E. CUKANI, M. DICOSOLA, M. NICOLINI, G. POGGESCHI, *Rischi e potenzialità del dialogo costituzionale globale. Per la costruzione di un ‘itinerario’ geo-giuridico mediante la comparazione nel diritto pubblico*, ESI, Napoli, 2015, pp. 107 – 108.

Il caso *Kanane*, menzionato sopra, è particolarmente significativo per comprendere il percorso che ha portato alla decriminalizzazione della sodomia in Botswana e, in particolare, la decisione ultima della *Court of Appeal* sulla questione.

In *Kanane*, la *Court of Appeal* aveva ritenuto le *sodomy laws* conformi al dettato costituzionale, giustificando la repressione di alcune pratiche omosessuali sulla base della necessità di tutela dell'interesse pubblico, in accordo con quella che i giudici ritenevano la morale sessuale condivisa dalla maggioranza della società botswana. Del tutto diverse le conclusioni cui giunge, quindici anni dopo, la *High Court* nel caso *Letsweletse Motshidiemang*. In quell'occasione, la Corte ravvisa un cambiamento culturale significativo nella società, più incline alla promozione dei diritti Lgbtq, ritenendo così che i tempi siano maturi per la depenalizzazione della sodomia.

3. La parola definitiva della *Court of Appeal* sul reato di sodomia

Il 29 novembre 2021, il Governo del Botswana ricorre in appello avverso la depenalizzazione della sodomia decisa dalla *High Court*. L'*Attorney General* lamenta dinanzi al giudice d'appello il mancato rispetto da parte dell'Alta Corte della regola *stare decisis* e, più nello specifico, del principio del precedente vincolante nella sua portata verticale. Inoltre, egli sostiene che, poiché il Codice penale risale ad un'epoca precedente alla Costituzione, le disposizioni in esso contenute non siano sottoposte al principio di non discriminazione in essa proclamato alla sez. 15. La terza e ultima doglianza riguarda il presunto mancato rispetto della separazione dei poteri da parte dell'Alta Corte. Secondo il Governo, infatti, la censura della fattispecie delle *sodomy law* da parte della Corte costituirebbe una intrusione nella sfera di attribuzione del Parlamento.

3.1 *Stare decisis* e vincolo verticale del precedente

Con riguardo al primo rilievo dell'*Attorney General*, vale a dire il mancato rispetto della regola di *stare decisis* e del vincolo verticale del precedente, ad una prima lettura, la dichiarazione di illegittimità costituzionale delle *sodomy laws* resa dalla *High Court* nel 2019 ribalta nella sostanza il precedente stabilito in *Kanane* dalla *Court of Appeal*, al vertice nell'ordinamento botswano.⁸

⁸ La regola di *stare decisis* è stata recepita in Botswana nel periodo coloniale, quando il Paese era amministrato da un Alto Commissario britannico con sede in Sudafrica. Quest'ultimo trovò conveniente estendere al Botswana il misto di diritto romano-olandese e *common law* inglese allora applicato in Sudafrica. Il funzionamento del principio di *stare decisis* nell'ordinamento botswano è stato affrontato dalla *Court of Appeal* con riguardo al potere della corte di vertice di superare i propri precedenti. C.M FOMBAD, *Highest Courts departing from precedents: the Botswana Court of Appeal in Kveneng Land Board v. Mpoju and Nonong*, in *University of Botswana Law Journal*, vol. 1, 2005, p. 128. Sulla regola di *stare decisis* in Botswana, cfr. anche J.H. PAIN, *The reception of English and Roman-Dutch law in Africa with reference to Botswana, Lesotho and Swaziland*, in II *CILSA*, 1978,

Tuttavia, intervenendo sulla questione, la *Court of Appeal* nega che la decisione resa dalla *High Court* nel caso *Letsweletse Motshidiamang v. Attorney General* costituisca un *overruling* della pronuncia *Kanane*, né ritiene necessario operare un *distinguishing* dal proprio precedente.⁹

Citando la Corte suprema canadese in *Canada (Attorney General) v. Bedford* del 2013, la Corte d'Appello osserva come il principio *stare decisis* sia subordinato al rispetto della Costituzione.¹⁰ Pur ribadendo la validità della regola del precedente vincolante in senso verticale,¹¹ la Corte riconosce l'esistenza di una soglia “*for re-visiting a matter*”. Tale soglia “[...] *is met when a new legal issue is raised, or there is a significant change in the circumstances or the evidence*”.¹²

Nel caso posto all'attenzione della *Court of Appeal* del Botswana le ipotesi avanzate dalla corte canadese – l'analisi di una questione inedita, il mutamento rilevante delle circostanze o l'emersione di nuove evidenze rispetto ai precedenti stabiliti dalla stessa Corte d'appello - sono tutte soddisfatte.

