

Il progetto T.R.A.N.S.: dal processo al procedimento (e ritorno)*

Antonio Cassatella

Professore associato di diritto amministrativo, Università di Trento. Mail: antonio.cassatella@unitn.it.

Il progetto T.R.A.N.S. appare di sicuro rilievo per i cultori del diritto amministrativo sotto molteplici punti di vista, puntualmente individuati dagli estensori.

In questa sede preme sottolineare l'opportunità della ricerca in rapporto alla generale questione dei rapporti fra procedimento e processo e della possibile fungibilità fra funzioni amministrative e giurisdizionali.

È noto come il principio di separazione dei poteri possa essere declinato, nel nostro ordinamento, quale necessaria distinzione delle funzioni legislative, amministrative e giudiziarie. La Costituzione non offre, tuttavia, criteri univoci per individuare i limiti delle singole prerogative, consentendo al legislatore di esercitare potestà amministrative (mediante leggi provvedimento); all'amministrazione di esercitare competenze giustiziali (ad esempio mediante il ricorso straordinario); alla giurisdizione di esercitare funzioni materialmente amministrative (è il caso di alcuni procedimenti di volontaria giurisdizione). Si lascia al di fuori del discorso odierno il pur capitale tema della distribuzione delle funzioni normative, ripartite fra Parlamento, Governo, enti territoriali ed amministrazioni dotate di poteri regolamentari.

* Contributo scritto nell'ambito del progetto Prin MUR PNRR 2022 T.R.A.N.S., "Transsexuals' Rights and Administrative Procedure for Name and Sex Rectification", finanziato dall'Unione europea – NextGenerationEU. PRIN 2022 PNRR prot. n. P2022AAER4. I punti di vista e le opinioni espresse

La cornice istituzionale è sufficientemente fra-stagliata da non rendere logicamente inconcepibile l'attribuzione di funzioni amministrative in materia di percorsi di affermazione di genere.

Non lo impedisce la Costituzione, che non configura alcuna riserva di giurisdizione in materia; non lo impediscono considerazioni di ordine sistematico, essendosi ormai affinata una concezione garantistica di procedimento amministrativo che permette di tutelare tutti i diritti e gli interessi coinvolti nel percorso. Resta ferma, come bene avvertito dagli autori del progetto, la necessità di strutturare il procedimento di rettificazione dell'attribuzione di sesso nelle forme più idonee al risultato atteso.

Su questo sfondo si stagliano alcuni problemi specifici, sui quali pare opportuno riflettere.

Caratteristica di ogni processo, anche se non finalizzato alla soluzione di una controversia, consiste nella sua struttura trilaterale, che vede contrapposte almeno due parti innanzi ad un giudice. Anche l'attuale disciplina del processo di rettifica ad opera del d.lgs. n. 150/2011 segue questo schema, prevedendo l'attivazione del giudizio mediante atto di citazione nei confronti del coniuge e dei figli e la partecipazione necessaria del pubblico ministero.

La stessa struttura trilaterale si riscontra nei procedimenti amministrativi contenziosi, come avviene nel tipico caso dei procedimenti su ricorso gerarchico improprio o al Presidente della Repubblica. Si tratta, tuttavia, di eccezioni.

La predetta struttura non si riscontra, infatti, nei normali procedimenti accertativi o costitutivi, dove il richiedente si rivolge all'amministrazione per ottenere la produzione di determinati effetti

sono tuttavia solo quelli degli autori e non riflettono necessariamente quelli dell'Unione europea o della Commissione europea. Né l'Unione europea né la Commissione europea possono essere ritenute responsabili per essi. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

giuridici. In questi casi la struttura triangolare si può eventualmente riproporre nel caso in cui sussista un terzo potenzialmente danneggiato dalla richiesta e legittimato a partecipare al procedimento in contraddittorio con l'altra parte.

Lo stesso ruolo dell'amministrazione, in questi casi, muta sensibilmente: a fronte della partecipazione del controinteressato sostanziale, infatti, l'organo agente può essere tenuto a svolgere valutazioni finalizzate a comporre un conflitto endoprocedimentale.

