

Laboratorio  
“Orientamento sessuale e identità di genere”

Roberta Dameno (Università degli Studi di Milano Bicocca)  
Giacomo Viggiani (Università degli Studi di Brescia)

Consigliamo la lettura dei seguenti tre saggi:

1. Veronesi, P. (2020). Corpi e questioni di genere: le violenze (quasi) invisibili. *GenIUS*, 2, 8-22.
2. Saccomandi F. (2020). Spesso non binarie, sempre non conformi: la “piena depatologizzazione” delle soggettività trans. *GenIUS*, 2, 91-107.
3. Lorenzetti A. (2017). Carcere e transessualità: la doppia reclusione delle persone transgeneri. *GenIUS*, 1, 53-68.

Disclaimer: il materiale qui proposto è a uso esclusivo delle e dei partecipanti della *Summer School in Sociologia del Diritto e della Devianza* (seconda edizione), Genova, 4-5-6 luglio 2024. Pertanto, ne viene vietato qualsiasi altro utilizzo.

# GenIUS

RIVISTA DI STUDI GIURIDICI  
SULL'ORIENTAMENTO SESSUALE E L'IDENTITÀ DI GENERE

PAOLO VERONESI

Corpi e questioni di genere:  
le violenze (quasi) invisibili

PUBBLICAZIONE TELEMATICA SEMESTRALE REGISTRATA PRESSO IL TRIBUNALE DI BOLOGNA · ISSN 2384-9495

*online first*  
*destinato a GenIUS 2020-2*

## Corpi e questioni di genere: le violenze (quasi) invisibili

### Sommario

1. Carte in tavola (e “mani avanti”...): il problema costituzionale delle non percepite violenze sui corpi. – 2. L’ambito dell’indagine: i *transgender* e le persone intersessuali. – 3. Il corpo “al centro”. – 4. Segue: quale approccio (teorico) al tema. – 5. Segue: quale approccio va (più correttamente) applicato nell’ordinamento italiano? – 6. Il “diritto”: la disciplina del fenomeno *transgender* come modello. – 7. Il “rovescio”: l’approccio (antitetico) alle vicende delle persone intersessuali. – 8. Conclusioni.

### Abstract

L’intervento prende in esame la tendenza a ritenere del tutto naturali e scontate azioni alquanto invasive sul corpo dei singoli motivate dall’errata percezione di talune, delicatissime questioni attinenti al genere e all’identità sessuale. Vere e proprie violenze (nient’affatto percepite come tali) che possono letteralmente devastare la vita di chi vi viene sottoposto. Applicando coordinate teoriche e giuridiche che l’autore ha già sviluppato altrove, si mettono in luce le evidenti aporie di un simile modo d’agire, sottolineando, contemporaneamente, quale altro approccio comportamentale (e giuridico) sarebbe invece decisamente più consono ai principi costituzionali.

*The essay examines the tendency to consider completely natural and taken for granted rather invasive actions on the body of individuals motivated by the misperception of certain delicate issues related to gender and sexual identity. Specifically, the events involving transexuals and the phenomenon of surgery on intersex babies are analyzed. In some cases it has been or is still true violence (not at all perceived as such) that can literally devastate the lives of those who are subjected. Applying theoretical and juridical coordinates of a constitutional nature that the author has already developed elsewhere, the evident aporias of such a way of acting are highlighted, underlining, at the same time, which other behavioural (and juridical) approach would be decidedly more in keeping with constitutional principles.*

---

\* Professore Ordinario di Diritto costituzionale presso l’Università di Ferrara. Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

## 1. Carte in tavola (e “mani avanti”...): il problema costituzionale delle non percepite violenze sui corpi

La tesi dalla quale intendo procedere – e che svilupperò di seguito in modo alquanto sintetico – è che la non corretta percezione di talune peculiari vicende legate all’identità sessuale e di genere<sup>1</sup> – non affrontate con adeguate misure “antidiscriminatorie”<sup>2</sup> e nella logica di una sincera “antisubordinazione”<sup>3</sup> – abbia costituito (e spesso costituisca ancora) – *pur se involontariamente, anche inconsapevolmente e persino nella buona fede di chi si rende strumento attivo di questi atteggiamenti* – il veicolo di autentiche e (ciò che è peggio) istituzionalizzate violenze sui corpi e sulla libertà morale delle persone direttamente coinvolte (loro malgrado) in tali episodi.

Rimarranno, dunque, del tutto al di fuori della trattazione i comportamenti palesi e le inequivoche (spesso macroscopiche) violenze di carattere omofobico e transfobico, che di frequente assurgono ai tristissimi onori della cronaca quotidiana. In queste fattispecie manca infatti l’involontarietà, l’inconsapevolezza, l’eventuale “buona fede” di chi agisce, oltre che – spesso – il carattere (potremmo dire) istituzionale dell’azione violenta: si tratta infatti di comportamenti vietati e “teoricamente” punibili in base alle norme già messe a disposizione dell’ordinamento (siano esse più o meno idonee allo scopo)<sup>4</sup>.

Si porranno invece sotto la lente alcune forme di violenza di certo attinenti al tema del “genere” (e da esso determinate), ma decisamente più “sottili” rispetto a quelle appena evocate, oltre che quasi “invisibili” alla maggioranza dei consociati. Si tratta infatti (spesso) di violenze neppure percepite come tali, poiché le azioni, le imposizioni e i divieti che di volta in volta (e concretamente) le producono, sono stati o vengono tuttora ritenuti (dai più) sostanzialmente “naturali”, “scontati”, “ovvi”, persino un “bene” e una “liberazione” per le persone che vi vengono immancabilmente sottoposte in quanto non conformi alle identità sessuali e di genere più consolidate.

Si tratta, dunque, violenze praticate con straordinaria naturalezza dalla “maggioranza” sociale del momento – spesso a prescindere dagli steccati ideologici o politici che la abitano – sul corpo di taluni di noi, assumendo, in tali casi, il singolo corpo che vi viene sottoposto le suggestive sembianze simboliche di un’intera “minoranza”<sup>5</sup>.

Già da questi accenni s’intuisce l’interesse intrinsecamente costituzionale per un simile stato di

1 Si dà ovviamente per acquisita la distinzione (e correlazione) tra identità sessuale e identità di genere: per tutti, si v., ad esempio, B. Pezzini, *Costruzione del genere e Costituzione*, in B. Pezzini (a cura di), *La costruzione del genere. Norme e regole*, Bergamo University Press, Bergamo 2012, spec. p. 17.

2 In palese e più tradizionale violazione dell’art. 3, comma 1, Cost.

3 Cfr. B. Pezzini, *L’uguaglianza uomo-donna come principio antidiscriminatorio e come principio antisubordinazione*, in *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, vol. III, Napoli, Jovene, 2009, p. 1141 ss., ossia con misure calibrate sulla necessaria valorizzazione dei diversi modi di assumere e di vivere la propria più “naturale” identità sessuale e di genere.

4 Sull’opportunità di introdurre una disciplina penale in materia di omo-transfobia (e sulle critiche – ragionate e non ideologiche – mosse da chi non lo ritiene invece consigliabile) si v. l’ampio e non monocorde *focus* ospitato in questa *Rivista*, 2015, n. 1, p. 6 ss. Il punto sulla situazione è disegnato da G. Viggiani, *Quando l’odio (non) diventa reato. Il punto sul fenomeno dei crimini d’odio di matrice omotransfobica in Italia*, pubblicato online first in questa *Rivista* (16 giugno 2020), e destinato a *GenIus* 2020, n. 1.

