

## Recenti interventi normativi e giurisprudenziali in tema di transizione sessuale e legami familiari

1. Transizione sessuale e rapporti coniugali: gli effetti della pronuncia di rettificazione e il divorzio c.d. imposto. – 2. Le questioni di legittimità costituzionale sollevate dalla Cassazione n. 14329/2013 e la sentenza della Corte costituzionale n. 170/2014. – 3. La genitorialità transessuale e l'interesse del minore. – 4. Riflessioni conclusive.

### **1. Transizione sessuale e rapporti coniugali: gli effetti della pronuncia di rettificazione e il divorzio c.d. imposto**

Nella prospettiva del “diritto di famiglia”, mentre alcun rilievo d'ordine critico riveste il diritto delle persone transessuali di contrarre matrimonio dopo l'avvenuto mutamento di sesso, di stretta attualità appare il decreto sulla semplificazione n. 150 del 2011, che interviene a modificare la procedura sulla rettificazione dell'attribuzione del sesso, già assai criticabile perché scarna e lacunosa e che di fatto coinvolge anche lo scioglimento del matrimonio contratto dalla persona, transitata verso l'altro sesso.

La questione è ben nota già prima del 2011, giacché a seguito dell'entrata in vigore della disciplina 164/1982, si reputava che la transizione sessuale provocasse sul matrimonio uno scioglimento automatico in virtù della disposizione dell'art. 4 della disciplina, unico riferimento normativo in tema. Sulla base dell'art. 4, infatti, l'ordine rivolto all'ufficiale dello stato civile di rettificazione dei registri produceva automaticamente l'effetto di sciogliere il vincolo matrimoniale tramite l'annotazione anche a margine dell'atto di matrimonio, da dichiarare ad opera del Tribunale, anche in assenza di autonoma domanda di parte. L'entrata in vigore della novella del 1987, di modifica della disciplina 898/1970, e in particolare l'introduzione della norma racchiusa nella lett. g) del numero 2 dell'art. 3 l. div., ha prodotto, secondo i più, l'effetto di sovvertire il sistema sopra prefigurato, in ragione della prevalenza della competenza delle regole divorzili (oppure secondo

un rigoroso criterio di successioni di leggi nel tempo), che ha tolto vigore alla norma di cui all'art. 4, l. 164/1982, alla quale resterebbe una mera funzione di rinvio, in favore della specifica causa di scioglimento del vincolo coniugale<sup>1</sup>. Introducendo un'autonoma causa divorzile, il legislatore è parso voler rispondere alla ragionevole esigenza di garantire un'adeguata tutela dei coniugi e della prole con un distinto e deputato procedimento, idoneo ad assicurare tutti i profili di ordine sostanziale e processuale, propri di un giudizio "a contenuto familiarista"<sup>2</sup>. L'esito di siffatta modifica normativa è stato quello del ripristino in vigore delle regole tipiche del procedimento in parola, primo fra tutte il principio della domanda di parte (di entrambe le parti), la competenza del giudice divorzile all'emanazione dei provvedimenti a favore della prole, pure quelli provvisori ed urgenti, il potere discrezionale di avvalersi di indagini psicosociali, mediante il conferimento d'incarico ad un consulente o ai servizi sociali territoriali, nelle ipotesi di giudizi contenziosi con un alto tasso di conflittualità<sup>3</sup>. La supremazia delle regole divorzili si è estesa, pertanto, anche all'obbligo per il giudice di espletare preventivamente il tentativo di conciliazione, il quale, se può in qualche modo definirsi "grottesco"<sup>4</sup>, lo è più che altro per la difficoltà teorica di sostenere un matrimonio omosessuale *ex post* in ordinamento che non lo ammette *ex ante*, e non tanto in virtù della considerazione che non possa continuare a permanere, dopo l'avvenuta transizione sessuale, una comunione di vita materiale e spirituale fra due persone (divenute/dichiarate) dello stesso sesso, fra le quali esiste(va) un vincolo coniugale<sup>5</sup>. Se nessuno dei due coniugi intendesse promuovere ricorso divorzile, pertanto, il matrimonio permanerebbe in vita, non potendo

<sup>1</sup> Anche dopo 1987, il regime indicato permane in vigore secondo M.E. LA TORRE, *La rettificazione di attribuzione di sesso*, in *Tratt. dir. fam. Zatti*, II, Milano, 2002, p. 1201.

<sup>2</sup> P. STANZIONE, *Transessualismo e sensibilità del giurista: una rilettura attuale della legge n. 164/82*, in *Dir. fam. pers.*, 2009, II, p. 723.

<sup>3</sup> Si veda, tuttavia, Trib. Fermo, 28 febbraio 1996, in *Foro it.*, I, c. 1656.

<sup>4</sup> G. BONILINI, *Rettificazione di attribuzione di sesso, e scioglimento automatico del matrimonio ai sensi dell'art. 31 d.lgs. n. 150/2011*, in *Fam. pers. succ.*, 2011, p. 87; F. FINOCCHIARO, *Del matrimonio*, II, in *Comm. Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 1993, p. 106 s.

<sup>5</sup> Riferiscono A. LORENZETTI e A. SCHUSTER, *Corte costituzionale e Corte europea dei diritti umani: l'astratto paradigma eterosessuale del matrimonio può prevalere sulla tutela concreta del matrimonio della persona trans*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, p. 1156 s., che dall'entrata in vigore della normativa finlandese sulla transizione sessuale, che prevede l'obbligo di conversione del matrimonio in unione registrata e di questa in matrimonio, per ottenere i nuovi documenti identificativi, vi sarebbero state circa quindici conversioni di un tipo e altrettante del secondo tipo. Rapportati a una popolazione, quella finlandese, piuttosto esigua, i numeri dimostrano l'insostenibilità dell'assunto che la disforia di genere comprometta necessariamente il rapporto affettivo.

ingerire nella domanda di parte l'intervento del p.m., stante il principio generale dell'art. 150 c.c.<sup>6</sup>

La questione del divorzio automatico è riproposta dalla disciplina processuale di modifica del 2011, che ha mantenuto fedelmente il disposto dell'art. 4, l. 164, il cui contenuto rimane, ma viene ripetuto enfaticamente anche all'ultimo capoverso dell'art. 31, con una scelta terminologica peculiare: "La sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso non ha effetto retroattivo. Essa determina (*in luogo di* provoca, n.d.a.) lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio celebrato con rito religioso. Si applicano le disposizioni del codice civile e della legge 1° dicembre 1970, n. 898".

