



## **Rivista di diritto amministrativo**

Publicata in internet all'indirizzo [www.amministrativamente.com](http://www.amministrativamente.com)

### **Diretta da**

Gennaro Terracciano, Stefano Toschei,  
Mauro Orefice e Domenico Mutino

### **Direttore Responsabile**

Marco Cardilli

### **Coordinamento**

L. Ferrara, F. Rota, V. Sarcone

# FASCICOLO N. 10-12/2015

## estratto

Registrata nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009

ISSN 2036-7821

## Comitato scientifico

Salvatore Bonfiglio, Enrico Carloni, Francesco Castiello, Salvatore Cimini, Caterina Cittadino, Gianfranco D'Alessio, Ruggiero Di Pace, Francesca Gagliarducci, Gianluca Gardini, Stefano Gattamelata, Maurizio Greco, Giancarlo Laurini, Angelo Mari, Francesco Saverio Marini, Gerardo Mastrandrea, Pierluigi Matera, Francesco Merloni, Riccardo Nobile, Luca Palamara, Giuseppe Palma, Germana Panzironi, Simonetta Pasqua, Filippo Patroni Griffi, Angelo Piazza, Alessandra Pioggia, Helene Puliati, Umberto Realfonzo, Vincenzo Schioppa, Michel Sciascia, Raffaello Sestini, Leonardo Spagnoletti, Giuseppe Staglianò, Alfredo Storto, Federico Titomanlio, Alessandro Tomassetti, Antonio Uricchio, Italo Volpe.

## Comitato editoriale

Laura Albano, Daniela Bolognino, Caterina Bova, Silvia Carosini, Sergio Contessa, Marco Coviello, Ambrogio De Siano, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Concetta Giunta, Filippo Lacava, Massimo Pellingra, Carlo Rizzo, Stenio Salzano, Ferruccio Sbarbaro, Francesco Soluri, Marco Tartaglione, Stefania Terracciano, Angelo Vitale, Virginio Vitullo.

# Decisione dell'Alta Corte australiana sul non specific sex (ossia il 'caso Norrie'): sentenza isolata o pronuncia revirement?

di Fabrizio Giulimondi.\*

## Sommario

1 Premessa. 2 Il caso Norrie. 3 La giurisprudenza negli altri ordinamenti. 4 Conclusioni.

### 1. Premessa.

Ad oggi il caso dell'Australia rappresenta una anomalia nell'ambito dei Paesi occidentali, essendo l'unica Nazione democratica ad essere priva di un sistema giuridico generale di protezione dei diritti umani, inteso come Carta dei diritti fondamentali (Bill of Rights<sup>1</sup>).

La maggior parte degli Stati ha attuato gli strumenti internazionali di maggior rilievo di garanzia, tutela e protezione dei diritti della persona, come la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 1948, il Patto Internazionale sui diritti civili e politici del 1966 e il Patto Internazionale sui diritti economici, sociali e culturali dello stesso anno che, nonostante la

loro ratifica da parte della autorità governativa, l'ordinamento australiano non li ha ancora tuttora completamente integrati nel proprio sistema giuridico<sup>2</sup>.

La decisione dell'High Court of Australia del 2 aprile 2014<sup>3</sup> si inserisce nel tentativo della giurisprudenza della variegata costellazione giudiziaria australiana di fornire risposte su casi concreti riguardo quaestiones che, direttamente o indirettamente, talora in maniera un po' incerta, attengono situazioni suscettibili nella sfera dei diritti dell'individuo<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Per una panoramica completa v. A. Byrnes, H. Charlesworth, G. Mckinnon, *Bills of rights in Australia: History, politics and law*, New South Wales, University of New South Wales press, 2008; P. Bailey, *The Human Rights Enterprise*, Chatswood, NSW, LexisNexis/Butterworths, 2009; A. Byrnes, H. Charlesworth, *Bills of Rights in Australia: History, Politics and Law*, Sydney, UNSW Press, 2009; M. Ignatieff, *The Lesser Evil: Political Ethics in an Age of Terror*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2004; L. Zedner, *Securing liberty in the face of terror: Reflections from criminal justice*, Cardiff, Journal of Law and Society, 32, 4, pp.507-533, 2005.

<sup>2</sup> V. Rapporto sullo stato dei diritti umani dell'anno 2013 di Amnesty International, in [www.amnesty.it](http://www.amnesty.it).

<sup>3</sup> NSW Registrar of births, deaths and marriages c. Norrie [2014] HCA 11 (2.4.2014), in [www.austlii.edu.au/au/cases/cth/HCA/2014/11](http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/HCA/2014/11).

<sup>4</sup> La decisione in esame si inserisce nel dibattito culturale, politico, dottrinario, giurisprudenziale ed istituzionale sui diritti "di quarta generazione", non ancora del tutto elaborata con precisione essendo un fenomeno molto recente. I diritti di quarta generazione sono quelli relativi al campo delle manipolazioni genetiche, della bioetica e delle nuove tecnologie di comunicazione. Per una visuale articolata del pensiero anglosassone, germanico e francese v. N. Luhmann, *Gesellschaftliche und politische Bedingungen des Rechtsstaates*, in *Politische Planung*, Opladen, 1971, pp.53-

## 2. Il caso Norrie.

La decisione dell'Alta Corte australiana del 2 aprile 2014 è una di quelle pronunzie non solo dirompenti a livello giuridico, sostanziando un *leading case* per la giurisprudenza nazionale<sup>5</sup> e per quella degli altri ordinamenti<sup>6 7 8</sup>, ma anche

---

65; J. Habermas, *Kants Idee des ewigen Friedens: aus dem historischen Abstand von 200 Jahren*, in *Kritische Justiz*, 28, 1995, pp.293-319, ora in J. Habermas, *Die Einbeziehung des Anderen*, Frankfurt am Main 1996, trad.it. L.Ceppa(cur.), *L'inclusione dell'altro*, Milano, Feltrinelli 1998, pp.177-215; M. Ignatieff, *Human rights as politics and idolatry*, Princeton University Press, Princeton, 2001, trad. it *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, Milano, Feltrinelli, 2003; A.Laquière, *État de droit e sovranità nazionale*, in P. Costa, D. Zolo(cur.), *Francia*, in *Lo Stato di diritto: storia, teoria, critica*, Milano 2002, pp.284 ss.; V. Shiva, *Water wars. Privatisation, pollution and profit*, Cambridge(Mass.) 2002(trad. it. Milano, Feltrinelli, 2003).