5 Va peraltro sottolineato che l’essere corporei è una qualità che caratterizza ciascuno di noi: in quanto tali, siamo potenzialmente esposti, «in qualsiasi momento, al *vulnus*». Tale circostanza «caratterizza l’umano in tutta la sua esistenza»: v. O. Guaraldo, *La vulnerabilità come paradigma fondativo*, in O. Giolo - B. Pastore (a cura di), *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, Roma, Carocci, 2018, p. 57

fatto, oltre che il portato delle libertà e dei numerosi diritti fondamentali che vi risultano coinvolti (risultandone violati)<sup>6</sup>. Tale interesse procede anche oltre le singole vicende personali di chi assume, di volta in volta, il ruolo di “vittima”, posto che tutti noi, lungo l’arco della nostra vita e nell’esercizio delle nostre libertà, non possiamo in alcun modo pretermettere di essere (anche e) costantemente corpi esposti allo sguardo, al pensiero, al giudizio e all’azione degli altri e del diritto<sup>7</sup>. Ed è sempre attraverso il corpo di ciascuno che si realizzano, di volta in volta, la personalità di chi lo abita, ovvero l’umiliazione, l’offesa, la negazione delle libertà, la violazione della dignità<sup>8</sup>, il palese o intimo “ferimento” di chi viene fatto oggetto di attenzioni negative<sup>9</sup>.

In questi non sempre evidenti (e quindi assai diffusi) “*lapses* collettivi” affiora pertanto la profonda pericolosità di simili fenomeni, così come la conferma del loro retaggio squisitamente storico-culturale e politico-simbolico. In quanto tali, è dunque assai difficoltoso che i singoli e le istituzioni ne prendano autonomamente coscienza: da ciò scaturisce l’estrema complessità delle operazioni sociali, normative e giurisdizionali che ne possono determinare il superamento nel “breve termine”. Con tutto ciò che questo inevitabilmente comporta sulla qualità dell’esistenza di chi vi viene sottoposto per lunghi tratti della propria vita<sup>10</sup>.

## 2. L’ambito dell’indagine: i *transgender* e le persone intersessuali

Poste queste premesse, esaminerò in estrema sintesi – a mo’ d’introduzione a un discorso che meriterebbe ben altri approfondimenti e più ampi sviluppi – *due esempi assolutamente antitetici* nella loro evoluzione (o mancata evoluzione) storico-giuridica. In quanto tali essi assurgono, insomma, a veri e propri “*modelli*” dei ben diversi approcci che il nostro ordinamento (e chi lo abita) è in grado di assumere sui “*terreni tematici*” appena indicati.

Tali esempi consentono altresì di rilevare il grado di violenza che lo stesso sistema giuridico può (pur per lungo tempo, e più o meno inconsapevolmente) legittimare, ma testimoniano altresì come – una volta che ne venga finalmente percepita la portata – l’ordinamento stesso sia comunque in grado (più o meno velocemente) di allentarne o eliminarne la presa.

Da un lato, si esaminerà dunque il lento, certo faticoso ma sostanzialmente virtuoso cammino che ha accompagnato il riconoscimento legale della condizione delle persone transessuali e *transgender*<sup>11</sup>:

6 Per un catalogo ragionato si v. A. Lorenzetti, *Diritti in transito. La condizione giuridica delle persone transessuali*, Milano, Franco Angeli, 2013, p. 16 s. (a proposito del transessualismo).

7 W. Tommasi, *Relazioni, dipendenza e vulnerabilità*, in O. Giolo - B. Pastore (a cura di), *Vulnerabilità*, cit., p. 101.

8 B. Pastore, *Soggettività giuridica e vulnerabilità*, in O. Giolo - B. Pastore (a cura di), *Vulnerabilità*, cit., p. 134.

9 E. Pariotti, *Vulnerabilità e qualificazione del soggetto: implicazioni per il paradigma dei diritti umani*, in O. Giolo - B. Pastore (a cura di), *Vulnerabilità*, cit., p. 147. Significativa è altresì l’etimologia della parola “*vulnus*”, la quale ha inizialmente contrassegnato la ferita fisica, lo “strappo” del corpo, per poi assumere connotazioni traslate, quale ferita dell’anima: G. Maragno, *Alle origini (terminologiche) della vulnerabilità: vulnerabili, vulnus, vulnerare*, in O. Giolo - B. Pastore (a cura di), *Vulnerabilità*, cit., p. 18 e p. 22.

10 E il ritardo, su questi terreni, si traduce irrimediabilmente in dolorosissime vicende personali che possono talvolta protrarsi per l’intera esistenza delle vittime designate. Il fattore “tempo” è dunque sempre essenziale per ridurre lo stato di soggezione della platea dei conculcati e per l’effettiva “resa” dei diritti costituzionali che loro competono: insomma, esso non è mai una variabile innocua.

11 L’uso dei termini “transessuale” e “*transgender*” è spesso accompagnato da precisazioni, quando non da polemiche. Probabilmente, il termine più corretto è il secondo, comprensivo anche di coloro che sono ancora “in transito” o che non fa-

un approdo raggiunto in Italia nonostante il ritardato riconoscimento dell'opportunità (e, in taluni casi, della necessità) che il "cambio di sesso anagrafico" avvenga anche a prescindere dall'invasiva azione di un chirurgo<sup>12</sup>.

Di contro – ed esattamente all'opposto – si accennerà invece alla continua (e talvolta drammatica) attualità degli interventi chirurgici neonatali sulle persone intersessuali. Vicende, queste ultime, sostanzialmente sommerse, praticamente non comprese nella loro gravità e quindi ignorate dall'ordinamento e dalla stessa opinione pubblica: sia l'uno che l'altra li assumono, cioè, quali pratiche sostanzialmente conformi alla "natura delle cose" e a "ciò che è bene"<sup>13</sup>. Da questo scaturisce la loro perniciosa "invisibilità".

### 3. Il corpo "al centro"

Come che sia, è dunque il *corpo* il luogo in cui queste "aperture" e questi "attacchi" (pur non compresi dai più come tali) vengono a spiegarsi e a incidere.

Nulla di sorprendente in tutto ciò.

Da sempre è noto come il corpo costituisca, per definizione, il più fisico dei momenti di conflitto tra le libertà dell'individuo e il *modus operandi* del potere latamente inteso.

Il corpo è insomma il necessario "strumento" che il soggetto manovra per giungere alla realizzazione di sé, posto che esso incarna (necessariamente) il "territorio" sul quale agiscono (o vengono coartati) i diritti riconosciuti a ciascuno; anche perché le esperienze umane «totali» sono tali in quanto (appunto) vissute «dall'inizio alla fine attraverso il corpo»<sup>14</sup>.

Esiste insomma (sempre e immancabilmente) una "dimensione corporea" dei diritti della persona<sup>15</sup>, così come – di risulta – il corpo costituisce altresì il primo obiettivo sul quale il cui potere di qualunque specie (temporale o religioso, legittimo o illegittimo) indirizza le sue mire (consentendo, vietando, imponendo, "castrando"). Perché – in definitiva – ogni comando e ogni divieto (anche i più fle-

---

ranno mai questo passo: si rinvia ad A. Lorenzetti, *Diritti in transito*, cit., p. 20.