Resta tuttavia fermo che, anche in questi casi, il principio di tipicità dei provvedimenti amministrativi obbliga l'organo agente ad emanare o non emanare il provvedimento atteso, accogliendo o rigettando le allegazioni partecipative del controinteressato e decidendo in rapporto a quanto emerso in sede di valutazione istruttoria. Nel momento in cui si concepisce un procedimento amministrativo di rettificazione dell'attribuzione di sesso occorre tenere conto del problema sotto un duplice versante: si concentrano nell'amministrazione competente funzioni che, nel processo, sono ripartite fra pubblico ministero e giudice, così da attribuire ad essa la cura di ogni interesse rilevante ai fini della decisione; si deve considerare l'esistenza di possibili controinteressati sostanziali alla rettifica.

La prima questione può essere risolta mediante l'attribuzione dei poteri di rettifica ad organi collegiali, anche a composizione mista, dotati delle cognizioni idonee a valutare i presupposti per l'accoglimento dell'istanza di rettifica, in rapporto alle caratteristiche della domanda ed alle esigenze manifestate dal richiedente. La collegialità della decisione dovrebbe garantire un'adeguata rappresentazione della situazione, ferma restando la prevalenza del diritto del richiedente all'autodeterminazione della propria identità sessuale.

La seconda questione appare più delicata. L'attuale disciplina del d.lgs. n. 150/2011 induce a ritenere che il coniuge sia parte necessaria del processo di rettifica in quanto destinato a mutare il proprio status per effetto dell'accoglimento dell'istanza: a seconda della volontà delle parti, infatti, il vincolo coniugale potrà essere sciolto o sostituito da un'unione civile. Sono parte necessaria anche i figli, in rapporto alle conseguenze patrimoniali derivanti dallo scioglimento o dalla sostituzione del vincolo coniugale. Il fatto che coniuge e figli siano parti del processo non implica, tuttavia, che essi abbiano il potere di opporsi alla scelta del proprio familiare, né che i loro diritti siano tutelati attraverso tecniche di bilanciamento che possono indurre il giudice respingere la domanda pur in presenza dei presupposti per disporre la rettifica, in rapporto alla volontà dedotta nell'atto di citazione.

Ci si deve allora chiedere in che modo tradurre questa logica nell'ipotizzato procedimento di rettifica.

Coniugi e figli non sono assimilabili a controinteressati sostanziali, trattandosi di soggetti tutelati ex lege rispetto alla scelta del familiare. Non potrebbero essere quindi titolari di un ipotetico interesse oppositivo alla rettifica, tutelabile mediante un contraddittorio che miri ad influenzare la decisione dell'organo agente.

La loro partecipazione sembra semmai giustificabile in rapporto ad un'esplicita scelta legislativa, volta a garantire, mediante il coinvolgimento del coniuge ed i figli, la pubblicità e trasparenza della procedura in rapporto ai suoi effetti sullo status del coniuge e sui rapporti con i figli. Si mirerebbe ad evitare, in altri termini, che la decisione venga assunta "a sorpresa", con tutti gli intuibili contraccolpi a carico dei familiari tenuti all'oscuro della decisione.

Sul piano della dinamica procedimentale, coniuge e figli non sarebbero quindi legittimati a

presentare controdeduzioni rispetto alla scelta del proprio familiare, anche se sarebbe opportuno prevedere la possibilità di una loro audizione da parte del collegio decidente, o di un componente delegato, per avere contezza dell'impatto della decisione sulle loro condizioni esistenziali, anche in vista di eventuali attività di supporto in caso di scioglimento del vincolo matrimoniale.

Va da sé che l'omessa partecipazione al procedimento non potrebbe inficiare l'esito dell'istanza di rettifica, né determinare l'annullabilità del provvedimento, a fronte della natura meramente formale del vizio, ricadente nella disciplina dell'art. 21 *octies*, comma 2, della l. n. 241/1990. Se, infatti, si assume che la partecipazione del coniuge e dei figli non possa comunque tradursi in deduzioni tali da poter determinare la reiezione dell'istanza e l'esercizio doveroso del potere, si deve concludere che l'omesso coinvolgimento non inficia gli esiti comunque obbligati dell'istruttoria.