<sup>5</sup> Cfr. L. Baldassar, *Marias and marriage-Ethnicity, gender and sexuality among italo-australian youth in perth*, in *The Australian and New Zeland Journal of sociology*, 35(1), pp. 359-380; G. Bottomley, M.M. De Lepervanche(cur.), *Ethnicity, class and gender in Australia*, Hyman, ed. Unwin, 1985; R. Haque, M.O. Haque, *Gender, ethnicity and employment*, Verlag, ed. Physica 2009.

<sup>6</sup> Di particolare interesse: v. M. Bova, *Il Consiglio Diritti Umani nel sistema onusiano di promozione e protezione dei diritti umani: profili giuridici ed istituzionali*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2011; AA. VV., *Les dimensions internationales des droits de l'homme*, Paris, UNESCO, 1969; R. Cassin, *Comment proteger les droits de l'homme*, in *Com. internaz.*, 1970, pp.445ss.; C. Zanghì, *La convenzione interamericana dei diritti dell'uomo*, Id, pp. 266 ss.; C. Zanghì, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, Roma, Servizio d'informazione della Presidenza del Consiglio dei Ministri, 1980; P. De Stefani, *La tutela giuridica internazionale dei diritti umani. Casi e materiali*, Padova, Cedam, 1997.

<sup>7</sup> In relazione alla problematica del legame fra transessualità e registrazione anagrafica, capostipite indiscusso della letteratura su tale delicato argomento è R. Galbiati, *"Transessualismo" e rettifica dell'atto di nascita*, in *Giur.it.*, I, 1980; v. anche AA. VV., *Problemi giuridici del Transessualismo*, Napoli, E.S.I., 1981; G. Sciancalepore, *Transessualismo e tutela della persona*, Assago, IPSOA, 2002.

<sup>8</sup> A livello giurisprudenziale di merito e di legittimità in Italia si è affrontato, in senso assolutamente sfavorevole, la questione della trascrizione all'anagrafe di stato civile dei matrimoni fra soggetti dello stesso sesso contratti all'estero: v. da ultimo Trib. Pesaro, decr., 14, 21-10-2014, in *Guida Dir.* 47/2014, pp.15 s.; Corte app. Firenze, sent. 19-

di grande impatto mediatico<sup>9</sup>. A distanza di quindici mesi si vedono i primi effetti di siffatta pronunzia a livello amministrativo nella vicina Nuova Zelanda, il cui ufficio statistico nazionale il 17 luglio 2015 ha introdotto la possibilità, per coloro che non si sentono di appartenere né al genere maschile né a quello femminile, di potersi registrare come "gender diverse" nella raccolta e condivisione delle informazioni pubbliche. Tale classificazione non è tuttavia obbligatoria ma solo raccomandata<sup>10</sup>.

L'incipit della parte motiva della pronunzia<sup>11</sup> esplicita che non tutti gli esseri umani possono essere classificati come maschio o femmina. La normativa del 1995 del Nuovo Galles del Sud

---

9 2014, in M. Adinolfi, *Nozze gay a Grosseto, annullata trascrizione su ordine della Corte di Appello*, in [www.firenze.repubblica.it/cronaca](http://www.firenze.repubblica.it/cronaca); *contra* Corte app. Roma, decr. 13-7-2006, in F. Bilotta, *Un'inattesa apertura costituzionale nonostante la conferma di inesistenza*, in *Guida Dir.* 35/2006, 59ss; Corte cass., sez. 1. civ., sent. 15-3-2012, n. 4184, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 1-10-2014; *last but not least* l'intervento amministrativo da parte del Ministero dell'interno in tema di assenza di legittimità delle trascrizioni dei matrimoni omosessuali contratti all'estero e della loro annullabilità qualora consentite dalla amministrazione comunale: v. Ministero dell'Interno, circ. 7-10-2014, n. 40, *Trascrizioni nei registri dello stato civile dei matrimoni tra persone dello stesso sesso celebrati all'estero*, in [www.interno.gov.it](http://www.interno.gov.it).

<sup>9</sup> Per una visuale dottrina italiana v. G. Palmeri, M.C. Venuti, *Il transessualismo tra autonomia privata ed indisponibilità del corpo*, in *Dir. fam. e pers.*, 4/1999, pp.1331 ss.; P. Veronesi, *Il corpo e la Costituzione*, Milano, Giuffrè, 2007, pp.53 ss.; M.E. La Torre, *La rettificazione di attribuzione di sesso*, in G. Ferrando, M. Fortino, F. Ruscello (cur.), *Famiglia e matrimonio*, *Trattato di diritto di famiglia*, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 1599 ss.; A. Shuster, *L'identità di genere: tutela della persona o difesa dell'ordinamento?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 3/2012, Padova, Cedam.

<sup>10</sup> *Statistics New Zealand, Gender identity standard world-first in New Zealand*, 17-7-2015, in [www.stats.govt.nz](http://www.stats.govt.nz).

<sup>11</sup> Precedenti simili, seppur non eguali, risolti in senso negativo dall'Alta Corte australiana e dal Tribunale Australiano della Famiglia v. A.B. c. Western Australia [2011] HCA 42; Kevin c. Attorney General (cth) [2001] FAMCA, 1074.

sul registro dei nuovi nati, morti e matrimoni<sup>12</sup>, non obbliga – ad avviso della Corte – il richiedente ad indicare specificamente il proprio sesso di appartenenza. Tale mancata prescrizione è alla base della valutazione ermeneutica dell’High Court che è giunta a determinare una categoria qualificabile come non specific sex.