- 12 Una "presa di coscienza", attenta ai "particolari" e calibrata sulle concrete esigenze della singola persona, che – va detto – finalmente attecchisce anche in altri settori (del tutto diversi) dell'ordinamento nei quali l'approccio di genere senz'altro "fa la differenza" ma, per lungo tempo, non è stato compreso nella sua centralità: si pensi alla c.d. "medicina di genere", la quale costituisce un tipico tentativo di rimuovere la subordinazione del "femminile" (e delle sue peculiarità anche corporee e fisiologiche, nient'affatto limitate alla sfera genitale e riproduttiva) a un preteso (e praticato) universale "maschile": F. Rescigno, *Medicina di genere e autodeterminazione femminile: un percorso giuridico accidentato*, in B. Pezzini, A. Lorenzetti (a cura di), *70 anni dopo tra uguaglianza e differenza. Una riflessione sull'impatto di genere nella Costituzione e nel costituzionalismo*, Giappichelli, Torino 2019, p. 206 ss. Si v. inoltre F. Signani, N. Natalini, C. Vagnini, *Minori Gender Variant. Il ruolo che un'Azienda sanitaria può (deve?) svolgere*, in questa *Rivista*, 2019, n. 2, p. 74.
- 13 Sulla tutt'altro che unitaria definizione di ciò che è "natura", e, quindi, sulla solo apparente monoliticità di tale concetto, si rinvia alle illuminanti specificazioni di N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Ed. di Comunità, Milano 1965, p. 169, p. 172 ss., p. 190.
- 14 Si rinvia, a mo' di significativo esempio, a quanto efficacemente osserva Annie Ernaux nel suo volume *L'evento*, Roma, L'Orma ed., 2019, p. 110, ove l'autrice ragiona autobiograficamente di una sua drammatica esperienza tipicamente legata al *gender* e al corpo (un aborto praticato quando era una studentessa universitaria alle prime armi, nel contesto di un ordinamento, quello francese, che giuridicamente ancora lo vietava): si tratta di un documento a dir poco agghiacciante, pur nella glaciale lucidità con la quale la scrittrice lo traduce in parole.
- 15 P. Zatti, *Il corpo e la nebulosa dell'appartenenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, II, p. 13.

bili) contengono, in loro stessi, la minaccia di una potenziale aggressione (anche solo simbolica) ai corpi di chi non li osservasse (o addirittura, nei casi più gravi, una concreta minaccia di morte)<sup>16</sup>.

Non a caso, le due fattispecie appena prese a modello di ben più ampi “movimenti” sotterranei presenti nell’ordinamento, sono, appunto, interamente vissute attraverso il corpo di chi le subisce, configurandosi – peraltro – come tipici esempi di vicende umane “totali” e “profonde” per chi è costretto a sopportarne la morsa sulla propria carne e sul proprio modo d’essere.

I regimi giuridici di alcune delle vicende che hanno come protagonista il corpo – comprese quelle assunte a oggetto di queste riflessioni minime – costituiscono, quindi, un sempre più significativo indice della qualità dell’ordinamento di volta in volta sotto osservazione. Essi si ripercuotono infatti sullo stesso concetto di “*persona*” e sulla portata applicativa del “*principio personalista*” in esso adottati e implementati<sup>17</sup>. Contemporaneamente, tali regimi definiscono le quote di “*pluralismo*” che l’ordinamento mostra così di avere effettivamente “metabolizzato”: più esse sono elevate, più apparirà indiscussa la sua natura democratica.

Riproponendo una chiave di lettura già illustrata più diffusamente altrove<sup>18</sup>, gli ordinamenti rivelano così, nel loro rapporto con le più delicate questioni riguardanti i *corpi* e il *genere* di coloro che li abitano, due ben diversi atteggiamenti. Questi “tipi ideali”, però, di norma convivono nel medesimo momento storico, sicché le questioni attinenti a quest’ambito di disciplina possono essere affrontate seguendo, caso per caso, le coordinate dell’uno o dell’altro approccio. Gli ordinamenti possono quindi percepire in tempi (anche considerevolmente diversi) le discriminazioni (e le violenze) da loro prodotte sui corpi di chi vi fosse sottoposto, anche quando la “matrice” di quelle stesse opzioni risulti essere la medesima (come accade, appunto, con il “genere”).

Spesso esiste insomma un “disallineamento” nell’applicazione delle medesime coordinate concettuali e giuridiche, sicché la peculiarità di taluni fenomeni (pur indiscutibilmente apparentati tra loro) può venire metabolizzata con tempistiche assai diverse. Mutando la fattispecie e i suoi ingredienti cambia insomma anche la percezione sociale dei diritti e dei principi che dovrebbero comunque applicarsi nei vari casi (o la fattiva volontà di perseguirli).

#### 4. Segue: quale approccio (teorico) al tema

Per illustrare questi diversi atteggiamenti si possono dunque mettere a frutto le formule e un modello euristico che ho già sfruttato altrove, rinviando, cioè, a un approccio “*dal basso*” ovvero “*dall’alto*”<sup>19</sup>.

“*Dal basso*” è un’impostazione assai attenta alla concreta e complessa dinamica delle singole fattispecie alle quali occorre che l’ordinamento fornisca un’equilibrata risposta, comprendendone e facendosi carico delle sue ineludibili peculiarità. Essa si concentra dunque su una visione assai “concre-

16 Si rinvia alle sempre affascinanti osservazioni di E. Canetti, *Massa e potere*, Milano, Adelphi, 1981, p. 365 ss.

17 È stata la stessa Corte costituzionale ad affermare che – comprensibilmente – “il corpo umano” non può essere considerato «avulso dalla persona» (sent. n. 18/1986), e che la libertà personale è la libertà della persona di disporre del proprio corpo (sent. n. 471/1990), mentre ogni restrizione nell’esercizio dei diritti «è tanto più allarmante... in quanto... invade la sfera corporale della persona» (sent. n. 283/1996).

18 Si fa riferimento a quanto sviluppato nel mio *Il Corpo e la Costituzione. Concretezza dei casi e astrattezza delle norme*, Milano, Giuffrè, 2007, *passim*.

19 Alludo ancora a P. Veronesi, *Il corpo e la Costituzione*, cit., spec. p. 7 ss. Per un approccio analogo si v., più di recente, M.G. Bernardini, *Dalla responsabilità alla democrazia abilitante: prospettive (non troppo) future su etica della cura e vulnerabilità*, in O. Giolo - B. Pastore (a cura di), *Vulnerabilità*, cit., p. 276.



ta" della "persona" e dei suoi problemi, mettendo in conto un uso anche non standardizzato dei diritti fondamentali a essa riconosciuti, essendo ciò finalizzato alla sua specifica "fioritura"<sup>20</sup>. Questo approccio declina, quindi, in modo assai inclusivo lo stesso "principio pluralista", evitando il rischio che, su questioni assai intime e pervasive, venga di fatto a configurarsi una deleteria e "totalitaria tirannia dei valori" di qualcuno sugli altri<sup>21</sup>.

Si tratta, del resto, di un "atteggiamento ordinamentale" che via via sta affiorando sempre più spesso (ma non senza fatica) in numerosi meandri dell'attività legislativa e – soprattutto – in sempre più numerosi luoghi della giurisprudenza costituzionale, chiamata a "tamponare" le approssimazioni semplicistiche, le generalizzazioni o le lacune della prima.