L'introduzione della disciplina ripropone la questione interpretativa, alternativa, della successione di leggi nel tempo o delle diverse competenze in capo ai due differenti giudici. L'art. 31, ultimo capoverso, del decreto "semplificazione", differenziandosi solo in minima parte sotto il profilo lessicale, avrebbe implicitamente abrogato la norma di cui alla lett. g), n. 2, art. 3, l. div., con la consequenziale reviviscenza del *contenuto* dell'art. 4, l. 164/1982 e il conseguente ritorno al principio in base al quale, il passaggio in giudicato della sentenza di rettificazione provoca automaticamente lo scioglimento del vincolo, nonostante la mancata abrogazione esplicita della disposizione introdotta nel 1987 e a prescindere dalla domanda di uno o di entrambi i coniugi. Coprendo l'intera materia in oggetto e assorbendo la competenza sul divorzio, l'art. 31, d.lgs. 150/2011, provocherebbe un divorzio dagli effetti *ex lege*<sup>7</sup>.

Questa impostazione non è però priva di rilievi, che inducono a riflettere, in primo luogo, proprio sulla tecnica legislativa del decreto sulla semplificazione, il quale, non espungendo esplicitamente dal sistema la disposizione divorzile, dovrebbe tuttavia abrogarla mediante una sorta di norma confermativa nel contenuto (art. 31, ult. cap.), che riproduce testualmente la disposizione che si supponeva in precedenza abrogata (art. 4, l. 164/1982). La censurabile tecnica normativa non si giustifica con la motivazione che il fine

<sup>6</sup> In ogni caso, il giudizio autonomo introdotto *ex lett. g)* del numero 2 dell'art. 3 l. div., non può che essere posteriore alla pronuncia di rettifica, dovendosi ritenere inevitabile un periodo – contenuto, ma fisiologico – di vigenza del matrimonio fra persone dello stesso sesso.

<sup>7</sup> A sostegno di questa tesi, la Relazione di accompagnamento del decreto: "Nel rispetto dell'ulteriore principio di delega (art. 54, cit., lettera c) ultimo periodo) che prevede il mantenimento delle disposizioni finalizzate a produrre effetti che non possono conseguirsi con le norme contenute nel codice di procedura civile, sono state mantenute le seguenti previsioni: (...) d) l'efficacia irretroattiva della sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso e l'automatico scioglimento del matrimonio conseguente al suo passaggio in giudicato".

del decreto sulla semplificazione era (solo) quello di ristrutturare la materia processuale del procedimento di rettifica e/o, come in questo caso, confermare le procedure previgenti: la *sedes materiae* della semplificazione dei riti avrebbe agevolmente consentito un riordino del procedimento *de quo*, attraverso l'esplicita abrogazione della autonoma causa divorzile della lett. g), n. 2, art. 3, l. div., e il ripreso vigore del sistema previgente. Sarebbe stato certamente più efficace un intervento puntuale, volto a specificare le norme abrogate e coordinare meglio le due discipline ovvero, anche se più complesso, ad assorbire *interamente* la competenza dello scioglimento del vincolo, prevedendo che nelle regole sulla transizione sessuale fosse completamente disciplinata la materia divorzile, mediante un espresso rinvio, anche sotto i profili dei rapporti familiari, patrimoniali e successori, lasciando alla legge n. 898/1970 le materie lì non disciplinate. Ciò che si presume avvenuta è un'attrazione di competenza divorzile concernente la sola causa specifica di scioglimento del vincolo, demandando ad un successivo, e soprattutto eventuale, ricorso dei coniugi al giudice della famiglia per la regolamentazione dei loro rapporti personali e patrimoniali.

Lo scioglimento automatico del vincolo, così facendo, verrebbe invece a collocarsi nell'alveo dell'art. 149 c.c., fra gli "altri casi previsti dalla legge", coincidenti con la dichiarazione giudiziale di morte presunta e, oggi, con l'avvenuta transizione sessuale<sup>8</sup>. Eppure, non è possibile tacere della sostanziale differenza fra la causa della morte e della dichiarazione di morte presunta, quali autonome cause di scioglimento, e la transizione sessuale, anche solo considerando che, all'avverarsi delle ipotesi *ex art. 149 c.c.*, seguono effetti tipici, predeterminati *ex lege* (riacquisto dello stato libero e apertura della successione); mentre, allo scioglimento *ex lett. g, n. 2, art. 3, l. div.*, si apre un complesso reticolato di rapporti personali e patrimoniali fra gli ex coniugi e la prole, definibili anche negozialmente, un sistema articolato di profili successori, previdenziali e, soprattutto, un apparato cautelare e rimediabile specifico, che non possono essere lasciati alla discrezionale eventualità di un ricorso per divorzio. L'istanza divorzile, ove non promossa, non potrebbe essere azionata *ex officio* né ad opera del pubblico ministero (*ex artt. 70 e 72 c.p.c.*), stante la natura personale dei diritti coinvolti, lasciando in una situazione precaria e giuridicamente anomala i familiari, ma anche i soggetti terzi. Lo scioglimento del vincolo, essendo automatico, non sarebbe neppure compiutamente valutato dal giudice della rettificazione, ma solo annotato a margine dell'atto di matrimonio ad opera dell'ufficiale di stato civi-

<sup>8</sup> G. BONILINI, *Rettificazione di attribuzione di sesso, e scioglimento automatico del matrimonio ai sensi dell'art. 31 d.lgs. n. 150/2011*, cit., p. 809.

le, al quale, peraltro, è rivolto l'ordine di intervenire *solo* sull'atto di nascita (V comma, art. 31, d.lgs. 150/2011): la disciplina, infatti, non ha modificato, ampliandolo, il contenuto dell'ordine rivolto all'ufficiale di stato civile<sup>9</sup>.

Il conflitto fra queste due opzioni sottendono anche due modi diversi di intendere la composizione e la regolamentazione degli interessi sottesi alle due fattispecie. La prima si fonda essenzialmente sul vigore del presupposto implicito della diversità di sesso per la contrazione e per il mantenimento in vita del vincolo, che si vorrebbe aggredito dall'avvenuta transizione sessuale ad opera di uno dei coniugi; la seconda opzione, invece, sulla supremazia dei principi familiaristi, che governano anche il procedimento della crisi. Questa seconda opzione, incardinata sulla competenza attribuita alle diverse autorità giudiziarie e ai differenti procedimenti, appare preferibile, in primo luogo, perché più attentamente sembra rispondere alle esigenze e alle istanze dei soggetti ricorrenti. Nel caso del giudizio divorzile, le parti (o la parte) richiedono che sia accertata la compromissione irrimediabile della comunione coniugale e che siano adeguatamente composti i rapporti personali e patrimoniali coniugali e con la prole. Nella richiesta di transizione sessuale, la procedura risponde alla necessità della persona di veder realizzato il diritto all'identità di genere e alla salute identitaria tramite una corrispondenza fra *soma* e sesso anagrafico. La procedura di rettificazione, incidendo sul profilo dell'*identità* del soggetto e su quello dell'*identificazione*, è strumento volto alla modifica del sesso attestato al momento della nascita e rappresenta, quindi, un procedimento attinente alla modificazione dello *status personae* del richiedente. Il procedimento divorzile, globalmente inteso, è volto modificare, in maniera complessa, il rapporto matrimoniale e familiare, incidendo in particolare sullo *status coniugale* dei soggetti: la disciplina divorzile, incidendo sostanzialmente su quello e sui correlati rapporti familiari, è volta alla più consona definizione delle relazioni interpersonali fra i coniugi e la prole, altrimenti lasciate alla mera eventualità di un successivo ricorso degli ex coniugi.