De facto, la situazione su cui si è intrattenuta l’Alta Corte attiene una persona di origine scozzese trasferitasi a Sidney, Norrie, dotata alla nascita di organi riproduttivi maschili e, quindi, classificata come maschio sul certificato di nascita. Tuttavia, Norrie non riconosce se stesso come maschio e si sottopone il 3 aprile 1989 ad un intervento chirurgico che lo trasforma da uomo in donna, con demolizione dell’apparato virile e costruzione degli organi genitali femminili. Tale operazione non ha risolto l’ambiguità sessuale di Norrie.

In data 6 novembre 2009 Norrie presenta istanza al Registrar di Sidney<sup>13</sup> (Nuovo Galles del Sud) affinché il suo sesso venga registrato come ‘non-specifico’. Alla domanda sono allegati le dichiarazioni di due medici professionisti, ognuna delle quali prova la sua sottoposizione ad una procedura di trasformazione chirurgica degli apparati genitali e l’assenza di specifiche caratteristiche che possano ricondurre Norrie ai canonici generi sessuali di maschio e femmina. L’ufficiale dell’ufficio anagrafico, in un primo momento (19 gennaio 2010)<sup>14</sup>, accoglie la dicitura non specific sex per poi, il 17 marzo 2010<sup>15</sup>, non approvarla, rappresentando che il certificato di cambiamento del nome era stato ristampato designando il sesso di Norrie come ‘non-dichiarato’, in luogo di ‘non specifico’.

De iure, dinanzi al Tribunale per le Decisioni Amministrative di prima istanza (ADT) del

Nuovo Galles del Sud, il cancelliere sostiene che i suoi poteri di pubblico ufficiale gli consentivano di registrare una persona unicamente come maschio o femmina. Il tribunale, accogliendo le motivazioni del cancelliere, conferma<sup>16</sup> (anche in sede di appello – appeal panel<sup>17</sup>) che egli non fosse autorizzato a registrare alcuno con l’espressione ‘sesso non-specifico’, in quanto «la legge si basa su un presupposto che tutte le persone possono essere classificate in due sessi distinti e chiaramente identificabili, maschio e femmina».

Norrie impugna la decisione tribunizia alla Corte d’appello (Court of Appeal) del Nuovo Galles del Sud, il quale ha provveduto a rinviare la causa al Tribunale di prime cure per un riesame<sup>18</sup>, in ragione del fatto che la legge de qua<sup>19</sup> «prevede che Norrie potrebbe essere assegnato ad una specifica categoria di sesso diverso da quello maschile o femminile come ‘intersessualità’, ‘transgender’ o ‘androgino’». Questo richiederebbe al tribunale di impegnarsi in una ricerca al fine di determinare il quomodo per ‘etichettare’ Norrie. L’ufficiale dell’anagrafe di Sidney ha appellato tale sentenza innanzi l’Alta Corte d’Australia.

L’Alta Corte, con sentenza del 2 aprile 2014, ha riconosciuto che per l’uso ordinario del linguaggio, parlare di sessi opposti è parlare di categorie contrastanti di sesso, maschio e femmina, mentre la normativa riconosce che il sesso di una persona può essere indeterminato. La disciplina australiana sul sex changing<sup>20</sup> preve-

<sup>12</sup> *Births, Deaths and Marriages Registration Act 1995*, n. 62 (NSW legislation), in [www.legislation.nsw.gov.au](http://www.legislation.nsw.gov.au).

<sup>13</sup> In [www.bdm.nsw.gov.au](http://www.bdm.nsw.gov.au).

<sup>14</sup> Id.

<sup>15</sup> Id.

<sup>16</sup> *Norrie c. NSW registrar of births, deaths and marriages*, [2011]NSWADT102(13-5-2011), in [www.austlii.edu.au/au/cases/nsw/NSWADT/2011/102](http://www.austlii.edu.au/au/cases/nsw/NSWADT/2011/102).

<sup>17</sup> *Norrie c. NSW registrar of births, deaths and marriages*, [2011]NSWADTAP53(29-11-2011), in [www.austlii.edu.au/au/cases/nsw/NSWADTAP/2011/53](http://www.austlii.edu.au/au/cases/nsw/NSWADTAP/2011/53).

<sup>18</sup> *Norrie c. NSW registrar of births, deaths and marriages*, [2013]NSWCA145 31-5-2013), in [www.caselaw.nsw.gov.au/action](http://www.caselaw.nsw.gov.au/action).

<sup>19</sup> V. nota 11).

<sup>20</sup> V. *Australian government guidelines on the recognition of sex and gender*, 2013, in [www.ag.gov.au](http://www.ag.gov.au).

de una procedura medica intrapresa 'per correggere o eliminare le ambiguità' di origine sessuale. Questo significa che, la norma riconosce che qualcuno possa essere diverso da maschio o femmina.

La soluzione di accoglimento della richiesta di Norrie prospettata dal Registrar di Sidney nel citato atto del 19 gennaio 2010 - secondo l'Alto Consesso - era corretta: la registrazione appropriata del suo cambio di sesso era da 'maschio' ('genere' precedente prima di entrare nel Nuovo Galles) a 'non-specifico', ossia quando Norrie è giunto nel Nuovo Galles; al fine di effettuare la registrazione non occorre altro che riconoscere che non tutti quanti sono maschio o femmina e, che la variazione da registrare è da una classificazione antecedente (maschio) a 'non-specifica'.

La Corte ha rilevato che la legge non assegna al cancelliere l'autorità discrezionale per insistere sul fatto che una persona venga registrata come maschio o femmina, quando questa persona non si identifica con nessuna di queste categorie: «non c'è nulla nel testo della legge che dà sostegno all'idea che il l'Ufficiale di stato civile debba avviare, tanto meno risolvere, una controversia relativa al fatto e a pareri che gli sono stati presentati da esperti. Il lavoro del 'Registrar' è quello di mantenere il registro trascrivendo informazioni provate dai membri della comunità».