Si pensi al filone di decisioni (in costante crescita) in cui la Corte calca sempre più spesso l'accento sull'esigenza che le pene siano proporzionate, personalizzate e individualizzate<sup>22</sup>: così è avvenuto, per esempio, nella copiosa giurisprudenza intervenuta in materia di concessione dei benefici penitenziari e con riguardo alla necessità di un'opportuna graduazione della reazione sanzionatoria<sup>23</sup>. Si rifletta inoltre sulle recenti pronunce che hanno contrastato l'eccessiva genericità dei presupposti di applicazione delle misure di prevenzione<sup>24</sup>, oppure all'attualissima sentenza costituzionale che ha imposto un serio esame del "contesto" e un'attenta valutazione diacronica dell'atteggiamento del singolo condannato all'ergastolo (o ad altra pena "ostativa") ai fini della sua ammissione al beneficio del "permesso premio" (e che di sicuro solleciterà altre *quaestiones* con riguardo ad altri istituti ora preclusi a questa tipologia di carcerati)<sup>25</sup>.

Le medesime osservazioni valgono però anche in altri settori: si pensi a quanto si è andati progressivamente stabilendo per l'individualizzazione dei trattamenti sanitari e per il ruolo sempre più decisivo attribuito alla volontà del paziente capace e informato *contra* le forme di paternalismo medico autoritativamente usuali nel recente passato<sup>26</sup>; per le valutazioni circa il *best interest of the child*<sup>27</sup>;

20 R. De Monticelli, *La questione morale*, Milano, Raffaello Cortina, 2010, p. 148.

21 Ci si riferisce (evidentemente) al celebre saggio di C. Schmitt, *La tirannia dei valori*, Milano, Adelphi, 2008 (1960). Nella giurisprudenza costituzionale questa preoccupazione è nitidamente espressa, ad esempio, nelle sentenze costituzionali nn. 1/2013, 85/2013 e n. 20/2017.

22 Così, in materia di giustizia minorile, la Corte ha ribadito assai spesso la «necessità di valutazioni, da parte dello stesso giudice, fondate su prognosi individualizzate in funzione di recupero del minore deviante» (sentt. nn. 109/1997, 143/1996, 182/1991, 128/1987, 222/1983, 46/1978), o addirittura su «prognosi particolarmente individualizzate» (sent. n. 78/1989). Ciò in base all'esigenza di una «specifica individualizzazione e flessibilità del trattamento che l'evolutivezza della personalità del minore e la preminenza della funzione rieducativa richiedono» (sent. n. 125/1992).

23 Da ultimo, particolarmente significativa è la sentenza n. 149 del 2018 (in materia di ergastolo inflitto a chi abbia partecipato, anche molto lateralmente, a un sequestro di persona conclusosi con la morte del sequestrato); molte sono peraltro le pronunce della Corte che sanciscono la necessaria progressività trattamentale, il rifiuto degli automatismi e la conseguente flessibilità nell'inflizione delle pene (di v., ad esempio, la n. 57 del 2013, n. 48 del 2015, n. 239 del 2014 e n. 76 del 2017). Di contro, si v. però – più di recente – la sentenza n. 188 del 2019 (maggiormente possibilista nel valutare automatismi di carattere ostativo).

24 Sulla più recenti pronunce in materia v. M. Pelissero, *Gli effetti della sentenza De Tommaso sulla disciplina delle misure di prevenzione dopo le recenti posizioni della Corte costituzionale*, in *Studium Iuris* 2019, n. 10, p. 1148 ss.

25 Si v. la fondamentale (per non dire epocale) sent. n. 253/2019 (già citata).

26 Si rifletta sulla successione rappresentata dalla sent. n. 282/2002 (e altre) in materia di consenso informato; sulla legge n. 219/2017 – che costituisce un precipitato delle precedenti vicende Welby ed Englaro (relative a pur diversi casi di rifiuto di trattamenti sanitari essenziali per la vita – e sulla più recente sentenza costituzionale n. 242/2019 sul "caso Cappato" (che ha legittimato talune, circoscritte ipotesi di aiuto al suicidio in presenza di malattie irreversibili e di intollerabili sofferenze fisiche e psicologiche del malato).



per le considerazioni della Corte costituzionale circa il rapporto tra l'età degli adottati e degli adottandi<sup>28</sup>. Episodi in cui la Consulta ha recisamente respinto i comodi (ma spesso incongrui) automatismi normativi praticati in passato.

Tutti esempi, quelli sin qui elencati, dai quali si evince l'esigenza costituzionale per cui la scelta finale di volta in volta in rilievo debba essere rimessa a chi davvero si posiziona nel luogo più prossimo a quello in cui si manifesta il vissuto del diretto interessato (davanti a un giudice, oppure al cospetto di un operatore sanitario), rifuggendo le semplificazioni decise ben più lontano da quelle dinamiche e dalla visuale di chi ne può compiutamente cogliere la peculiare fisionomia.

“Dall'alto” è invece l'atteggiamento in cui prevale – al contrario – un'idea astratta, rigida, eterodeterminata e preconfezionata della persona, dei suoi interessi e di ciò che dev'essere ritenuto un “bene per lei”. Al punto da imporre su di essa e sul suo stesso corpo – anche quando non siano affatto in discussione diritti o interessi altrui – fatti, pratiche, divieti *contra* la sua personale volontà, pur costituzionalmente legittima. Il personalismo viene così declinato in una forma decisamente più asfittica ed “estraniata”, insterilendo, al contempo, molte radici del corrispondente principio pluralista: da ciò il frequente debordare di un simile atteggiamento verso i lidi dell'illegittimità. Specie quando si prenda infine coscienza della posta effettivamente in gioco in ciascuna delle fattispecie di volta in volta sotto esame: un percorso che, però, spesso richiede tempo e molta pazienza.

## 5. Segue: quale approccio va (più correttamente) applicato nell'ordinamento italiano?

Vi sono precisi segnali che attestano come l'ordinamento costituzionale italiano prediliga decisamente un approccio “dal basso” e richieda pertanto un simile atteggiamento in chi è chiamato a manovrarlo in concreto con riguardo ad alcune fattispecie attinenti alle scelte e alla vita (concreta) dei singoli.

Ne elenco di seguito solo alcuni.

In primo luogo, viene in rilievo la centralità costituzionale del già citato *principio personalista* (e, pertanto, la priorità dei diritti della persona rispetto alle volontà statuali indirizzate a quest'ultima). Lo Stato diventa così uno “strumento” che deve costantemente agire per la realizzazione della persona<sup>29</sup>, e non già il contrario, come invece si teorizzava e praticava senza scrupoli durante il ventennio<sup>30</sup>. Quest'idea – un autentico capovolgimento teorico e pratico rispetto al passato – emerge sin dagli artt. 2 e 3 della Costituzione e si dipana poi, del tutto coerentemente, per l'intera sua Prima parte.

Nella stessa direzione preme altresì il *principio pluralista* – anch'esso declinato in più luoghi della Carta – il quale costituisce (di fatto) il rovescio della medaglia sulla quale è riportata l'effigie dello stesso principio personalista. La sua “ragione sociale” è infatti rinvenibile nell'idea per cui le differenze e le divisioni non sono più «considerate dai moderni – diversamente dagli antichi e dai loro nostalgici –

<sup>27</sup> Ad esempio, si v. la sent. n. 7/2013, ove la Corte ribadisce che l'automatismo della perdita della potestà genitoriale, quale pena accessoria conseguente al delitto di soppressione di stato del bambino, è incostituzionale in quanto preclude al giudice di valutare l'effettivo interesse del minore nel caso concreto, di ponderare il comportamento positivo comunque messo in atto dai genitori e di fornire il giusto rilievo al principio – personalista – della finalità rieducativa della pena.

<sup>28</sup> Sentt. nn. 303/1996, 349/1998.

<sup>29</sup> Della circostanza per cui la Costituzione delinea una “funzionalizzazione” dello Stato «alla massima tutela dei singoli» ragiona, ad esempio, G. Amato, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, Giuffrè, 1967, p. 304.