L'intima connessione fra rettificazione e scioglimento automatico del vincolo, che si vorrebbe far discendere dall'interpretazione cronologia e meccanica delle discipline succedutesi nel tempo, si può spiegare solamente sulla scorta di un presupposto, che si presume implicito e insuperabile: quello per il quale, all'avverarsi della condizione dell'omogeneità di sesso fra i coniugi, il matrimonio cesserebbe i suoi effetti, apparentemente per l'irrim-

<sup>9</sup> Il V comma, art. 31, d.lgs. 150/2011, infatti, continua ad asserire che “si applicano le disposizioni del codice civile e della legge 1° dicembre 1970, n. 898” (ult. cpv., art. 31, d.lgs. 150/2011), senza l'esplicita abrogazione della lett. g), n. 2, art. 3, l. div., né alcun rinvio, *per relationem*, gli artt. 1 e 2 e dell'art. 4, I, III, VII, VIII comma.

diabilità della rottura della comunione di vita materiale e spirituale, in realtà sul fondamento non di una causa di nullità, ma di una *inesistenza* del vincolo, sopravvenuta e acclarata con la sentenza che accerta la transizione sessuale e pertanto costituisce un nuovo *status* della persona sulla base del sesso. Questa conseguenza, lungi dall'essere l'esito di una concreta valutazione del caso, sarebbe il frutto di "un interesse statale a non modificare i modelli familiari, nonostante il potenziale sacrificio del diritto alla vita privata e familiare[...], non ritenendosi coerente con il sistema di valori fondanti l'ordinamento costituzionale e di diritto interno (considerati al momento dell'entrata in vigore della legge) l'estensione del diritto all'autodeterminazione fino al punto da consentire la scelta sulla conservazione del vincolo matrimoniale precedentemente contratto *secundum legem*"<sup>10</sup>. L'esito di questo percorso potrebbe essere differente, se la diversità di sesso non fosse (più) presupposto implicito per costituire un legame familiare e/o per contrarre matrimonio e, di qui, per il mantenimento in vigore del vincolo, pur nella costanza di un regime che, ad oggi, riconosce alla coppia omosessuale una tutela civile, penale e costituzionale, ma non anche l'accesso all'istituto matrimoniale.

## 2. Le questioni di legittimità costituzionale sollevate dalla Cassazione n. 14329/2013 e la sentenza della Corte costituzionale n. 170/2014

Una recente vicenda processuale, giunta alla Corte di Cassazione nel 2013, esprime in maniera chiara il senso degli equivoci che ammantano tutta la questione del così detto *divorzio imposto*. A seguito di una richiesta presentata al Tribunale di Bologna per la rettificazione dell'attribuzione del sesso, seguiva l'ordine rivolto all'ufficiale di stato civile ad effettuare la variazione dell'atto di nascita, modificando contestualmente anche il prenome nel genere richiesto. L'ufficiale di stato civile, tuttavia, apponeva l'annotazione dell'avvenuta sentenza di rettifica anche a margine dell'atto di matrimonio<sup>11</sup>, contro la quale i coniugi proponevano ricorso al Tribunale di Modena, *ex art.* 95, d.P.R. 396/2000, affermandone la nullità, l'illegittimità e l'inefficacia, e chiedendone la cancellazione in assenza dei requisiti di legge. Il ricorso ve-

<sup>10</sup> Così Cass., 6 giugno 2013, n. 14329, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, part. p. 26.

<sup>11</sup> Su indicazione del Ministero dell'Interno e della Prefettura, l'ufficiale di stato civile ha apposto all'atto di matrimonio: "la sentenza sopra menzionata ha prodotto, ai sensi dell'art. 4 della l. 164/1982, la cessazione degli effetti civili del matrimonio di cui all'atto controscritto (...), così come previsto al par. 11.5 del nuovo massimario dello stato civile".

niva accolto dal giudice<sup>12</sup>, che ne ordinava la cancellazione dal correlato atto; diversamente dalla Corte d'Appello di Bologna, che invece reputava legittima l'iniziativa dell'ufficiale di stato civile dell'annotazione nell'atto di matrimonio, perché la rettificazione avrebbe “*prodotto, ai sensi dell'art. 4, l. 164/1982 la cessazione degli effetti civili del matrimonio di cui all'atto controscritto*, non essendo possibile consentire il permanere del vincolo matrimoniale, in quanto rapporto privo del presupposto suo legittimo più indispensabile: la diversità sessuale dei coniugi”<sup>13</sup>.

Contro le conclusioni della Corte d'Appello, le parti soccombenti sono ricorse in Cassazione, che, con un'articolata e complessa pronuncia, ha sollevato più d'una questione di legittimità costituzionale. In particolare, la Corte, ritenendo del tutto ininfluenza il profilo sollevato della violazione del principio di tassatività degli atti amministrativi<sup>14</sup>, sostiene che l'adesione della successione di leggi nel tempo e l'operatività *ope legis* del divorzio rispetterebbero l'opzione manifestata dal legislatore del 1982 verso il mantenimento dei modelli familiari attestati, “nonostante il potenziale sacrificio del diritto alla vita privata e familiare”, correlato al divorzio imposto. La Corte afferma che in tutti gli interventi normativi, intercorsi nel tempo in materia, la disciplina del 1982, la novella del divorzio del 1987 e il decreto del 2011, sarebbe sotteso l'interesse statale a non modificare i modelli familiari e a non consentire la scelta sulla conservazione del vincolo coniugale contratto,

<sup>12</sup> Poiché le annotazioni negli atti dello stato civile sono disposte per legge ovvero ordinate dall'autorità giudiziaria, l'annotazione del divorzio per rettificazione avrebbe potuto essere eseguita a seguito di una sentenza di divorzio del giudice competente, non sulla base dell'art. 4, l. 164/1982, né dell'art. 2, ult. comma, l. 164/1982 e neppure sulla scorta del par. 11.5 del Massimario dello stato civile, che è “guida all'applicazione del regolamento dello stato civile”, fornendo un'interpretazione senza effetti vincolanti nei confronti del giudice.

<sup>13</sup> La massima non ufficiale è di A. SPANGARO, *Coniugi “diventati” dello stesso sesso e “divorzio automatico”*, in *Fam. dir.*, 2012, p. 741, in nota ad App. Bologna, 18 maggio 2011. Nello stesso senso, già Trib. Fermo, 28 febbraio 1996, in *Giur. it.*, 1998, I, 1, c. 2083, con nota di I. CORTI, *Mutamento di sesso e divorzio del transessuale: problemi di ieri e di oggi*; Trib. Roma, 3 dicembre 1982, in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 996, con nota di M. FINOCCHIARO, *Divorzio e transessualismo*, cit.