La Corte ha respinto la tesi del ricorrente che riteneva che registrare il sesso di Norrie come 'non-specifico' potesse cagionare una confusione inaccettabile, sottolineando che questo problema potrebbe sorgere solo se altri atti legislativi richiedessero la necessità che una persona fosse classificata come maschio o femmina ai fini di rapporti giuridici. Nella legislazione australiana, invero, la compresenza dell'elemento maschile e di quello femminile sussiste sola-

mente nell'atto matrimoniale<sup>21</sup>, ove l'unione è fra un maschio e una femmina. L'oggetto del contenzioso non afferendo un atto matrimoniale non determina alcun problema in relazione alla istanza prodotta da Norrie. La Corte a tale proposito ha dichiarato: «L'ufficiale di stato civile, durante il corso della discussione, non ha identificato nessuna disposizione particolare la cui interpretazione impedisca di operare nei confronti di una persona di cui il sesso potrebbe risultare 'non-specifico'».

In tale maniera, la decisione della Corte d'appello è stata modificata. Invece di rinviare il caso al Tribunale per le Decisioni Amministrative del Nuovo Galles del Sud per un riesame, è stato rimandato al Registrar di Sidney per ottemperare alla registrazione del sesso di Norrie come 'non-specifico'.

### 3. La giurisprudenza negli altri ordinamenti.

La decisione dell'Alta Corte Australiana è un unicum - a quanto risulta - in questo ambito<sup>22</sup>.

La giurisprudenza dei tribunali nazionali, di merito e di legittimità, anche di rilievo costituzionale, nonché quelli sovranazionali ed internazionali, non hanno mai affrontato la questione della iscrizione all'anagrafe di una persona non specificata nel proprio genere sessuale (né maschio, né femmina, né omosessuale, né lesbica, né transessuale, et similia). Si configura un genere indefinito, non qualificato né identificato, neutro, come la stampa lo ha definito.

<sup>21</sup> *Marriage Act 12/ 1961*, in [www.comlaw.gov.au](http://www.comlaw.gov.au); *Family Act 53/1975*, in [www.comlaw.gov.au](http://www.comlaw.gov.au).

<sup>22</sup> A tale riguardo cfr. E.Battaglia, "Sesso" e "orientamento sessuale" nell'interpretazione dell'art.141 CE alla luce della sentenza *K.B.c.Regno Unito*, in *Il Dir.Un.Eur.*3/2004, p.599; R.Conti,R.Foglia, *Osservatorio della Corte di Giustizia della Comunità Europea*, in *Corr.Giu.*4/2004; L.Trucco, *Il transessualismo nella giurisprudenza europea dei diritti dell'uomo alla luce del diritto comparato*, in *Dir. Pubbl. Comp.*, 2003, I, pp.371ss.;R.Moccia, *Problemi del transessualismo nella giurisprudenza francese*, in *Foro it.*, IV, 1984.

Vi sono interventi giurisprudenziali che affrontano questioni limitrofe a quella su cui è intervenuta l'High Court of Australia.

Primo fra tutti è da mettere in luce la recentissima pronuncia della Corte Suprema della Repubblica dell'India<sup>23</sup> del 15 aprile 2014<sup>24</sup> che, nel rispetto della Parte III della Costituzione riservata ai fundamental rights e, segnatamente, degli art. 14<sup>25</sup>, 15<sup>26</sup>, 16<sup>27</sup> e 21<sup>28</sup>, riconosce a «ogni

essere umano il diritto di scegliere a quale genere sessuale appartenere», precisa che «gli indiani transessuali sono cittadini, a cui devono essere garantiti gli stessi diritti degli altri» e, ribadisce che «lo spirito della costituzione è assicurare a ogni cittadino le stesse opportunità di crescere e realizzare il suo potenziale, a prescindere dalla casta, dalla religione o dal sesso». La decisione della Corte Suprema si rivolge agli individui che hanno assunto caratteristiche fisiche del sesso opposto o si presentano con un

<sup>23</sup> Per una visione di insieme sulle problematiche giuridiche e sociali in tema di diritti degli omosessuali, dei transessuali e la questione gender v. R. Vanita, *Thinking Beyond Gender in India*, in R. Vanita, *Gandhi's Tiger and Sita's Smile: Essays on Gender, Sexuality and Culture*, New Delhi, Yoda Press, 2005; L. Caputo, *Tra India ed Occidente: una panoramica su "cultura", "femminismo" e politiche di "genere"*, in *Jura Gentium*, 2012, 2, pp.1-9; G.Reddy, *With respect to sex negotiating hijra identity in South India*, Chicago, The University of Chicago Press Books, 2005.

<sup>24</sup> Writ petition(civil) no. 400 of 2012, *National Legal Services Authority v. Union of Indian and others with writ petition (civil)*, 604/2013, *New Daily* 15-4-2014, in [www.supremecourtsofindia.nic](http://www.supremecourtsofindia.nic).

<sup>25</sup> «14. The State shall not deny to any person equality before the law or the equal protection of the laws within the territory of India.» .

<sup>26</sup> «15. (1) The State shall not discriminate against any citizen on grounds only of religion, race, caste, sex, place of birth or any of them. (2) No citizen shall, on grounds only of religion, race, caste, sex, place of birth or any of them, be subject to any disability, liability, restriction or condition with regard to— access to shops, public restaurants, hotels and places of public entertainment; or the use of wells, tanks, bathing ghats, roads and places of public resort maintained wholly or partly out of State funds or dedicated to the use of the general public.(3) Nothing in this article shall prevent the State from making any special provision for women and children.(4) Nothing in this article or in clause of article 29 shall prevent the State from making any special provision for the advancement of any socially and educationally backward classes of citizens or for the Scheduled Castes and the Scheduled Tribes. (5) Nothing in this article or in sub-clause of clause of article 19 shall prevent the State from making any special provision, by law, for the advancement of any socially and educationally backward classes of citizens or for the Scheduled Castes or the Scheduled Tribes in so far as such special provisions relate to their admission to educational institutions including private educational institutions, whether aided or unaided by the State, other than the minority educational institutions referred to in clause of article 30.».