<sup>30</sup> Secondo il noto motto mussoliniano “Tutto nello Stato, niente al di fuori dello Stato, nulla contro lo Stato”, di cui si ritiene abitualmente ispiratore il giurista di regime e Guardasigilli Alfredo Rocco.

come pericolosi rischi di dissoluzione del corpo politico, bensì come opportunità»<sup>31</sup>. Tale principio esprime pertanto la necessità della pacifica coesistenza – all’interno del medesimo ordinamento – di una pluralità di punti di vista culturali, religiosi, politici, esistenziali ecc., come tipico e ineliminabile ingrediente di una società che si vuole democratica. Esso presiede alla necessaria «riscoperta del molteplice»<sup>32</sup> in tutte le sue forme; atteggiamento che costituisce un dato sempre più caratterizzante la nostra epoca (persino nei contrasti che esso suscita). Anche tale assunto è peraltro ricavabile dall’art. 2 (e molti altri) della nostra Carta.

Su questa scia, nella nota sentenza n. 161/1985 – e come sottolineato altresì dalla più recente sent. n. 221/2015 – la Corte costituzionale afferma dunque che la legge n. 164/1982, consentendo la rettificazione anagrafica del nome e il mutamento chirurgico dei tratti sessuali per le persone transessuali, «si colloca... nell’alveo di una civiltà giuridica in evoluzione, sempre più attenta ai valori di libertà e dignità della persona umana, che ricerca e *tutela anche nelle situazioni minoritarie e anomale*»<sup>33</sup>. Un perfetto sunto delle idee personalista e pluralista che tracciano l’asse portante della nostra Costituzione e segnano, in realtà, la temperatura di ogni autentica democrazia. Un’idea di dignità che, in questo caso, viene opportunamente declinata nella sua versione squisitamente “soggettiva”, essendosi finalmente compreso che – almeno su questo tema<sup>34</sup> – debba prevalere l’interesse del singolo (del suo corpo e della sua vita), su quello della comunità intrisa di abitudini, di tradizioni mal comprese nella loro pretesa rigidità e finanche di pregiudizi trasformati in false necessità<sup>35</sup>.

## 6. Il “diritto”: la disciplina del fenomeno *transgender* come modello

Proprio il modo in cui l’ordinamento si è progressivamente atteggiato nei confronti delle persone transessuali e *transgender* costituisce il primo esempio che intendo trattare a mo’ di esempio e “modello”<sup>36</sup>. Si tratta infatti di un caso in cui il sistema giuridico (e dei poteri costituzionali), sia pure a fatica, talvolta a malincuore e non senza ritardi, è infine giunto a una sempre più decisa aderenza a un vero approccio “dal basso”, progressivamente riducendo le violenze compiute sui singoli (e sottese ai tradizionali divieti e alle conseguenti aspettative), nonché ampliando le possibilità che le condizioni di vita delle persone coinvolte vedano, con ciò, significativi miglioramenti.

Le tappe di un simile percorso sono piuttosto note, potendosi dunque procedere qui di seguito per sintesi.

31 M. Barberis, *Liberalismo, Costituzionalismo, pluralismo*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2006, p. 88.

32 B. Pastore, *Soggettività giuridica e vulnerabilità*, in O. Giolo - B. Pastore (a cura di), *Vulnerabilità*, cit., p. 128.

33 Punto 4 del *Considerato in diritto* (corsivo non testuale).

34 Lo stesso deve ribadirsi con riguardo al tema del fine-vita, specie alla luce delle recenti pronunce della Corte costituzionale in materia di aiuto al suicidio del malato sofferente e inguaribile: si v. l’ord. n. 207/2018 e la successiva (e già citata) sent. n. 242/2019 (resa nel c.d. “caso Cappato”). La Corte ha invece esplicitamente utilizzato un concetto “oggettivo” di dignità nella sent. n. 141/2019, in materia di favoreggiamento e reclutamento di soggetti volontariamente dediti alla prostituzione: su tale pronuncia v., tra gli altri, T. Padovani, *Il pettine sdentato. Il favoreggiamento della prostituzione all’esame di costituzionalità*, in questa *Rivista*, 2019, n. 2, p. 146 ss.

35 Il dibattito sul significato da attribuire al concetto di dignità è praticamente sterminato. Si è tentato di ricostruirne le coordinate (almeno parzialmente) in P. Veronesi, *La dignità umana tra teoria dell’interpretazione e topica costituzionale*, in *Quad. cost.* 2014, n. 2, p. 315 ss.

36 Una dei primi costituzionalisti a occuparsi *funditus* del problema è stata senz’altro B. Pezzini, *Transsexualismo, salute e identità sessuale*, in *Rass. dir. civ.* 1984, p. 465 ss.

Uno dei primi casi in cui si ebbe conferma che il “campo da gioco” dei principi personalista e pluralista (oltre che quello d’uguaglianza e del diritto all’autodeterminazione ancora *in fieri*) andava acquistando uno spazio sempre più ampio nel delicato settore esistenziale dell’identità di genere e della corrispondente realtà dei corpi (e della psicologia) dei diretti interessati, si ebbe con la famosa (e già menzionata) sent. n. 161/1985. In quella circostanza la Corte respinse i rilievi d’illegittimità promossi avverso la legge n. 164/1982 – tra le prime, in Europa, a porsi il problema di questa condizione esistenziale – sancendo apertamente che il diritto alla salute della persona transessuale impone di assicurare a quest’ultima «l’esigenza fondamentale» di «far coincidere» il suo «soma con la psiche», anche mediante «il ricorso all’operazione chirurgica»<sup>37</sup> (come, appunto, la legge aveva finalmente ammesso, scandendo il percorso giuridico che consentiva di giungere a tale esito e alla conseguente rettificazione anagrafica del nome).

La Corte sottolineava altresì come solo in tal modo si potesse effettivamente garantire ai transessuali «l’affermazione della loro personalità», aiutandoli «a superare l’isolamento, l’ostilità e l’umiliazione che troppo spesso li accompagnano nella loro esistenza» e dando voce – come già si rammentava – a «una civiltà giuridica in evoluzione, sempre più attenta ai valori di libertà e dignità della persona umana, che ricerca e tutela anche nelle situazioni minoritarie e anomale»<sup>38</sup>. Un approccio, dunque, autenticamente “personalista” e “dal basso”, perciò attento alle concrete esigenze dei singoli, oltre che decisamente “pluralista” nelle sue aperture.

Nella specifica circostanza la Corte non tracciava tuttavia il perno del proprio responso chiamando in causa, anche solo lateralmente, il diritto all’autodeterminazione degli interessati – un principio la cui portata era, all’epoca, ancora da mettere del tutto a fuoco<sup>39</sup> – concentrandosi invece su una più “rotonda” e comprensiva idea del loro diritto alla salute psico-fisica. Essa ammetteva dunque che, in tali casi, il “bene” dei singoli si potesse raggiungere operando ciò che, per altre voci della giurisprudenza, erano vere e proprie mutilazioni sessuali. Non sfugge certo che il ragionamento sposato dalla Corte comunque presupponeva (almeno) che gli interessati si “autodeterminassero” a trattamenti sanitari così invasivi ma (per loro) efficacemente liberatori; tuttavia i parametri utilizzati nel giudizio erano esclusivamente calibrati sul fronte del diritto alla salute.