In primo luogo, nella sentenza in commento, la Corte d'appello si sofferma su una questione che non era stata sollevata nel 2003 in *Kanane*, vale a dire l'incompatibilità delle *sodomy laws* con il principio di non discriminazione sancito dalla Costituzione (sez. 15).

A ciò deve aggiungersi che la Corte d'appello ha potuto esaminare numerose evidenze presentate dall'associazione per i diritti delle persone Lgbtq Legabibo, in veste di *amicus curiae*, sulle ricadute negative di tale reato sulla vita e la salute, fisica e psichica, delle persone omosessuali, nonché sulla sua natura discriminatoria a danno di un particolare gruppo di individui.

Tali evidenze non erano state portate all'attenzione della Corte in *Kanane*, rendendo difficile accertare la reale portata negativa delle disposizioni impugnate in materia di diritti fondamentali, tra cui, in primo luogo, la sez. 3 (libertà, riservatezza e dignità) e la sez. 9 (riservatezza), unitamente alla violazione del principio di non discriminazione.

Infine, la Corte si chiede se sia intervenuto, negli anni che separano la pronuncia *Kanane* dal caso *Letsweletse Motshidiamang*, un cambiamento del contesto giuridico e sociale tale da giustificare la depenalizzazione della sodomia.

In *Kanane*, la Corte d'appello affermava che “*the time has not yet (enfasi nostra) arrived to decriminalise homosexual practices even between consenting adult males in private*”.¹³ Secondo la Corte, il precedente lascia una

⁹ Secondo la Corte, “*Leburu J’s judgment did not [...] attempt to ‘over-rule’ Kanane at all. It represented a logical progression, in a different age, of the arguments and reasons advanced in Kanane*” (p. 42)

¹⁰ In *Canada (Attorney General) v. Bedford* 2013 SCC 72, (2013) 3 SCR si legge “*The common law principle of stare decisis is subordinate to the Constitution and cannot require a court to uphold a law which is unconstitutional*” (p. 1101).

¹¹ Nel caso *Mpofu* (2005) la *Court of Appeal* si era interrogata sull'obbligatorietà orizzontale del precedente e sui casi in cui la Corte può operare un *overruling* o un *distinguishing* dal proprio precedente. Cfr. C.M FOMBAD, *Highest Courts departing from precedents*, cit., pp. 128 – 139.

¹² *Canada (Attorney General) v. Bedford* 2013 SCC 72, (2013) 3 SCR, p. 1101.

¹³ *Kanane v. The State*, p. 2

porta aperta ad una futura depenalizzazione del reato di sodomia.¹⁴ Esaminata la giurisprudenza nazionale in tema di diritti Lgbtq e le pronunce di corti straniere, insieme alle nuove evidenze presentate dall'associazione Legabibo, la Corte conclude che le circostanze sono effettivamente cambiate e che il superamento del reato di sodomia non costituisce un indebito *overruling* di *Kanane* da parte di una corte di grado inferiore. Al contrario, decriminalizzando la sodomia, la *High Court* non fa altro che “*endorsing the sentiments expressed [in Kanane], and taking the logical step as decreed therein*”.¹⁵

3.2. Separazione dei poteri e funzione contro-maggioritaria delle corti

Veniamo ora al secondo profilo di censura fatto valere dal Governo dinanzi alla *Court of Appeal*, vale a dire la presunta violazione del principio della separazione dei poteri.

È opinione dell'*Attorney General* che, pronunciandosi in senso favorevole alla depenalizzazione dell'omosessualità, la *High Court* abbia interferito con il mandato del Parlamento, “*which is given the sole power (by section 86) to make law*” (p. 44). Di diverso avviso la *Court of Appeal* che rivendica la funzione contro-maggioritaria della giurisprudenza a tutela dei soggetti maggiormente vulnerabili e delle minoranze.¹⁶

Infine, la *Court of Appeal* respinge l'argomentazione dello Stato secondo cui, risalendo il Codice penale al 1964, precedente dunque all'indipendenza e all'entrata in vigore della Costituzione, esso non sarebbe soggetto al divieto di non discriminazione affermato nella sez. 15 della Carta del 1966.