<sup>27</sup> «16. (1) There shall be equality of opportunity for all citizens in matters relating to employment or appointment to any office under the State. (2) No citizen shall, on grounds only of religion, race, caste, sex, descent, place of birth, residence or any of them, be ineligible for, or discriminated against in respect of, any employment or office under the State. (3) Nothing in this article shall prevent Parliament from making any law prescribing, in regard to a class or classes of employment or appointment to an office under the Government of, or any local or other authority within, a State or Union territory, any requirement as to residence within that State or Union territory prior to such employment or appointment. (4) Nothing in this article shall prevent the State from making any provision for the reservation of appointments or posts in favour of any backward class of citizens which, in the opinion of the State, is not adequately represented in the services under the State. (4A) Nothing in this article shall prevent the State from making any provision for reservation in matters of promotion, with consequential seniority, to any class or classes of posts in the services under the State in favour of the Scheduled Castes and the Scheduled Tribes which, in the opinion of the State, are not adequately represented in the services under the State.(4B) Nothing in this article shall prevent the State from considering any unfilled vacancies of a year which are reserved for being filled up in that year in accordance with any provision for reservation made under clause (4) or clause (4A) as a separate class of vacancies to be filled up in any succeeding year or years and such class of vacancies shall not be considered together with the vacancies of the year in which they are being filled up for determining the ceiling of fifty per cent. reservation on total number of vacancies of that year. (5) Nothing in this article shall affect the operation of any law which provides that the incumbent of an office in connection with the affairs of any religious or denominational institution or any member of the governing body thereof shall be a person professing a particular religion or belonging to a particular denomination.».

<sup>28</sup> «21. No person shall be deprived of his life or personal liberty except according to procedure established by law.».

aspetto che non coincide con il genere che avevano alla nascita<sup>29</sup>. La sentenza obbliga i governi nazionali e federali dell'India a garantire a queste persone l'accesso agli stessi programmi di welfare previsti per le altre minoranze 'svantaggiate economicamente e socialmente'.

Di particolare interesse, invece, nel Vecchio Continente<sup>30</sup>, è l'arret dell'11 luglio 2002 della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, ric. n. 28957/95, *C. Goodwin c/Regno Unito*<sup>31</sup>.

L'approccio interpretativo dell'art. 8 CEDU ad opera della Corte di Strasburgo non si limita a tutelare la vita privata solamente come sinonimo di intimità. I giudici della Corte EDU riconoscono alla vita privata una dimensione quale massima espressione della libertà personale. Per questa via si garantiscono come fondamentali, diritti - quale l'autodeterminazione - capaci di esaltare la persona umana ed il suo sviluppo<sup>32</sup>. Il diritto di autodeterminazione di un individuo<sup>33</sup> per la Corte passa anche attraverso il

riconoscimento giuridico dell'avvenuto cambiamento del proprio sesso, a partire dalla documentazione rilasciata dalla anagrafe.

Il criterio attuale per determinare il sesso di una persona - sempre ad avviso della Corte Edu - non può più essere unicamente quello biologico. La non concordanza di fattori biologici di un transessuale operato con quelli presenti al momento della nascita, non può costituire un sufficiente motivo per rifiutare il riconoscimento giuridico del cambiamento del sesso dell'interessato, anche a livello certificativo e documentale ad opera degli uffici pubblici (primo fra tutti quello anagrafico).

Altri fattori devono essere tenuti in considerazione: il riconoscimento da parte della comunità medica e della autorità sanitaria dello Stato contraente, di una situazione clinica di turbamento dell'identità sessuale; l'offerta di trattamenti - ivi compresi gli interventi chirurgici - che permettono alla persona interessata di avvicinarsi, per quanto possibile, al sesso al quale sente di appartenere; l'adozione da parte della stessa persona del ruolo sociale determinato dal suo nuovo sesso<sup>34</sup>.

La Corte Edu, all'interno dello sviluppo argomentativo della decisione *Goodwin c/Regno Unito del 2002*<sup>35</sup>, mette in luce la necessità che la

<sup>29</sup> In lingua indi sono chiamati *hijra*, letteralmente eunuchi, locuzione che, trasbordata nella sfera giuridico-sociologica occidentale, va intesa come *transgender* o transessuale (*Agrawal, Anuja, Gendered bodies: the Case of the "Third Gender" in India*, in *Contributions to indian sociology, new series*, 31/1997, p.273).

<sup>30</sup> Per una articolata panoramica sulla attività della C. Edu v. *M. Donald, The european system for the protection of human rights, Dordrecht, 1993*; *L. E. Petitti, E. Decaux, P.H. Imbert, La convention européenne des droits de l'homme - Commentaire article par article, Paris, Economica, 1999*; *M. De Salvia, La Convenzione europea dei diritti dell'uomo - Procedure e contenuti, Napoli, Editoriale scientifica, 2001*; *A. Lorenzetti, Diritti in transito. La condizione giuridica delle persone transessuali, Milano, Franco Angeli, 2013, pp.165-189*.

<sup>31</sup> Per una approfondita riflessione su questa decisione v. *G. Zanchini, Transessualità: da Strasburgo un'importante sentenza*, in [www.unionedirittiumani.it](http://www.unionedirittiumani.it); *S. Bartole, B. Conforti, G. Maimonti, Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, Cedam, 2001.

<sup>32</sup> Cfr. *P. Castagnetti, F. Mioni, L'Europa e la quarta generazione dei diritti*, Parma, Edizione Dabasis, 1996.

<sup>33</sup> Sul principio di autodeterminazione dell'individuo v. *S. Sontag, T. Todorov, M. Ignatieff, Troppo umano: la giustizia nell'era della globalizzazione*, Milano, Oscar Mondadori,

2005; *A. Algostino, L'ambigua universalità dei diritti: diritti occidentali o diritti della persona umana?*, Napoli, Jovene, 2005; *P. Alston, A. Assese, Ripensare i diritti umani nel 21° secolo*, Torino, Ega, 2003; *S. Anastasia, L'appello ai diritti. Diritti e ordinamenti nella modernità e dopo*, Torino, G. Giappichelli, 2008; *G. Bronzini, I diritti del popolo mondo*, Roma, Manifestolibri, 2004; *P. Calegari, Le dichiarazioni dei diritti fondamentali: un metodo per il confronto*, Verona, Ombre corte, 2004; *F. A. Cappelletti, Il diritto e il diverso: per una storia dei diritti umani*, Torino, G. Giappichelli, 2004.