<sup>14</sup> La Corte di Cassazione reputa che l'attività esecutiva dell'ufficiale di stato civile rientri nell'obbligo di aggiornamento degli atti: questi avrebbe annotato sull'atto di matrimonio gli effetti ineludibili di un altro atto, quello relativo all'annotazione nell'atto di nascita, a sua volta proveniente dal un titolo giudiziale idoneo. Per ciò la Corte non ritiene *radicalmente carente* il potere di annotazione dell'ufficiale; tuttavia la funzione “servente” del *corpus* normativo relativo all'ordinamento dello stato civile ha una funzione regolatoria degli atti e dei registri dello stato civile, non contemplando la possibilità di desumere, da quel *corpus*, l'accoglimento o il rifiuto verso modelli familiari diversi da quelli attestati e attestabili dal complessivo ordinamento giuridico: in tal senso, l'attività dell'ufficiale si limiterebbe ad aderire al modello giuridico familiare di riferimento.

a pena dell'autodeterminazione personale. Poiché nessuno degli interventi legislativi ha inciso sulla facoltà di conservare il vincolo coniugale, né ha concesso apertura verso nuove forme familiari, l'effetto *ope legis* di divorzio si giustifica anche senza necessità di domanda di parte e di un'autonoma pronuncia di divorzio.

Ad opinione della Corte, non sarebbe la soluzione del divorzio imposto, obbligato alla luce delle ragioni esposte, quanto il presupposto sostanziale a quello sotteso (l'eterosessualità) a porsi nella dubbia compatibilità con il sistema costituzionale, così come integrato dal corredo di principi enunciati dalla Cedu ed enucleati dalla Corte di Strasburgo. Il sistema italiano, pur realizzando il diritto all'identità di genere, sacrificerebbe in maniera sproporzionata, compromettendoli, i diritti della persona legati alla sfera affettiva mediante un'ingerenza statale diretta e non altrimenti eliminabile, neanche limitata al soggetto destinatario della pronuncia di rettificazione, ma estesa anche al coniuge "ancor più ingiustificatamente colpito da tale interferenza". La Corte solleva dubbi sulla compatibilità del così detto divorzio imposto, nel complesso sistema vigente, rispetto ai parametri costituzionali di cui agli art. 2 e 29 Cost. e ai criteri interposti degli artt. 8 e 12 della Cedu, in relazione allo svilimento dei diritti afferenti alla sfera affettiva della persona transessuale, e del coniuge di costui/costei, a fondamento dell'identità personale. Questo svilimento non si giustifica con l'assenza nell'ordinamento giuridico italiano di una regolamentazione delle famiglie di fatto e delle coppie dello stesso sesso, dato che il loro rilievo costituzionale è stato ampiamente sancito dalle Corti interne e straniere<sup>15</sup>. Sulla scorta della giurisprudenza consolidata, pur residuando in capo al legislatore ordinario il potere di estendere il modello matrimoniale ad altre tipologie di unioni, è possibile affermare che il corredo di norme e di principi nazionali ed europei non costituiscono ostacolo al riconoscimento di quelle e, soprattutto, che "il carattere di eterosessualità non costituisce più (...) un canone di ordine pubblico né interno (Corte cost. 138 del 2010; Cass. 4181 del 2012) né internazionale (Cedu sentenza

<sup>15</sup> Corte cost., 15 aprile 2010, n. 138, in *Fam. dir.*, 2010, p. 653, con nota di M. GATTUSO; in *Foro it.*, 2010, c. 1367 con nota di R. ROMBOLI; in *Fam. pers. succ.*, 2011, p. 179, con nota di F.R. FANTETTI. Cass., 15 marzo 2012, n. 4184, in *Notariato*, 2012, p. 504, con nota di E. CALÒ, ha sancito che il matrimonio *same sex* contratto all'estero non sia *inesistente* per l'ordinamento italiano, ma *inefficace*, giacché la diversità di sesso dei nubendi non costituisce presupposto naturalistico del matrimonio stesso; S. PATTI, *I diritti delle persone omosessuali e il mancato riconoscimento del matrimonio contratto all'estero*, in *Fam. pers. succ.*, 2012, p. 456. Corte EDU, 24 giugno 2010, Schalk e Kopf c. Austria, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, p. 1337, con nota di S. WINKLER.

Schalk e Kopf)”. Questa “felice contaminazione”<sup>16</sup> fra fonti costituzionali interne ed europee induce a rileggere il meccanismo del divorzio automatico, il quale, eliminando chirurgicamente una relazione stabile e continuativa, “esclude, anche in prospettiva futura, qualsiasi rilievo all’esistenza e alla stabilità di tali tipologie di relazioni, ignorandone il rilievo primario di formazioni sociali costituzionalmente garantite”, in un contesto normativo nel quale appare condivisa l’esigenza di riconoscere alle unioni di fatto, a prescindere dal sesso, uno statuto giuridico autonomo e compiuto.

In altra prospettiva, il sistema censurato del divorzio imposto solleva dubbi in ordine al rispetto del parametro costituzionale di cui all’art. 24 Cost., sia verso al coniuge che ha ottenuto la rettificazione, sia rispetto all’altro coniuge, perché non consente di adottare gli strumenti difensivi per il mantenimento in vita del legame coniugale e di esercitarli compiutamente in un giudizio apposito. Infine, il rilievo di incostituzionalità del divorzio imposto si pone anche con riferimento all’art. 24 Cost. in combinato disposto con l’art. 3 Cost., per l’ingiustificata disparità di regime giuridico fra l’ipotesi di cui all’art. g della legge 898/1970 e le altre fattispecie di cui al medesimo art. 3, in particolare le lett. a, b, c, e *sub* n. 2, lett. d: le altre cause solutorie, se non richiedono il preventivo tentativo di conciliazione, né la verifica dell’irrimediabilità della rottura del vincolo, per l’estrema gravità delle condotte che le sostanziano, non escludono la vigenza delle regole e dei rimedi nella materia familiare, posti a tutela di tutti i soggetti coinvolti.

La Corte costituzionale ha recentemente risposto ai quesiti di costituzionalità sollevati dalla Cassazione, con una sentenza dagli esiti perentori, ma dal percorso argomentativo peculiare<sup>17</sup>: la Corte non sembra accogliere le questioni provocate dalla Cassazione né in ordine al mutato fondamento costituzionale delle diverse unioni familiari e alla sua correlazione con il principio di eterosessualità, e neppure con riguardo all’opportunità di un bilanciamento, come configurato nel sistema vigente, fra diritto all’autodeterminazione e all’identità sessuale nella dimensione affettiva e relazionale, a discapito di questo. Il giudice delle leggi non mostra neppure alcun interesse rispetto ai profili relativi alla discutibile ripartizione di competenze giurisdizionali, malgrado i rilievi suggeriti rispetto all’art. 24 Cost, da solo e nel combinato disposto con l’art. 3 Cost.