Di avviso opposto la Corte d'appello, la quale fa notare come il Codice penale sia in realtà già stato oggetto di revisione da parte del legislatore proprio per renderlo conforme al dettato costituzionale post-indipendenza.¹⁷

4. Dalla criminalizzazione degli “atti contro-natura” alla tutela dell'identità sessuale in Botswana

L'apertura delle Corti del Botswana rispetto alla decriminalizzazione della sodomia va considerata alla luce del contesto sociale e giuridico del Paese. Il primo conosce da tempo l'attivismo di associazioni e

¹⁴ “What is clear from the judgment in *Kanane* is that the Court was not closing the door to the possibility, sometimes in the future, of the court finding in another case, in the light of subsequent events, or upon the presentation of convincing evidence, that it would be proper and necessary to strike down the offending sections.”

¹⁵ *Kanane v. The State* 2003 (2) BLR 67 (CA), p.2.

¹⁶ Nelle parole del Giudice estensore Kirby “*It is most unlikely that the popular majority as represented by its elected members of the Parliament, will have any inclination to legislate for the interest of vulnerable individuals or minorities, so the framers, in their wisdom, allocated that task and duty to the Judiciary – a task that every judge must execute in accordance with his or her judicial oath*” [p. 52].

¹⁷ Particolarmente significativa in questo senso è la revisione, richiamata nella pronuncia in commento, del reato di stupro (*rape*), disciplinato dalla sez. 141 c.p. In origine, il Codice stabiliva quanto segue: “*Any male person who has unlawful carnal knowledge of a woman or a girl, without her consent [...] is guilty of the offence termed rape*”. Con il *Penal Code (Amendment) Act. n. 5* del 1998, la fattispecie delittuosa viene resa *gender-blind*, sostituendo “*male person*” e “*woman and girl*” con “*any person*”. Viene così estesa la tutela a tutti gli individui vittime del crimine di stupro, siano essi uomini o donne.

movimenti in favore dei diritti delle minoranze sessuali e di genere, tra cui l'associazione Legabibo, intervenuta nella causa *Letsweletse Motsbidiemang* in qualità di *amicus curiae*. A ciò si aggiunge un lento mutamento degli abiti culturali

Per ciò che attiene il contesto giuridico, l'aspetto forse più significativo della sentenza di conferma della Court of appeal è rappresentato dal decisivo passaggio nell'ordinamento botswana dalla criminalizzazione degli atti omosessuali alla tutela dell'*identità* sessuale, con la conseguente affermazione del diritto di non discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale, oltre che del sesso biologico.¹⁸

In *Letsweletse Motsbidiemang*, infatti, la Corte fa riferimento esplicitamente all'orientamento sessuale quale attributo protetto della persona. Mr. Letsweletse “*does not know why he likes men and does not know why he is different from other men who love women. He has accepted to live with that condition, and it has become his identity*”. Ciò permette anche alla corte di estendere i confini della tutela della privacy oltre la dimensione meramente spaziale per ricomprendere anche la dimensione individuale di scelta.

Il diritto alla riservatezza è strettamente connesso al diritto all'autodeterminazione affettiva e relazionale, così intesa la privacy «*goes far beyond the concept of a man's home being his castle (that is spatial privacy), or merely the right to be left alone. It extends also to protection of the right to make personal choices about one's lifestyle, choice of partner, or intimate relationship*» (p. 57).

A ciò deve aggiungersi il riconoscimento, per la prima volta nella giurisprudenza botswana e in aperto contrasto con quanto affermato dalla stessa Corte d'appello in *Kanane*, delle minoranze sessuali e di genere quale categoria o gruppo particolare meritevole di tutela *ex sez. 3* della Carta costituzionale.¹⁹

La sentenza in commento segna dunque il passaggio nel formante giurisprudenziale da una concezione dell'omosessualità quale “atto” contrario all'ordine naturale delle cose – eredità del *common law* inglese, a sua volta influenzato dalla morale anglicana trascritta nella legislazione coloniale – alla tutela dell'orientamento sessuale quale attributo della persona, in altre parole all'*identità* sessuale.