<sup>34</sup> Cfr. *V. Colcelli, L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo*, in [www.diritti-cedu.unipg.it](http://www.diritti-cedu.unipg.it).

<sup>35</sup> Per una visione di insieme della giurisprudenza delle Corti degli Stati Membri della Unione Europea in *subiecta materia* v. *S.P. Panunzio (cur.), I diritti fondamentali e le corti in Europa*, Napoli, Jovene, 2005; *M. Cartabia (cur.), I diritti*

Gran Bretagna (e, di conseguenza, tutti gli altri Stati Contraenti che versano nella medesima situazione), adottò misure giuridiche appropriate per risolvere i problemi che affliggono i transessuali, anche in relazione alle questioni concernenti gli atti di nascita, et alia, tenendo in debita valutazione l'evoluzione scientifica e sociale.<sup>36</sup>

In Italia<sup>37</sup> le aule giudiziarie sono riuscite ad andare oltre quanto 'auspicato' dalla Corte di Strasburgo.

La recentissima giurisprudenza di merito, seppur in alcune suoi limitati pronunciamenti, ha disposto, in forza di provvedimento giudiziario, l'iscrizione alla anagrafe comunale del ricorrente non con il sesso del momento della nascita, bensì con quello a cui questi si sentiva di appartenere, senza alcuna sottoposizione da parte del medesimo ad interventi chirurgici.

La legge italiana del 14 aprile 1982, n. 164<sup>38</sup>, in materia di rettificazione di attribuzione di ses-

so, all'art. 3, comma 1<sup>39</sup>, recita: «Il tribunale, quando risulta necessario un adeguamento di caratteri sessuali da realizzare mediante intervento medico-chirurgico, lo autorizza con sentenza. ».

Il tribunale di Rovereto, in virtù di una sentenza depositata il 3 maggio 2013 e passata in giudicato il 30 luglio dello stesso anno<sup>40</sup>, ha riconosciuto ad una persona che non si era sottoposta ad operazione modificativa dei propri organi genitali e, altresì, che non intendeva sottoporvisi, senza alcun accertamento di sterilità della stessa, il diritto ad ottenere il cambio del genere anagrafico ai sensi della cennata normativa.

Sulla medesima linea interpretativa si sono poste due precedenti decisioni del tribunale di Roma: gli arresti del 18 ottobre 1997<sup>41</sup> e dell'11 marzo 2011<sup>42</sup>, secondo i quali il trattamento medico chirurgico, previsto dalla legge 164/82, è necessario nel solo caso in cui occorra assicurare al soggetto transessuale uno stabile equilibrio psicofisico, qualora la discrepanza tra psicosexualità ed il sesso anatomico determini nel soggetto un atteggiamento conflittuale di rifiuto nei confronti dei propri organi genitali. Laddove non sussista tale conflittualità, non risulta essere necessario, al fine del mutamento del genere sessuale e, di conseguenza, della registrazione dei dati identificativi anagrafici, passare per la sala operatoria.

Dirimente diviene il benessere psicofisico del soggetto: un intervento chirurgico è necessario solo ove sia utile per rimediare all'eventuale contrasto con il vissuto della persona.

Ulteriore quid novi rispetto alla giurisprudenza maggioritaria si sostanzia nell'ancorare

---

*in azione: universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, Il Mulino, 2007.

<sup>36</sup> Uno fra tutti come precedente giurisprudenziale v. Corte Edu, sent. 10-10-1986, ric. 9532/81, Rees c. Royaume - Uni, in *hudoc.echr.coe.int*; casi analoghi v. sent. 23-5-2006, ric. n. 32570/03, Grant c. Regno Unito, in *cmiskp.echr.coe.int*; sent. 29-04-2002, ric. n. 2346/02, Pretty c. Regno Unito, in *Guida Dir*, 21/2002, p. 97.

<sup>37</sup> Per una attenta analisi italiana dei c.d. diritti di quarta generazione v. A. Cassese, *I diritti umani oggi*, Roma, GLF editori Laterza, 2005; T. Pitch, *I diritti fondamentali: differenze culturali, diseguaglianze sociali, differenza sessuale*, Torino, G. Giappichelli, 2004; A. Cassese, *Umano-disumano. Commissariati e prigionie nell'Europa di oggi*, Roma-Bari 1994; A. Pizzorno, *Il potere dei giudici. Stato democratico e controllo di virtù*, Roma-Bari 1998; D. Zolo, *Una 'pietra miliare'?*, in *Dir. Pubbl.*, 2001, 3, pp. 1011-1130; M.R. Ferrarese, *Il diritto al presente: globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, Il Mulino 2002; P.P. Portinaro, *Oltre lo Stato di diritto. Tirannia dei giudici o anarchia degli avvocati?*, in *Stato dir*, P. Costa, D. Zolo, Milano (cur.), 2002, pp. 387ss.; D. Zolo, *Il diritto all'acqua come diritto sociale e come diritto collettivo*, in *Dir. pubbl.*, 2005, 1, pp. 125-142; N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1990.

<sup>38</sup> Per una accurata disamina della giurisprudenza italiana antecedente e susseguente alla legge 164/1982 v. M.C. Di

---

Gangi, *Le nuove frontiere giuridiche della transessualità: brevi osservazioni comparatistiche*, in *www.diritto.it*, 18-9-2009.

<sup>39</sup> L'art. 3, legge 14-4-1982, n. 164, è stato abrogato dall'art. 34, c. 39, d.lgs. 1-9-2011, n. 150 e assorbito nell'art. 31, c. 4, d.lgs. 150/2011.

<sup>40</sup> In *www.crisalide-azionetrans.it*.

<sup>41</sup> In *DFP*, 1998, 1033.