La Consulta superava in tal modo la netta chiusura che essa stessa aveva tracciato con la sua precedente sent. n. 98/1979: una decisione d’infondatezza in cui la Corte riteneva che non fosse affatto in gioco, per le persone transessuali, un problema di identità sessuale, né – dunque – di salute e di autodeterminazione, ma solo una questione di libertà nello svolgimento di “comportamenti sessuali” che non necessitava di particolari riconoscimenti. Un vero e proprio “pregiudizio” che, nel 1985, viene definitivamente soppiantato, anche grazie alla ben diversa sensibilità e al più corretto inquadramento della fattispecie operato dalla legge n. 164, intervenuta nel frattempo (1982).

L’evidente violenza allora nascosta nei meandri dell’ordinamento – e sostanzialmente assorbita anche nel primo atteggiamento praticato dalla Consulta – consisteva dunque nel vietare e nel non porsi affatto il problema di configurare le modalità con le quali i singoli – per usare le parole che la Corte adottò poi nel 1985 – potessero adeguare i loro corpi alla psiche e al genere di più intima appartenenza, giungendo così a una rettifica anagrafica del proprio sesso in modo da realizzare più agevolmente loro stessi nelle concrete e più varie relazioni sociali in cui si fossero trovati immersi.

Con il lento trascorrere del tempo (anche sotto la pressione via via meno silente dei diretti interes-

37 Punto 3 del *Considerato in diritto*.

38 Punto 4 del *Considerato in diritto*.

39 Si rinvia alla ricostruzione proposta in P. Veronesi, *Fisionomia e limiti del diritto fondamentale all’autodeterminazione*, in *BioLaw Journal – Special issue* n. 2/2019, p. 27 ss.

sati, della dottrina e di sensibili frange della giurisprudenza)<sup>40</sup> si è infine giunti a percepire che la stessa, ineludibile imposizione di un intervento chirurgico correttivo dei tratti sessuali ai fini della rettificazione anagrafica del nome poteva essa stessa tradursi in un atto di violenza “antipersonalistica”.

Più di recente, la stessa Consulta ha così finalmente respinto l’idea per cui l’intervento chirurgico, in tali situazioni, sarebbe sempre e comunque imprescindibile<sup>41</sup>. L’aggiornata lettura della Carta – sulla scia di non poche esperienze straniere, oltre che degli approdi delle scienze mediche e affini<sup>42</sup> – ha infatti consentito un’opportuna “interpretazione conforme” delle disposizioni legislative – la Corte adotta infatti una “semplice” interpretativa di rigetto – riconoscendo all’autodeterminazione individuale un “peso” ben più sensibile rispetto al passato. Si è quindi esclusa la severa pretesa che la persona transessuale, per rettificare il proprio nome e completare la propria identità, debba necessariamente sottoporsi a una modifica chirurgica del corpo.

E se, nel 1985, la Corte aveva dunque calcato l’accento sul diritto alla salute *tout court* – pur con l’implicito rilievo attribuito alle autonome scelte dell’interessato – oggi il quadro dei diritti fondamentali applicabili nella fattispecie viene ulteriormente arricchito da più evidenti e limpidi richiami al diritto ad autodeterminarsi. Il «riconoscimento del diritto all’identità di genere» viene quindi assunto «quale elemento costitutivo del diritto all’identità personale, rientrando a pieno titolo nell’ambito dei diritti fondamentali della persona (art. 2 Cost. e art. 8 della CEDU)». Da ciò discende l’affermata «esclusione del carattere necessario dell’intervento chirurgico ai fini della rettificazione anagrafica», rimettendo «al singolo la scelta delle modalità attraverso le quali realizzare, con l’assistenza del medico e di altri specialisti, il proprio percorso di transizione»<sup>43</sup>.

L’autodeterminazione del soggetto pare, così, quanto meno sottolineata e potenziata alla luce del suo diritto a perseguire la propria identità personale, sessuale e di genere<sup>44</sup>, assumendo cioè a riferimento il concreto contesto e l’ambiente psicologico in cui si pone la richiesta del singolo.

Che i tempi fossero peraltro maturi per questo passo in avanti – da tempo invocato dalla dottrina, ma avversato da buona parte della giurisprudenza<sup>45</sup> – lo si comprende in una di poco precedente pronuncia della Cassazione civile<sup>46</sup>. Innovando al diritto vivente sin lì consolidato – e “brandendo” con decisione i principi costituzionali – la Cassazione affermava infatti che la scelta di sottoporsi alla modifica dei tratti sessuali dev’essere sempre l’esito di «un *processo di autodeterminazione* verso l’obiettivo del mutamento di sesso».

Le pronunce costituzionali successive alla citata sent. n. 221/2015 meglio calibrano gli argomenti

40 Sull’ondivago atteggiamento della giurisprudenza sul punto, pur maggioritariamente orientata a ritenere essenziale l’azione chirurgica si v. A. Lorenzetti, *Diritti in transito*, cit., p. 62 ss.

41 Così nella sent. n. 221/2015. Per una bibliografia praticamente completa dei numerosi commenti a tale pronuncia si rinvia a S. Stefanelli, *Responsabilità genitoriale e tutela del minore intersessuale*, in questa *Rivista*, 2018, n. 1, p. 24, nota 30.

42 Per averne un significativo saggio si rinvia a P. Valerio, C. Scandurra, F. Mezza, *Transfobia e pressione sociale*, in questa *Rivista*, 2020, n. 2, spec. p. 84 ss.

43 Punto 4.1 del *Considerato in diritto*. Per la tesi che l’autodeterminazione evocata dalla Corte nella sent. n. 221 renderebbe l’intervento chirurgico meramente eventuale v. A. Schuster, *La rettificazione di sesso: criticità persistenti*, in [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it) (13 luglio 2017). A. Lorenzetti, *Corte costituzionale e transessualismo: ammesso il cambiamento di sesso senza intervento chirurgico ma spetta al giudice la valutazione*, in *Quad. cost.* 2015, n. 4, p. 1006 ss., sottolinea, invece, come la Corte esiga l’ineludibilità di un «rigoroso» accertamento dei giudici, ai quali spetta peraltro la parola definitiva. La soluzione della Corte si affianca del resto a quella già assunta dalla Corte di Strasburgo nel caso *Y.Y c. Turchia*, 10 marzo 2015, n. 14793/2008.

44 Sul diritto all’identità personale come «diritto a essere sé stessi» si rinvia alla citata sent. n. 13/1994.

45 Si v. A. Lorenzetti, *Il cambiamento di sesso anagrafico e le sue condizioni: la necessità o meno dell’intervento chirurgico. Brevi riflessioni sulla situazione attuale e suoi prossimi sviluppi*, in questa *Rivista*, 2015, n. 1, p. 175 ss.

46 Corte di Cassazione, Sezione I civ., 20 luglio 2015, n. 15138.

ospitati nella decisione. Nella sent. n. 180/2017 la Consulta ribadisce pertanto che l'intervento chirurgico "risolutivo" non è (più) indispensabile, anche se «va [comunque] escluso che il solo elemento volontaristico possa rivestire prioritario o esclusivo rilievo ai fini dell'accertamento della transizione»<sup>47</sup>. L'autodeterminazione (assunta in sé o come profilo immanente ai vari diritti coinvolti) viene insomma portata sempre più nitidamente allo scoperto, benché contemporaneamente circoscritta mediante la ribadita (e prima forse troppo sfumata) necessità che la procedura veda comunque il fattivo coinvolgimento oltre che il controllo di esperti e di un giudice.