Rivendicando la cesura con l'epoca coloniale, il giudice Kirby sottolinea che le disposizioni del Codice penale censurate furono introdotte dagli Europei “*for the People not by the people*”.²⁰ Tali fattispecie criminose, afferma la Corte, sono state rese “*unconstitutional by the march of time*” e dal cambiamento del contesto sociale e giuridico (p. 69). E conclude: “*At present, (il reato di sodomia) serve only to stigmatise gay men unnecessarily. [...]*”

¹⁸ Sull'omosessualità come condizione dell'individuo, nella letteratura di matrice culturale occidentale, cfr. M. FOUCALT, *La volontà di sapere*, in ID., *Storia della sessualità*, vol. I, Feltrinelli, Milano, 2001. L. A. osserva che il concetto dell'omosessualità come *condizione* è stato elaborato nel 1869 da Karl M. Benkert. Egli teorizza l'esistenza di una diversa *identità* sessuale, caratterizzata dall'interesse verso persone dello stesso sesso. L'omosessualità così definita si differenzia da quella che, nell'antichità e nel Medioevo, era la raffigurazione dell'*atto omosessuale*, e la sua qualificazione in termini di devianza e peccato. L'atto omosessuale, diversamente dall'inclinazione sessuale, non crea un'identità; esso consiste in un comportamento immorale e, come tale, è punibile dallo Stato.

¹⁹ In *Kanane, la Court of Appeal*, aveva sostenuto che “Gay men and A women do not represent a group or class which at this stage has been shown to require protection under the Constitution” (p. 81).

²⁰ *Attorney General v. Letsweletse Motsbidiemang*, p. 54 – 55.

Those sections have outlived their usefulness and serve only to incentivize law enforcement agents and others to become key-hole peepers and intruders into the private space of citizens. That [...] is neither in the public interest, nor in the nature of Botswana (enfasi nostra)” (p. 69).

Con riguardo a quest’ultima espressione, ossia l’approccio della cultura locale all’omosessualità, è interessante notare come, in alcune occasioni, tale condizione sia stata considerata una condotta estranea al contesto regionale, importata dai colonizzatori europei, giustificandone la criminalizzazione al fine di depurare la società da costumi ritenuti da alcuni “non-africani”.²¹

In conclusione, la depenalizzazione delle *sodomy laws* in Botswana segna un decisivo passaggio giuridico-culturale che indebolisce il paradigma etero-normativo alla base dell’ordinamento, senza tuttavia scardinarlo in via definitiva.²² Al pari di altri ordinamenti dell’area geo-giuridica australe,²³ l’abbandono del paradigma dualista etero-normativo, affidato principalmente al formante giurisprudenziale, si realizza per fasi e gradi, alternando aperture e chiusure delle Corti in diverse materie che coinvolgono i diritti delle persone Lgbtq. Abbiamo così la nota pronuncia del 1998 della Corte costituzionale del Sudafrica nel “*sodomy case*”,²⁴ nella quale la Corte stabilisce la contrarietà al principio costituzionale di non discriminazione in base all’orientamento sessuale del reato di sodomia e, ancora, la censura dell’*Anti-Homosexuality Act, 2014* da parte della Corte costituzionale dell’Uganda nel 2015;²⁵ ma anche la sentenza della *High Court* di Nairobi del 2019 che ribadisce la legittimità costituzionale della repressione penale dell’omosessualità nell’ordinamento keniota.²⁶

Ciò che accomuna l’operato delle Corti è l’ampio ricorso a precedenti stranieri – originati principalmente nell’area d’influenza culturale e giuridica anglosassone -e internazionali, in un costante confronto tra i

²¹ Cfr. A. MIBRAHIM, *LGBT rights in Africa and the discursive role of international human rights law*, in *African Human Rights Law Journal*, n. 15, 2015, pp. 263 – 281; M. VAN ZYL, *Are same-sex marriages un-African? Same-sex relationships and belonging in post-apartheid South Africa*, in *Journal of Social Issues*, n. 67, 2011b, pp. 335–35; E. CAMERON, *Sexual Orientation and the Constitution*, cit., pp. 450-472.

²² Cfr. E. DOLCINI, *Omosessualità, omofobia, diritto penale. Riflessioni a margine del volume di M. Winkler e G. Strazio, L’abominevole diritto. Gay e lesbiche, giudici e legislatori*, 2011, in *Stato, Chiese e Pluralismo confessionale*, 14 maggio, 2012, p. 2; L. GOSIS, *Omofobia e diritto penale: profili comparatistici*, in *Diritto penale contemporaneo*, novembre 2012, p. 4.

²³ M. NICOLINI, “*When Southern African Courts Join Judicial Conversation*”, cit., p. 87. Sulla famiglia giuridica mista dell’Africa australe, M. NICOLINI, *L’altra Law of the land. La famiglia giuridica "mista" dell’Africa australe*, BUP, 2016.

²⁴ *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and another v. Minister of Justice and others (CCT11/98) [1998] ZACC 15; 1999 (1) SA 6*. Cfr. M.C. LOCCHI, *Il movimento globale verso la depenalizzazione dell’omosessualità si arresta a Nairobi: la High Court del Kenya conferma la legittimità costituzionale dell’anti-sodomy law*, Focus Africa 3/2019 in questa rivista.