<sup>42</sup> In *www.certidiritti.it*.

l'interpretazione della legge allo stesso dato costituzionale. Sostengono i tribunali di Roma e di Rovereto che « tale condivisa interpretazione poggia, per un verso, sulla considerazione che il dato letterale della legge 164/1982 legittima una rettificazione di sesso anche in assenza di preventivo intervento chirurgico, e ciò in quanto prevede solo che debba essere autorizzato quando necessario, (senza peraltro precisare i termini dello stato di necessità e nemmeno specificare se per caratteri sessuali debbano intendersi quelli primari o secondari e fino a che punto debbano essere modificati) e, per altro verso, su una lettura costituzionalmente orientata della normativa in parola, ponendosi sulla scia della pronuncia della Corte costituzionale n. 161/1985 che ha identificato un concetto ampio di identità sessuale ex art. 2 e 32 Costituzione»<sup>43</sup>.

La recentissima sentenza della Corte di Cassazione del 20 luglio 2015 conferma siffatta linea ermeneutica<sup>44</sup>.

Gli art. 3 e 4, comma 3, secondo periodo, legge argentina 9 maggio 2012, n. 26.743, in tema di identità di genere<sup>45</sup>, positivizzano, prima fra le normazioni in suddetta materia, tale indicazione giurisprudenziale di merito minoritaria italiana, prescrivendo: (art. 3) «Chiunque può chiedere la registrazione della correzione di sesso, e il cambiamento di nome e dell'immagine se non coincide con l'auto-percepita identità di genere»; (art. 4, c. 3, secondo periodo) «In nessun caso potrà essere richiesto un intervento chirurgico di riassegnazione totale o parziale, o pretendere terapie ormonali o trattamento psicologico o medico.»<sup>46</sup>.sss

<sup>43</sup> Id., 1-8- 2013.

<sup>44</sup> Corte cass., sez. 1. civ., sent. 20-7-2015, n. 15138, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it).

<sup>45</sup> Legge 9-5-2012, n. 26.743 sulla identità di genere, pubbl. in *Boletín Oficial* 245-2012, n. 32404.

<sup>46</sup> Per una analisi comparata delle posizioni dottrinarie su tale tema nell'area sudamericana v. R. Raupp Rios, *Derechos sexuales: orientación sexuales e identidad de género en el derecho*

#### 4-Conclusioni.

Robert Bork<sup>47</sup>, candidato alla Corte Suprema degli Stati Uniti e nel passato stimato Avvocato Generale dello Stato, ha posto in luce come l'attivismo giudiziario<sup>48</sup> presente non solo in Canada<sup>49</sup> e negli Stati Uniti d'America<sup>50</sup>, ma anche in Israele<sup>51 52</sup>, abbia, di fatto, usurpato ed

---

brasileño, in *Rev. Gen. dr. Const* 2, 17/2013, 10; M. Herrera, N. De La Torre, *De identidad y familias aportes al debate sobre al matrimonio entre personas del mismo sexo en el derecho argentino*, in *Id.*, pp. 1-62.

<sup>47</sup> R.H. Bork, *Coercing Virtue. The worldwide rule of judge*, Washington, D.C., AEI Press, 2003.

<sup>48</sup> Un interessante studio sull'interventismo giudiziario su temi etici (e non solo): F. Moroni, *Soltanto alla legge: l'indipendenza della magistratura dal 1945 a oggi*, Roma, Effepi libri, 2005.

<sup>49</sup> Cfr. E. Ceccherini, *The principle against discrimination on the grounds of sexual orientation: a brief survey of the debate from the perspective of different constitutional systems*, in E. Ceccherini (cur.), *Sexual orientation in Canadian law*, Milano, Giuffrè, 2004, 57; C. Casonato, *Procreazione assistita e pluralismo: l'esempio dell'Assisted Human Procreation Act canadese*, in C. Casonato, T. E. Frosini (cur.), *La procreazione assistita nel diritto comparato*, Torino, Giappichelli, 2006, pp. 23-36.

<sup>50</sup> Cfr. R.L. Petrillo, *Democrazie sotto pressione. Parlamenti e lobby nel diritto pubblico comparato*, Roma, Giuffrè, 2011, pp. 191-244.

<sup>51</sup> Cfr. L. Pierdominici, *L'evoluzione costituzionale israeliana nella giurisprudenza della Corte Suprema*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2/2012.

<sup>52</sup> *Ad adiuvandum* del pensiero dell'Autore, negli ultimi mesi, anche l'Australia e l'India, come esplorato nel presente scritto. In seno all'ordinamento giuridico italiano si può rilevare una azione giurisdizionale sulla medesima linea di pensiero, al pari - prendendo in considerazione sempre le decisioni degli organi supremi giudiziari costituzionali - Corte cost. 10, 11-6-2014 n. 170, in G.U. 18-06-2014, che ha dichiarato costituzionalmente illegittimi gli art. 2 e 4 della legge 14-6-1982, n. 164 ("Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso"), nonché - in via consequenziale, l'art. 31, c. 6, d.lgs. 1-9-2011, n. 150 ("Disposizioni complementari al codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione, ai sensi dell'articolo 54 della legge 18-6- 2009, n. 69), nella parte in cui non prevedono che la sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso di uno dei coniugi, che provoca e determina lo scioglimen-

esautorato il potere legislativo che è il vero detentore della volontà popolare: «L'internazionalizzazione della legge e la conseguente internazionalizzazione dell'attivismo giudiziario prende varie forme. La prima di queste è la recente tendenza delle corti nazionali a citare le decisioni prese da corti estere (che fanno riferimento) alla loro costituzione»<sup>53</sup>.

Dai primi anni settanta si è dato luogo alla normativizzazione e alla giurisdizionalizzazione della disciplina e della tutela della sfera della identità sessuale, parallelamente alla evoluzione sociale del concetto di 'genere' (inteso in senso maschile e femminile, corrispondente all'essere uomo ed all'essere donna), che si è trasformato intorno alla metà del secolo scorso in 'generi' gay, bisexual, lesbian, transexual.