La Corte asserisce, in sostanza, che la fattispecie relativa a due coniugi, che intendano continuare il loro legame affettivo dopo la transizione sessuale

<sup>16</sup> Sulla quale già Corte cost., 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349, in *Giur. cost.*, 2007, p. 3475; recentemente, Corte cost., 7 aprile 2011, n. 113, in *Giur. cost.*, 2011, p. 1523.

<sup>17</sup> Così Corte cost., 11 giugno 2014, n. 170, sul sito [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

di uno dei due, infrequente nella realtà (...), si pone *al di fuori* dell'istituto matrimoniale: venendo meno l'eterosessualità, il matrimonio non può più proseguire come tale in virtù di una peculiare "inesistenza acquisita"<sup>18</sup>. Pur non essendo un vincolo coniugale, la relazione non è neppure equiparabile ad una unione di soggetti dello stesso sesso, perché ciò equivarrebbe a eliminare giuridicamente "un pregresso vissuto, nel cui contesto quella coppia ha maturato reciproci diritti e doveri", un legame fondato *tout court* sulla solidarietà familiare e coniugale che non può essere semplicemente sacrificato. Sulla scorta di dette considerazioni, la Corte costituzionale crea questo *tertium genus* familiare, che non è un vicolo coniugale eterosessuale, né un'unione omosessuale, ma si delinea come un legame para-coniugale e non-più eterosessuale. Ponendosi fuori da entrambe le formazioni familiari predette, la Corte rigetta il riferimento al parametro di cui all'art. 29 Cost.; ma neppure individua alcun *vulnus* sul piano del diritto costituzionale di difesa di cui all'art. 24, nemmeno in concorso con il principio di eguaglianza rispetto alle altre ipotesi divorzili, per la collocazione della fattispecie *fuori* del contesto matrimoniale<sup>19</sup>.

Nessun profilo di inadeguatezza della disciplina, dunque, è individuato rispetto agli interessi sottesi alla procedura divorzile. Il solo parametro costituzionale di riferimento è, quindi, l'art. 2 Cost.: solo l'art. 2 Cost. riconosce le unioni omosessuali e garantisce i diritti ad esse ascrivibili; ma i termini di detto riconoscimento e garanzia restano demandati al compito esclusivo del legislatore, che ne detterà i termini e i limiti secondo la sua piena discrezionalità. Il riferimento alla clausola dell'art. 2 Cost., al contempo, consente alla Corte di affermare che dette unioni para-coniugali siano portatrici di interessi meritevoli e che il sistema del divorzio imposto potrebbe giungere a sacrificare in maniera sproporzionata legami affettivi significativi. Ma, non essendo percorribile una *reductio ad legitimitatem* del divorzio imposto con un sistema a domanda, mediante una pronuncia manipolativa, perché ciò significherebbe ricondurre questo terzo genere familiare, caratterizzato dalla omogeneità di sesso, alla fattispecie di cui all'art. 29 Cost., la Corte pronuncia una dichiarazione di incostituzionalità sia delle norme di cui agli artt. 2 e 4 della legge 164, sia del l'art. 31 del decreto "semplificazione", nelle parti in cui queste non prevedono che la sentenza di rettificazione consenta, "ove entrambi i coniugi lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di coppia

<sup>18</sup> Sono le parole dell'Avvocatura generale dello Stato.

<sup>19</sup> Criticamente T. AULETTA, *Mutamento di genere e disciplina del rapporto di coppia*, in *Corr. giur.*, 2014, p. 1041, part. p. 1043.

giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che tuteli adeguatamente i diritti ed obblighi della coppia medesima”.

Tuttavia è evidente che una dichiarazione siffatta, che espunge dall’ordinamento le norme incriminate, di fatto finisce per lasciare al solo riferimento normativo di cui alla lett. g), n. 2, art. 3 l. div., e alla integrale disciplina divorzile, l’intera competenza sulla materia *de qua*<sup>20</sup>. In questo senso, invero, si è pronunciata di recente la Cassazione, a esito della declaratoria di incostituzionalità del 2014: fino a quando il legislatore non interverrà a normare compiutamente la fattispecie, la disciplina divorzile continuerà ad avere competenza sul matrimonio fra due coniugi dei quali uno sia transitato verso l’altro sesso, in virtù di un’opzione che, fra una condizione di massima protezione giuridica per i coniugi e una di assoluta indeterminatezza, veda prevalere la prima nelle more dell’approvazione di una compiuta disciplina in tema<sup>21</sup>.

La pronuncia di incostituzionalità, pur giungendo ad un esito condivisibile nel risultato, traccia un percorso metodologico discutibile, eludendo alcuni profili che erano invece parsi degni di nota e di riflessione. La Corte di Cassazione, in tal senso, aveva sollevato quesiti, che sono stati frettolosamente rimossi dalla censura di legittimità costituzionale: per primo, il sospetto di illegittimità del principio di eterosessualità, quale fondamento del divorzio imposto, e la sua dubbia compatibilità con un sistema normativo, composto da una pluralità di fonti diversificate ma idonee a costituire l’odierno apparato normativo interno; in questa direzione, la Cassazione rimettente aveva messo in dubbio l’esito consolidato del bilanciamento di interessi a vantaggio di quello statuale al mantenimento del modello familiare coniugale ed eterosessuale, a favore di una pluralità di modelli familiari e di un riconoscimento giuridico ad opera delle Corti supreme interne e delle Corti extranazionali. Va da sé che un ripensamento del bilanciamento degli interessi sottesi alla fattispecie, in danno all’interesse statuale a non modificare i modelli familiari e a favore del diritto all’autodeterminazione personale, anche nella declinazione dimensione affettiva e relazionale, non può non avere un riflesso nei termini di una verifica di compatibilità con i diritti e gli interessi sottesi al procedimento di transizione sessuale e quello divorzile: in particolare, se sia giusto sacrificare il diritto alle relazioni familiari e se sia giusto che il procedimento sulla transizione sessuale invada anche l’ambito

<sup>20</sup> Diversamente V. BARBA, *Artificialità del matrimonio e vincoli costituzionali*, cit., p. 877, per il quale, fra l’applicazione del sistema ormai incostituzionale del divorzio imposto e il regime divorzile a domanda, a suo dire incompatibile col sistema, la Cassazione avrebbe dovuto applicare la prima opzione.