In questa cornice il procedimento di rettifica sarebbe semplificato, sostituendo il processo litisconsortile che caratterizza l'attuale disciplina con un comune procedimento privo di carattere contenzioso. Sarebbe inoltre più agevole, per il coniuge ed i figli, non partecipare al procedimento, nel caso in cui non ritenessero opportuno l'esercizio di questa facoltà a garanzia della propria riservatezza o del proprio disinteresse rispetto alla vicenda.

Problemi specifici si potrebbero tuttavia porre per gli effetti secondari della rettifica, attinenti allo scioglimento del vincolo matrimoniale ed al regime patrimoniale applicabile alla famiglia. Sul punto appare difficoltoso attribuire all'amministrazione poteri costitutivi finalizzati alla modifica dello status familiare, il che induce a ritenere necessario il mantenimento delle prerogative del giudice civile in materia, nei termini

generalmente desumibili dall'art. 149 c.c. e dall'art. 3, comma 1, lett. g), della l. n. 898/1970. Sarebbe pertanto onere del richiedente, o del coniuge, attivare il procedimento giurisdizionale volto a stabilire le conseguenze civilistiche della rettifica.

Ulteriori questioni si potrebbero porre ai fini dell'impugnazione del diniego di rettifica ad opera dell'istante o del provvedimento che dispone la rettifica.

La giurisdizione in materia dovrebbe spettare, secondo i criteri sistematici desumibili dagli artt. 24 e 103 Cost., al giudice ordinario, in quanto la controversia avrebbe ad oggetto questioni di diritto soggettivo, correlabili all'esercizio di funzioni amministrative doverose, rispetto alle quali non si può prospettare un potere discrezionale di diniego né l'esistenza di poteri valutativi opinabili. In tal senso potrebbe essere invocato l'art. 8, comma 2, c.p.a., che esclude la giurisdizione amministrativa in materia di status.

Nell'ambito del giudizio civile di impugnazione del diniego e di accertamento del diritto alla rettifica si potrebbe ipotizzare l'intervento del pubblico ministero, del coniuge e dei familiari della parte attrice, sulla falsariga di quanto dispone l'attuale disciplina.

Alcuni problemi peculiari potrebbero invece riguardare la contestazione della rettifica e l'individuazione dei soggetti legittimati ad impugnare il provvedimento innanzi al g.o.

La legittimazione del coniuge e dei figli appare dubbia, a fronte della peculiare posizione che essi assumono nel procedimento e della difficoltà di ipotizzare una lesione delle loro posizioni – comunque garantite *ex lege* nell'ambito del processo inerente al loro status – dall'accoglimento dell'istanza di rettifica.

In via residuale potrebbe invece ipotizzarsi l'attribuzione di una legittimazione ad agire in via

straordinaria del pubblico ministero, a garanzia della legalità del procedimento di rettifica.

Nel quadro così definito possono esprimersi alcune considerazioni conclusive in ordine allo sviluppo del progetto qui discusso.

Una riforma volta a trasferire le competenze in materia di rettifica a favore dell'amministrazione appare possibile e compatibile con le caratteristiche del nostro sistema amministrativo e giudiziale. Occorre tuttavia tenere conto delle implicazioni della rettifica e della necessità di riservare comunque al giudice civile la cognizione degli effetti del provvedimento favorevole: la riserva di giurisdizione, in materia, appare difficilmente superabile e non pare del tutto desiderabile soprattutto a garanzia dei diritti del coniuge e dei figli. Pare altrettanto ineludibile la necessità di garantire al pubblico ministero il diritto di agire nei confronti di provvedimenti di rettifica

illegittimi, per quanto l'ipotesi sembri confinata a casi di scuola difficilmente ipotizzabili nella prassi.

Il richiamo alla prassi permette, da ultima, un'osservazione: occorre avere contezza dei dati statistici relativi al numero dei processi di rettifica, alle percentuali di processi in cui il richiedente è coniugato con prole, ai casi in cui vi sono state fondate contestazioni della pronuncia giurisdizionale. Questi dati potrebbero fornire ragionevoli proiezioni delle criticità riferibili ai futuri procedimenti amministrativi di rettifica, nei termini che si è cercato di individuare. Non è escluso che proprio dai dati e dalla prassi emergano ragioni per ritenere le predette criticità meramente teoriche, ancorché suscettibili di essere prese in esame ai fini dell'auspicata riforma della materia.