²⁵ L’*Anti-Homosexuality Act, 2014* proibiva “*any form of sexual relations between persons of the same sex; [...] the promotion or recognition of such relations and [...] other related matters*” (*Sexual minorities Uganda v. Scott Lively, Case 3:12-30051-MAP*, 2015). Tuttavia, pare opportuno sottolineare che le considerazioni della Corte con riguardo alla validità della legge contro l’omosessualità si concentrano prevalentemente su questioni procedurali. Ad oggi, permangono nel Codice penale ugandese le fattispecie delle “*unnatural offences*” (sezz. 145 - 146) e “*indecent practices*” (sez. 148). Inoltre, il 3 maggio 2021, il Parlamento ha approvato in via definitiva il *Sexual Offence Bill, 2019* che criminalizza ulteriormente i rapporti omosessuali.

²⁶ *Constitutional and Human Rights Division of the High Court of Kenya, EG v The Hon. Attorney General of Kenya (Petition no 150 of 2016), JM and 7 Others v The Hon. Attorney General of Kenya (Petition no 234 of 2016) (consolidated), May 24th, 2019*.

principi del costituzionalismo, i crittòtipi tradizionali e i retaggi della legislazione coloniale che agiscono sottotraccia.²⁷

Non di rado, lo scambio dialettico si traduce in pronunciamenti a tutela delle persone Lgbtq in diversi ambiti: dalla registrazione delle associazioni Lgbtq, alla rettifica anagrafica del genere e, ancora, in tema di tutela della salute.²⁸

Il formante giurisprudenziale dell'area geo-giuridica dell'Africa australe – sulla scia in particolare della giurisprudenza sudafricana – sembra dunque, in linea di massima orientarsi, verso l'affermazione della libertà degli individui dal controllo dello Stato sulle manifestazioni della sessualità privata e un rafforzamento della tutela delle minoranze sessuali e di genere.²⁹

Non mancano, tuttavia, i casi, come quello keniota, in cui è il paradigma etero-normativo a prevalere, quale fondamento dell'impianto etico-morale che lo Stato intende preservare nella società, anche attraverso la regolamentazione – tipicamente per mezzo dello strumento penale – di una delle sfere più intime e private dell'individuo: la sessualità.

²⁷ Tra i precedenti citati dalla *Court of Appeal* del Botswana in *Attorney General v. Letsweletse Motsibidiemang* (2021) vi sono casi decisi delle Corti apicali di Sudafrica, Canada, Barbados, Caraibi; oltre alla storica sentenza *Lawrence v. Texas* del 2003, con la quale la Corte Suprema degli Stati Uniti dichiara incostituzionale il reato di sodomia.

²⁸ In Botswana, emblematiche al riguardo sono le pronunce *Thuto Rammoge & 19 Others v Attorney General* (2016), *ND v Attorney General and Another* (2018) 2 BLR 223 (HC), *Tapela and Others v. Attorney General and Others* (2018) 2 BLR 118 (CA). Un timido riconoscimento dei diritti Lgbtq è contenuto anche nella recente sentenza *Simelane*, emessa nell'aprile del 2022 dalla *High Court of eSwatini*, in materia di registrazione di una associazione per la promozione dei diritti Lgbtq. Nella pronuncia in parola, pur rigettando le richieste dei ricorrenti, la Corte riconosce alle persone Lgbtq i diritti protetti ex art. 14 della Costituzione (tra cui il diritto alla vita, alla privacy, alla dignità). Tuttavia, contrariamente ad altre corti africane, tra cui la *Court of Appeal* del Botswana, la tutela viene assicurata alle persone Lgbtq in quanto «*human beings*» e non come gruppo o minoranza meritevole di particolare protezione. Inoltre, la Corte specifica che «*These rights are however subject to the laws as prevailing in the Kingdom, and which have not been challenged anywhere*», tra cui anche le *sodomy laws* che criminalizzano le pratiche omosessuali (Book A, para 61.4, p. 34). *Simelane and Others v Minister for Commerce and Industry and Others* (1897 of 2019) [2022] SZHC 66 (29 April 2022), para 82.

²⁹ V. FEDERICO, *A success story of participation? LGBTI rights in South Africa*, in T. ABBIATE, M. BOCKENFORDE, V. FEDERICO (eds.), *Public Participation in African Constitutionalism*, Routledge, Abingdon, 2018, pp. 271-282.