<sup>21</sup> Così Cass., 21 aprile 2015, n. 8097, inedita, pubblicata su [www.reteford.it](http://www.reteford.it).

della competenza familiare e consenta di lasciare nell'incertezza la regolamentazione delle relazioni personali e patrimoniali dei coniugi e soprattutto della prole. E' evidente, e lo testimoniano proprio gli artt. 8 e 12 delle Cedu (ingiustificatamente espunti dalla Corte, in virtù del "margine di apprezzamento"<sup>22</sup>), che la nozione giuridica di matrimonio e quella giuridica e sociale di famiglia sono due concetti diversi; essi non godono però di immunità reciproca e sono altresì permeabili al punto che, al mutamento di uno, si rivela necessaria una riflessione sull'altro. Così il fondamento costituzionale di diverse tipologie familiari incide intimamente sul principio della eterosessualità quale presupposto per la costituzione di un vincolo familiare e coniugale. Ciò naturalmente non equivale a dire che l'istituto matrimoniale possa essere, senza un intervento legislativo, aperto anche alle unioni omosessuali; ma deve far riflettere sul fatto che un matrimonio *ex post* omosessuale è un rapporto familiare a prescindere dell'atto formale che lo costituisce, e per questa ragione esso vada riconosciuto e protetto, in quanto espressione di una dimensione affettiva e relazionale ineludibile, ancorabile al disposto di cui all'art. 29 Cost., II comma, in combinato disposto con l'art. 2 Cost.

### 3. La genitorialità transessuale e l'interesse del minore

Come è evidente, il transessualismo non ha alcun rilievo aprioristico sull'idoneità genitoriale: il diritto a costituire una famiglia e ad esercitare i diritti connessi alla genitorialità non subisce alcuna compressione da parte di elementi quali l'orientamento sessuale o l'identità di genere, salvo, naturalmente, un eventuale pregiudizio con riferimento all'interesse della prole, concretamente valutato. In tal senso, il legame giuridico di filiazione, sorto precedentemente alla transizione sessuale (così detta *vecchia genitorialità*), rimane integro, poiché la riassegnazione del genere non incide né sulla titolarità, né sull'esercizio della responsabilità genitoriale, salvo che l'autorità giudiziaria non intervenga in senso contrario.

I problemi possono sorgere in sede di rottura del legame genitoriale o in relazione ad una possibile istanza al giudice minorile per la decadenza o la limitazione dell'esercizio della responsabilità genitoriale, *ex artt.* 330 e 333

<sup>22</sup> Benchè la clausola del "margine di apprezzamento" consenta agli Stati di determinarsi discrezionalmente circa l'attestazione e il riconoscimento di tipologie familiari eterogenee, la stessa Corte costituzionale e la Cassazione hanno più volte richiamato la giurisprudenza della Corte Edu, a testimonianza di una forte circolazione di modelli culturali e giuridici e della capacità della Convenzione di Roma di porsi nei riguardi del sistema nazionale come un cerchio di legalità supplementare che giova, e non pregiudica, il sistema stesso.

c.c. Le due fattispecie, che possono anche sovrapporsi o succedersi, hanno affinità e divergenze. Per orientamento consolidato con riguardo ai provvedimenti ablativi della responsabilità parentale, sono privi di rilevanza gli elementi soggettivi della colpa o del dolo in capo ai genitori, dal momento che l'intervento giurisdizionale non ha un carattere intrinsecamente sanzionatorio, anche quando si fonda su un comportamento genitoriale "illecito". Sia quando il comportamento pregiudizievole consista nella violazione, nella trascuratezza delle funzioni o nell'abuso dei poteri genitoriali (così da condurre alla pronuncia di decadenza), sia quando detto comportamento consti in condotte che, quantunque non trasgredendo il contenuto dei doveri, risultino in ogni modo arrecare pregiudizio alla prole (e, di qui, il provvedimento limitativo), quei provvedimenti hanno una funzione di tutela e di protezione della personalità del minore a carattere essenzialmente *preventivo*: il pregiudizio che può incorrere al minore, in questo senso, non necessariamente si configura nei termini dell'attualità e dell'effettività e i procedimenti in parola sono indirizzati ad evitare che si protraggano le conseguenze dannose degli avvenuti comportamenti o che vengano posti in essere ulteriori comportamenti in pregiudizio del minore.

In questo senso, non stupisce che il genitore transessuale si veda investito di un procedimento *ex artt.* 330 o 333 c.c. ad opera dell'altro genitore, che, strumentalmente, quanto in buona fede, utilizzerà la condizione del primo come elemento per sostanziare la richiesta. Così come possibile è che il giudice minorile emetta un provvedimento che incide sulla sua responsabilità genitoriale, a patto che ciò non avvenga sulla scorta di un pregiudizio di incompatibilità presunta della condizione transessuale con l'esercizio della responsabilità genitoriale, ma che sia opportunamente svolta una valutazione, che renda persuaso il giudice dell'opportunità di sospendere o limitare la relazione genitoriale, avendo accertato la presenza di un pregiudizio acclarato o potenziale nei riguardi del singolo minore<sup>23</sup>.

Altrettanto complesse, e in parte convergenti, risultano le questioni che emergono in sede di rottura del legame genitoriale: la condizione della transizione sessuale di uno dei due genitori, avvenuta o ancora in corso, è probabilmente un elemento che innalza potentemente il tasso di conflitto fra i ge-

<sup>23</sup> Trib. min. Torino, 20 luglio 1982, in *Giur. it.*, 1982, I, 2, p. 625. Più difficile, benché non in linea astratta, che la medesima situazione che fonda un provvedimento di decadenza della potestà per il genitore transessuale, nel caso in cui sia l'unico esercente la responsabilità genitoriale, conduca anche ad una pronuncia di adottabilità del minore, *ex artt.* 8 e 9 l. ad.: presuntivamente, il tribunale per i minori sarà maggiormente propenso al recupero di quella relazione, per quanto attualmente pregiudizievole, piuttosto che alla recisione di un legame genitoriale verso la costituzione di un nuovo nucleo familiare adottivo.

nitori e può essere un elemento che incide sulla serenità e sull'equilibrio psicofisico del minore, al fine di ottenere un provvedimento di affidamento esclusivo. La questione è resa ancor più delicata dall'introduzione del principio di bigenitorialità, il quale, di fatto, ha consacrato una applicazione prioritaria dell'affidamento condiviso sulla scorta della presunzione che detta la condivisione delle funzioni parentali realizzi efficacemente l'interesse del minore. Dato per scontato che ogni valutazione aprioristica di presunto miglior interesse sia erronea quando si debba decidere in tema di affidamento, certo è che il giudice della separazione deve fondare la propria decisione sull'esclusivo interesse morale e materiale della prole e non certo sulla condizione soggettiva e personale di uno dei genitori, anche quando così delicata come quella del transessualismo<sup>24</sup>. La questione anche in questa sede può essere anche di ordine culturale, rispetto all'autorità giudiziaria che si pronuncia e rispetto ai professionisti non giuridici sulle cui relazioni si fondano le stesse pronunce<sup>25</sup>.