In conclusione, dal ritenere del tutto "naturale" che non si potessero in alcun modo modificare i corpi (e men che meno i registri anagrafici) per realizzare l'identità della persona transessuale che l'avesse assolutamente invocato e voluto – considerando addirittura aberrante una simile richiesta<sup>48</sup> – si giunge quindi, nella tappa intermedia collocata nel 1985, ad affermare che il desiderio del transessuale di modificare il proprio corpo (e il proprio nome) costituisce espressione del suo «naturale modo d'essere», nonché – proprio di recente – a consentire che, in molti casi, l'intervento sul corpo possa anche non essere affatto necessario al fine di mutare il proprio nome e la propria identità nel "mondo". Che questa violenza – quando tale sarebbe – non si debba, cioè, compiere<sup>49</sup>.

È una parabola che del resto si riscontra anche in altre e ben diverse vicende, pur sempre imparentate con il tema in discorso<sup>50</sup>.

Si pensi alla via via più precisa (e recentissima) presa di coscienza della necessità di approntare una medicina autenticamente "di genere". Anche nell'evolvere di questo fenomeno e di una simile sensibilità vediamo, infatti, la più completa realizzazione dei principi personalista, pluralista, di tutela della salute della persona concreta, di antidiscriminazione e di antisubordinazione; assieme a ciò rileva la sempre più puntuale presa di coscienza della violenza (recondita) sui corpi femminili che l'atteggiamento sin qui prevalso ha provocato e determina.

Così, per secoli, al centro dello studio delle malattie e delle corrispondenti terapie è stato sempre collocato il corpo dell'uomo; i risultati così raggiunti venivano poi applicati all'intera popolazione (anche femminile)<sup>51</sup>. Un atteggiamento grossolano che – però – si percepiva come naturale, innocuo, non problematico. Solo negli ultimi decenni si è compresa la violenza sottesa a un simile modo di fare e di pensare, oltre che la necessità di individuare il miglior trattamento sanitario possibile per il malato e la

<sup>47</sup> Punto 5.2 del *Considerato in diritto*. Cfr. altresì Corte Costituzionale, ordinanza del 13 luglio 2017 n. 185. Sulla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in materia – la quale pare esaltare «il profilo del diritto all'autodeterminazione, essendo la persona... che deve decidere quali sono le modifiche fisiche che ritiene adeguate per soddisfare la propria aspirazione e il proprio benessere fisico-psichico» – v. S. Patti, *Il transessualismo tra legge e giurisprudenza della Corte Edu (e delle Corti costituzionali)*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2006, p. 145.

<sup>48</sup> Per la giurisprudenza anteriore alla legge n. 164/1982 e alla Corte Costituzionale, sentenza del 23 maggio 1985, n. 161 si v., ad esempio, le massime riportate da P. D'Addino Serravalle, P. Perlingieri, P. Stanzione, *Problemi giuridici del transessualismo*, Napoli 1981, p. 55 ss., p. 94 ss. Più diffusamente si cfr. altresì A. Lorenzetti, *Diritti in transito*, cit., p. 26 ss.

<sup>49</sup> Sullo stato dell'arte in materia, sulle nuove e più collaudate terapie cliniche ora disponibili, nonché sulla discussione (comprensiva dei profili positivi e negativi) che accompagna le più recenti acquisizioni farmacologiche e psicologiche sul tema, si rinvia ai numerosi contributi specialistici ospitati nel *Focus* dedicato a *I minori gender variant: aspetti e punti di vista*, ospitato su questa *Rivista*, cit., p. 69 ss.

<sup>50</sup> Ma anche con riguardo all'esperienza delle stesse persone transessuali, l'approccio descritto nel testo ha conosciuto ulteriori applicazioni in vicende "collaterali" a quelle qui direttamente prese in esame: si pensi al tema dell'imposizione del divorzio ai coniugi originariamente eterosessuali ma poi divenuti *same-sex* (a causa della presa di coscienza della propria identità da parte di uno di essi): è quanto trova espressione nel c.d. "caso Bernaroli", deciso, con una suggestiva additiva di principio, tramite la sentenza Corte Costituzionale, 11 giugno 2014, n. 170.

<sup>51</sup> Sul tema della "medicina di genere" si v. già gli accenni riportati *supra* alla nota 12.



malata, considerando e prendendo in carico la specificità dei singoli pazienti sotto il profilo del loro genere di appartenenza (e della loro specifica fisiologia).

Analoghe osservazioni potrebbero formularsi con riguardo a quanto autorevolmente sancito nella sentenza n. 151/2009, ossia nella prima pronuncia che ha iniziato l'opera di positiva demolizione e di autentico "ribaltamento" della legge n. 40/2004 in materia di procreazione medicalmente assistita<sup>52</sup>. Come leggere, altrimenti, l'accertata incostituzionalità dell'obbligo decisamente "violento" (indirizzato al corpo delle donne) di un unico e contemporaneo impianto di *tutti* gli embrioni prodotti nelle particelle di fecondazione artificiale (e comunque nel numero massimo di tre) – accompagnandolo con il contestuale divieto di crioconservazione degli stessi – senza che venissero in nessun modo prese in considerazione le condizioni di salute riproduttiva della donna e della coppia, le caratteristiche cliniche dell'utero della prima, la sua struttura fisica e psicologica, la sua debolezza fisiologica ecc.<sup>53</sup>

Nella stessa parabola concettuale si colloca anche la sentenza n. 96/2015, la quale – superando un altro (assurdo) divieto "ideologico" contenuto nella legge n. 40 – ha reintrodotta la possibilità di svolgere la diagnosi preimpianto sugli embrioni da utilizzare a fini procreativi<sup>54</sup>.

## 7. Il "rovescio": l'approccio (antitetico) alle vicende delle persone intersessuali

Esattamente agli antipodi rispetto a questi esempi di progressivo adeguamento del sistema giuridico a un approccio concreto e "dal basso" al corpo (e alle volontà) dei singoli, in ragione della loro identità sessuale e di genere, si colloca invece il caso (persino drammatico) del trattamento abitualmente riservato alle persone intersessuali.

Più precisamente, con l'espressione persone "*intersex*" si evoca la particolare condizione di quei soggetti che, non potendo, alla nascita, «essere univocamente ascritte all'uno o all'altro sesso, sfuggono alla regola binaria per cui ogni individuo deve alternativamente [e immediatamente] essere riconosciuto come maschio o femmina»<sup>55</sup>. Con un linguaggio patologizzante e, per questo, criticato da molti, si ragiona al proposito anche di "Disturbi della differenziazione sessuale".

Le variabili sono numerosissime<sup>56</sup>. In estrema (e brutale) sintesi, può dirsi che rarissimi sono i casi

52 Per un'attenta ricostruzione delle vicende giurisprudenziali che hanno condotto alla radicale metamorfosi della legge n. 40/2004 si rinvia, per tutti, a F. Angelini, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità. La legge n. 40 del 2004 e la sua applicazione fra volontà ed esigenze di giustizia*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, p. 91 ss.; S. Agosta, *Procreazione medicalmente assistita e dignità dell'embrione*, Aracne, Roma 2020, *passim*; S. Agosta - L. D'Andrea - G. D'Amico (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita: bilancio di un'esperienza, problemi e prospettive*, Editoriale scientifica, Napoli 2017, *passim* e A. D'Aloia, *L'(ex) 40*, in *Quad. cost.*, 2015, n. 4, p. 997 ss.

53 Si v., tra gli altri, S. Agosta, *Dalla Consulta finalmente una prima risposta alle più vistose contraddizioni della disciplina sulla fecondazione artificiale (a margine di Corte cost., sent. n. 151/2009)*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) (19 settembre 2009).