Una evoluzione ulteriore del dibattito de qua avviene negli anni '90 con la sostituzione in luogo di 'genere' della 'identità transgender', la cui ideologia sottostante proclama l'indifferenza della dicotomia sessuale binaria uomo/donna<sup>54</sup> e chiede che gli ordinamenti nazionali, sovranazionali ed internazionali, la proteggano e la tutelino<sup>55</sup>.

La stessa decisione australiana qui in esame, in un passaggio dell'iter argomentativo della parte motiva, considera la terminologia normalmente adoperata per indicare il dualismo maschio/ femmina, intrinsecamente occultante una dicotomia e una contrapposizione estranea alla legislazione del Paese oceanico: la statuizione in

parola si cala nella gender/queer theory, che annulla il discrimen maschile/femminile, in ragione della 'performatività' del lessico. Il linguaggio inteso come 'performativo' non è altro che il risultato di atti che, ripetendosi, generano una prassi, senza che esista una essenza oggettiva e oggettivabile preesistente alle parole stesse<sup>56</sup>.

Il principio giuridico espresso dall'High Court of Australia, pertanto, aderisce alla cultura queer.

Queer<sup>57</sup> è un termine controverso: in lingua inglese significa letteralmente 'insolito', ma viene utilizzato anche in altre lingue per indicare quelle persone il cui orientamento sessuale non sia eterosessuale. Da termine generico, negativo, squalificante, utilizzato per persone omosessuali, bisessuali, transessuali, dal 1990 ha assunto una valenza sociologica e politica. Dal punto di vista lessicale l'espressione deriva dallo slang anglosassone per il quale il senso era primariamente dispregiativo e indicava il 'diverso', lo 'strano', lo 'svitato', in riferimento alla sua sessualità. Recentemente, invece, l'espressione ha assunto una accezione positiva, collegandosi ad una 'identità fluida' che rifiuta di collocarsi nell'ambito della classificazione binaria, sia in riferimento al sesso biologico (maschio e femmina) che ai generi (bisessuale, omosessuale, eterosessuale, etc.).

L'essere queer è per sua definizione una negazione di una identità definibile, e configura un'opzione radicale attualmente legata ad ambiti accademici, politici e ideologici

---

to del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio, consenta, comunque, ove entrambi lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che tuteli adeguatamente i diritti e gli obblighi della coppia medesima, con le modalità da statuirsi dal legislatore.

<sup>53</sup> R.H.Bork, *cit*, p. 17.

<sup>54</sup> E l'intervento dell'Alta Corte australiana del 2-4-2014 è l'ultimo puzzle di questo approccio sociale, culturale e giuridico.

<sup>55</sup> G. Amato, *Omofoobia o eterofoobia*, Verona, Edizioni Fede & Cultura, 2014.

<sup>56</sup> V.D. Nerozzi, *L'uomo nuovo, dallo scimpanzé al bonobo*, Soveria Mannelli, Rubettino, 2008.

<sup>57</sup> Sulla "queer theory" si è molto scritto, ma per le pubblicazioni di maggiore interesse v.A. Jagose, *Queer Theory: an introduction*, New York, New York University press, 1996; T. De Lauretis, *Queer Theory: Lesbian and Gay Sexualities. An Introduction, differences*, in *A Journal of Feminist Cultural Studies*, 3, 2, 1991, pp. III-XVIII; D. Hugh, *On queer street: a social history of British homosexuality, 1895-1995*, Londra, HarperCollins, 1997; T.A. Dowson, *Why Queer Archaeology? An Introduction*, in *World Archaeology*, 2000, 32, 2, p. 161.

dell'attivismo di genere, in fase di espansione nella letteratura scientifica, biomedica, psicologica, sociologica e giurisprudenziale, come dimostra la pronunzia australiana in esame.

In conclusione, possiamo affermare che quest'ultima, unitamente ai cennati precedenti giurisprudenziali, dottrinari e legislativi, ha svolto un ruolo di traghettatrice fra l'ermafroditismo biologico e quello giuridico e, segnatamente, giuspubblicistico, surrogandosi a discipline<sup>58</sup>, al pari della biologia, della psicanalisi e della psichiatria, che dovrebbero invece rappresentare l'autentica risposta, la vera strumentazione tecnica, il reale avamposto culturale, per la soluzione di disagi e disturbi, talora di non poco momento, di origine sessuale, psicologica e psichiatrica<sup>59</sup>.

---

<sup>58</sup> Per un utile studio in campo psicopatologico, psichiatrico, medico-neurologico e sociologico sulla transessualità v. B. Vanessa, *Le identità sessuali*, Roma, Carocci, 2003; E. Belgrano, C. Trombetta, B. Fabris, *Il transessualismo: identificazione di un percorso diagnostico e terapeutico*, Milano, Kurtis, 1999; F. Bottone, P. Valerio, R. Vitelli, *L'enigma del transessualismo. Riflessioni cliniche e teoriche*, Milano, Franco Angeli, 2004; S. Cipressa, *Il fenomeno transessuale fra medicina e morale*, Palermo, Istituto Siciliano di Bioetica, 2001; D. Dettore, *Il disturbo dell'identità di genere. Diagnosi, eziologia, trattamento*, Milano, McGraw Hill, 2005; A. Godino, A. Lacarbonara, *Identità multiple. Psicologie del transessualismo*, Milano, Franco Angeli, 1998; L. Cosimo, P. Martini, *Aspetti e problemi medico-legali del transessualismo*, Roma, Giuffrè, 1991; A. Nunziante Cesaro, P. Valerio, *Dilemmi dell'identità: chi siamo? Saggi psicoanalitici sul genere e dintorni*, Milano, Franco Angeli, 2006; V. Ruggieri, A. Ravenna, *Transessualismo e identità di genere. Indagine clinica e sperimentale*, Roma, E.U.R.-Edizione Universitaria Romana, 1990; E. Ruspini, *Le identità digenere*, Roma, Carocci, 2003; P. Valerio, M. Bottone, R. Galiani, *Il transessualismo. Saggi psicoanalitici*, Milano, Franco Angeli, 2001.

<sup>59</sup> A conforto di tale linea di pensiero v. C. Atzori, *Il binario indifferente*, Milano, Sugarco Edizioni, 2010.