La giurisprudenza di merito ha dimostrato da tempo che l'esclusione di un provvedimento di affidamento condiviso (oggi pronunciato *ex art. 337 ter c.c. e ss.*), in favore dell'affidamento esclusivo, avviene previa dimostrazione che dalla condivisione delle funzioni si produca un pregiudizio per la prole: in ragione di una provata incapacità genitoriale o di una patologia o di una dipendenza di un genitore, oppure per i casi (controversi) di lontananza o alta conflittualità fra i genitori. Se la prova del pregiudizio, attuale o potenziale, non è assoluta, ogni limitazione dell'esercizio delle funzioni genitoriali appare incongrua con la necessità che il minore mantenga una relazione stabile, equilibrata e continuativa con entrambi i genitori e con entrambi i rami parentali, come asserito dalle scienze psicologiche e dal precetto di cui al I comma del nuovo art. 337 *ter c.c.*

In entrambi i casi evidenziati, poi, quello della disgregazione del nucleo familiare e quello inerente la decadenza o la limitazione della responsabilità genitoriale, può certamente darsi l'ipotesi di un rifiuto avanzato dal minore rispetto al mantenimento della relazione con il genitore transessuale: va da sé che il rispetto della personalità di costui, opportunamente ascoltato in entrambe le sedi processuali (art. 336 *bis c.c.* per i provvedimenti del giudice minorile, art. 337 *octies c.c.* per il giudice della famiglia) necessita di considerare la sua opinione, ma al contempo richiede che siano messi in atto gli

<sup>24</sup> Con riferimento alla omogenitorialità, Trib. Bologna, 15 luglio 2008, in *Dir. fam. pers.*, 2009, II, p. 689; in tema di transessualismo, P. STANZIONE, *Sesso e genere nell'identità della persona*, in *Comparazione dir. civ.*, Gennaio, 2011, part. p. 17 s.

<sup>25</sup> Cass., 11 gennaio 2013, n. 601, con nota di F. RUSCELLO, in *Fam. dir.*, 2013, p.570.

strumenti per comprendere le ragioni del diniego, con percorsi che ricostruiscono la relazione parentale, mediante visite protette o facilitanti<sup>26</sup>.

Il soggetto sottoposto a riassegnazione, che abbia perso la capacità procreativa a causa dell'intervento o dei trattamenti ormonali, può in linea teorica diventare genitore, attraverso l'adozione o con il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo (*nuova genitorialità*). Per quanto attiene alla legge sull'adozione, che esclude il ricorso da parte del *single* transessuale per l'adozione piena e per quella internazionale, è di tutta evidenza l'astratta irrilevanza della transizione sessuale rispetto ai requisiti soggettivi della coppia richiedente. I requisiti formali disposti *ex lege* vengono assolti mediante l'esibizione degli allegati documentali. Viceversa, è il requisito sostanziale dell'idoneità genitoriale ad essere oggetto di un'attenta e penetrante valutazione e indagine dei servizi sociali, che in via preventiva accerta la presenza nella coppia richiedente della capacità affettiva ed educativa e valuta che essa sia in grado di creare quell'ambiente familiare idoneo di cui il minore è carente. In questa prospettiva, non è possibile escludere che la situazione della persona transessuale abbia qualche rilievo, dal momento che, per un verso, la condizione dell'avvenuta modificazione del sesso non potrà certamente essere taciuta e con tutta probabilità emergerà dalla documentazione sanitaria; per altro verso, i servizi sociosanitari sono tenuti ad acquisire ogni elemento utile a ricostruire la situazione personale, familiare e sanitaria degli aspiranti genitori adottivi (art. 30, IV comma, l. ad.).

In fase di abbinamento, poi, la coppia ritenuta idonea dovrà essere scelta dal tribunale come quella che possa meglio garantire al minore la realizzazione dei suoi bisogni e delle sue esigenze, sia quando ciò avvenga tramite un procedimento di adozione piena e legittimante, sia nell'ipotesi in cui l'abbinamento sia svolto delle autorità straniere nell'adozione internazionale: in questa fase, la condizione transessuale di uno degli aspiranti genitori adottivi, che in linea astratta non incide, pregiudicandola, la capacità genitoriale, potrebbe o meno rilevare rispetto al singolo minore con il quale viene immaginato (o provato) l'abbinamento<sup>27</sup>.

<sup>26</sup> Sul recupero della relazione, Trib. min. Milano, 15 gennaio 2010, inedita, in E. FALLETTI, *Genitorialità e identità di genere*, in *Omogenitorialità, filiazione, orientamento sessuale e diritto*, a cura di A. Schuster, Milano, 2011, p. 96 s., in nota n. 22; in senso opposto, Trib. canonico Lombardia, 29 giugno 2006, in *Dir. fam. pers.*, 2007, p. 199.

<sup>27</sup> Così Trib. min. Perugia, 22 luglio 1997, in *Dir. fam. pers.*, 1998, p. 593; confermata da App. Perugia, 11 febbraio 1998, in *Giur. it.*, 1999, c. 1628: l'accertamento dell'idoneità genitoriale per l'adozione internazionale non deve riscontrare una *sessualità normale ed adeguata dei coniugi*, connessa con una avvenuta transizione sessuale, ma accertare *la loro capacità d'amore e di altruismo* verso un bambino straniero in stato di abbandono e appurare *la sussistenza della loro capacità oblativa, della loro reale potenzialità affettiva*.

Nelle adozioni in casi particolari, quelle in cui già esista una relazione significativa fra il minore e il terzo richiedente e quelle in cui ciò non sia, la valutazione d'idoneità sopra espressa, con l'elemento di riguardo costituito dal rapporto precedente, farà escludere l'adozione quando venga dimostrato che il legame adottivo sarebbe concretamente pregiudizievole per il minore.

La strada della procreazione medicalmente assistita eterologa, che sino ad oggi è stata preclusa, è oggetto di un rinnovato interesse per la recentissima pronuncia della Corte costituzionale. Nella Camera di Consiglio del 9 aprile 2014, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli articoli 4, III comma, 9, I e III comma, e 12, I comma, della legge 40/2004, relativi al divieto di fecondazione eterologa medicalmente assistita nei riguardi delle coppie affette da infertilità assoluta, per le quali la donazione di un gamete esterno appare dirimente rispetto alla concretizzazione delle aspirazioni genitoriali e che, sino ad oggi e sino alla pubblicazione della sentenza in Gazzetta ufficiale, erano costrette a recarsi all'estero. A seguito della pronuncia rimane, solo epurato del riferimento al divieto, il limite dell'azione di disconoscimento del figlio da parte del padre, di cui all'art. 9 e il conseguente (ma non esplicitato) divieto di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità, nel caso di coppie conviventi: in questo senso, per le coppie che si fossero rivolte altrove per realizzare le proprie aspirazioni genitoriali con la tecnica procreativa eterologa, la clausola di salvaguardia dell'art. 9 avrebbe evitato di recidere il legame di filiazione costituito eludendo il divieto normativo.

Rispetto alla maternità surrogata, anche questa vietata dall'art. 12, comma VI, della legge n. 40/2004, la casistica comprende la fattispecie, poi singolarmente declinata, delle coppie rivoltesi ad una madre surrogata per ovviare ai problemi di sterilità. La più recente giurisprudenza, che si è confrontata con il ricorso alla maternità per sostituzione oltre i confini nazionali, è porsa tesa a riconoscere l'atto di nascita straniero attributivo della genitorialità, sulla scorta della considerazione che il divieto della legislazione italiana, ispirata al principio della prevalenza della maternità "biologica" su quella "sociale", non determini contrarietà del provvedimento all'ordine pubblico internazionale, anche a fronte di legislazioni di altri Stati europei che invece consentono il contratto di surrogazione di maternità<sup>28</sup>. L'evidente assonanza con le questioni relative alla genitorialità transessuale e ai problemi di sterilità, unitamente alla frequenza degli interventi giurisprudenziali

<sup>28</sup> Così App. Bari, 25 febbraio 2009, in *Int'l lis*, 2010, p. 20, con nota di M.C. BARUFFI, *Maternità surrogata e questioni di status nella giurisprudenza italiana e straniera*.

in tal senso induce a tornare a riflettere sul tema della genitorialità sociale, anche alla luce della caduta del divieto della fecondazione eterologa<sup>29</sup>.

#### 4. Riflessioni conclusive

Le conclusioni di questo percorso inducono a segnalare un mutamento culturale *in melius* rispetto al tema della transizione sessuale e alla realizzazione dell'identità di genere, a fronte tuttavia di questioni ancora molto critiche: alcune di queste attengono alla complessità e alla duplicità di livello, non sempre convergente, fra *identità* e *identificazione* della persona, che hanno indotto all'imposizione di trattamenti medici palesemente contrari al disposto costituzionale dell'art. 32 Cost., Il comma; altre riferiscono delle finzioni giuridiche volte alla difesa strenua del binarismo sessuale, per le quali si è condotti all'eliminazione automatica di legami affettivi significativi<sup>30</sup>.

È evidente, in questo senso, che una risposta giuridica che sia al contempo garantistica, rispondente alla funzione di certezza dei rapporti giuridici e aderente alle rappresentazioni sociali e simboliche non può che essere ostica. Ciò non solo per il tema *de quo*, intrinsecamente complesso e delicato, ma anche perché la scienza giuridica, per i suoi fondamenti epistemologici, non ama l'ambiguità: il diritto è ontologicamente proiettato alla produzione di certezze, di criteri scientifici affidabili per consentire la decodificazione della realtà. Mentre il cambiamento di sesso, condizionando una sorta di sistema naturale acclarato e usualmente incontrovertibile (sesso biologico=sesso anagrafico), è in grado di incidere profondamente sull'ordine sociale di riferimento, investendo categorie essenziali di tradizione, come il matrimonio, la filiazione, l'indisponibilità degli *status*. L'adeguamento corporeo alla psicosessualità, pur esplicitando un interesse personalistico, "appartiene ad un fase preformativa del discorso giuridico", afferendo ad una sequenza che si vorrebbe "già definita della realtà", quella del ma-

<sup>29</sup> Sulla condanna dell'Italia da parte della Corte di Strasburgo, v. Corte EDU, 27 gennaio 2015, *Paradiso e Campanelli c. Italia*.

<sup>30</sup> Il riferimento è alla prevalente giurisprudenza che consente la riattribuzione del sesso e la conseguente rettifica solo tramite un trattamento chirurgico demolitivo-ricostruttivo (così Trib. Pavia, 2 febbraio 2006, in *Foro it.*, 2006, I, c. 1596; Trib. Taranto, 26 giugno 2013, in [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it)), o previo accertamento del trattamento ormonale, che garantisca l'avvenuta sterilizzazione per via medicale, così tutelando il principio del binarismo sessuale tramite l'impossibilità a procreare (*contra*, Trib. Roma, 18 ottobre 1997, in *Dir. fam. pers.*, 1998, p. 1033; App. Genova, 23 aprile 1990, in *Dir. fam. pers.*, 1991, p. 550; Trib. Roma, 11 marzo 2011, in *Fam. dir.*, 2012, p. 499; Trib. Rovereto, 3 maggio 2013, cit., p. 1116).

schio/femmina, quale dato fattuale costitutivo. Per queste ragioni, probabilmente, la transizione sessuale è ancora ancorata ad un procedimento autorizzativo giudiziale piuttosto invasivo, nonostante riguardi l'area della autodeterminazione personale del corpo e, soprattutto, un problema di "riconoscimento di identità". Tuttavia, la visione *biologista* tende a semplificare la realtà, decodificandola con costrutti molto più semplici di quanto essa non sia. Altrettanto semplicistica, e quindi fuorviante, risulta una visione che subordina la transizione sessuale ad un intervento chirurgico demolitivo-ricostruttivo, che, siccome lesivo dell'integrità fisica, debba essere sottratto alla libera disponibilità del soggetto: questa sorta di ritorno all'art. 5 c.c. finisce per perdere tutte le conquiste culturali e giuridiche acquisite attraverso la lettura combinata degli artt. 2, 13 e 32 Cost. e con l'affermarsi della così detta salute identitaria. Il caso della transizione sessuale, in questo senso, non diverge molto da quello dell'interruzione volontaria della gravidanza, dove la donna, per poter accedere alla tecnica, deve ottenere un'autorizzazione medica o giudiziale: anche qui, il ricorso ad un'autorità altra non sconfessa la disponibilità delle situazioni giuridiche sottese, rilevanti perché funzionali alla realizzazione del principio di autodeterminazione. Come situazioni costituzionalmente meritevoli e relazionali, esse ricevono tutela all'esito di una valutazione di bilanciamento e di un giudizio di prevalenza svolto alla luce della gerarchia di valori e nel rispetto dei principi di ragionevolezza e proporzionalità.

Nel caso della transizione sessuale, assodata una funzione contenitiva e di certezza dei rapporti giuridici, il procedimento giudiziale se ha (ancora) un senso, non può che essere quello di garantire una disposizione del sé corporeo che, pur consapevole e non arbitraria, assicuri al soggetto, come meglio crede, il raggiungimento di un'ideale e soddisfacente convergenza fra *soma* e *psiche*: una sorta di "autonomia privata assistita", che accompagni e garantisca quello specifico soggetto in un percorso complesso, assicurando la sua dignità. Senza questa intrinseca funzione, viceversa, il procedimento giudiziale perde di significato, in favore di altre soluzioni, come quella, vigente in Spagna, del procedimento amministrativo, svolto interamente secondo le regole dell'ordinamento dello stato civile<sup>31</sup>.

<sup>31</sup> La Legge spagnola n. 3, 15 marzo 2007, sottrae alla competenza giurisdizionale la procedura per la rettificazione del sesso e la attribuisce, in deroga al principio generale dell'art. 92, legge 8 giugno 1957 – in base al quale le attestazioni civili debbono ordinarsi solo in base ad una sentenza emessa con un giudizio ordinario – ad un procedimento amministrativo.