54 Tra i numerosissimi commenti a tale pronuncia – nella stragrande maggioranza favorevoli agli argomenti usati dalla Corte – si v., ad esempio, e per tutti, I. Pellizzone, *L'accesso delle copie fertili alla diagnosi genetica preimpianto dopo la sentenza n. 96 del 2015: le condizioni poste dalla Corte costituzionale*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) (4 novembre 2015).

55 B. Pezzini, *La condizione intersessuale in Italia: ripensare la frontiera del corpo e del diritto*, in *Resp. medica - diritto e pratica clinica*, 2017, p. 444.

56 Per un elenco di tali eventualità si rinvia a L. Monaco, A. Comeni, *I corpi delle persone intersex e il proibizionismo sull'identità*, in F. Gallo, M. Perduca (a cura di), *Proibisco ergo sum*, Roma, Fandango, 2017, p. 72. Cfr. anche B. Pezzini, *La condizione intersessuale in Italia*, cit., p. 445 ss. e A. Lorenzetti, *Frontiere del corpo, frontiere del diritto: intersessualità e tutela della persona*, in

di ermafroditismo. Accade invece (più spesso) che le persone *intersex* presentino alla nascita genitali apparentemente definiti, ma acquistino poi, con il passare degli anni, tratti del sesso opposto. Oppure che esse rivelino caratteristiche gonadiche o cromosomiche sostanzialmente atipiche rispetto al loro sesso visibile. O, ancora, che presentino contemporaneamente tratti sessuali maschili e femminili. Non è neppure infrequente che, per talune fenomenologie più lievi, gli interessati non vengano mai a conoscenza della loro sotterranea condizione biologica.

Per lungo tempo il tema dell'intersessualismo è stato del tutto ignorato dal diritto; tradizionalmente, lo si è affrontato come un problema di mera "messa a norma" dei corpi dei neonati, da risolvere frettolosamente e precocemente mediante interventi chirurgici "estetico-correttivi" dei genitali, senza troppo badare al loro recupero funzionale né alla reale identità di genere percepita dal diretto interessato (sul quale si agiva quando ancora non poteva averla né poteva essere consultato al riguardo). Spesso (se non sempre) è purtroppo ancora così<sup>57</sup>.

Com'è però (finalmente) emerso grazie a una serie di testimonianze, di iniziative e di ricerche<sup>58</sup>, l'applicazione pratica di un tale atteggiamento ha generato indicibili e perpetue sofferenze nella vita delle persone sottoposte a simili "aggiustamenti" chirurgici.

È apparso così finalmente chiaro (almeno a taluni) che il trattamento delle persone *intersex* si è svolto (e spesso continua ancora a svolgersi) in plateale spregio di numerose norme e principi di origine costituzionale e sovranazionale<sup>59</sup>: a tal proposito, la maggioranza – ancora una volta – ha imposto le sue troppo grossolane convinzioni alla minoranza del caso, causando non pochi danni sui corpi, sulla psiche e sulla vita sociale dei componenti di quest'ultima.

Perché – come già si sarà compreso – gli intersessuali incarnano (perfettamente) i tratti tipici di almeno alcune minoranze storiche (le più vituperate tra l'altro): anche per questo essi pongono sotto i riflettori del giurista un tipico problema di diritto costituzionale<sup>60</sup>, benché siano state (sin qui) sostanzialmente rarissime le pronunce giurisdizionali su tali fattispecie<sup>61</sup>.

Essi, infatti, (1) sono senz'altro pochi (anche se più di quanto non si creda)<sup>62</sup>; (2) non sono immediatamente distinguibili dai componenti della maggioranza (e, quindi, sono ancor più "pericolosi" per

*BioLaw Journal*, 2015, n. 2, p. 111 s.

- 57 Qualche anno fa giunse sulla stampa una vicenda siciliana, opportunamente rammentata da G. Viggiani, *Appunti per un'epistemologia del sesso anagrafico*, in questa *Rivista*, 2018, n. 1, p. 32 s. Nel caso, assunto un disallineamento tra sesso fenotipico e cromosomico nel neonato, si fece prevalere il sesso cromosomico, senza tener conto del fenotipo, e dunque «asportando i genitali femminili e abbozzando quelli maschili» in via chirurgica.
- 58 Si pensi, ad esempio, alla puntuale testimonianza di A. Comeni, *La condizione intersessuale: una testimonianza*, in questa *Rivista*, 2018, n. 1, 12 ss. Si v. altresì, di A. Comeni, L. Monaco, *I corpi delle persone intersex e il proibizionismo sull'identità*, cit., p. 73. Nel 2012 si è inoltre dato vita a una federazione internazionale che raccoglie le associazioni intersex di numerosi Paesi europei: OII Europe (Organization Intersex International Europe): si v. il sito <https://oiieurope.org/>.
- 59 Si v., ad esempio, G. Cerrina Feroni, *Intersessualismo: nuove frontiere*, in *Dir. pubbl. comp. ed europeo*, 2015, n. 2, p. 335.
- 60 Rinvio, più diffusamente, al mio *Se il potere plasma i corpi: le persone intersex tra antidiscriminazione e antisubordinazione*, in B. Pezzini - A. Lorenzetti (a cura di), *70 anni dopo*, cit., p. 181 ss.
- 61 La scarsità di cause giudiziarie per risarcimento del danno è, innanzi tutto, determinata dal fatto – più volte sottolineato in dottrina – che, in questi casi, la prescrizione scatta automaticamente (le persone intersex vengono infatti "trattate" in tenerissima età). Nelle banche dati si trovano così citate solo le seguenti pronunce: Trib. minorenni di Pescara, 29 luglio 1993 (nomina di un curatore speciale per il rapido svolgimento delle operazioni chirurgiche su un minore intersex a fronte dell'indecisione dei genitori) e Tribunale di Bari, sez. III, 25 giugno 2012, n. 2295 (risarcimento dei danni materiali e morali subiti dai genitori di un neonato a causa di un'errata diagnosi e sulla conseguente assegnazione del sesso).
- 62 Circa il 2% della popolazione, per qualcuno il 4%: si v. i dati raccolti da A. Lorenzetti, *Frontiere del corpo, frontiere del diritto*, cit., p. 110 e nota 4.



la psicologia di massa e la “purezza” di quest’ultima); (3) sono stati a lungo silenti (scarse sono anche le cause da essi avviate)<sup>63</sup>; (4) l’intervento chirurgico precoce su tali soggetti ha così determinato (almeno sulla superficie dei corpi) la cancellazione della variante *intersex* nella popolazione<sup>64</sup> (che è quanto si è spesso desiderato e si è cercato di realizzare proprio con riguardo a talune minoranze).

Per “tradizione”, ciò che dunque più rileva, nei primi frangenti dell’esistenza di tali soggetti, ai fine del corrispondente intervento “correttivo” operato su di essi, è (1) la mera apparenza dei corpi; (2) più di preciso, il primo sguardo (non necessariamente attento) ai genitali del neonato, con la ferma convinzione che essi corrispondano immancabilmente al suo sesso cromosomico e psichico, come di norma (ma non sempre) accade; (3) la valutazione della teorica facilità con la quale la loro incerta fisiologia potrà essere corretta chirurgicamente venendo indirizzata verso il “maschile” o il “femminile”; (4) finanche l’ansia (dei medici e dei genitori) di ribadire al più presto il consueto e rassicurante modo d’essere sessuato (e di genere) di ogni singolo componente della società, ritenendo (anche in buona fede) che sia un bene, per questi soggetti, comprendere sin da subito “da che parte stare”<sup>65</sup>.

Molto spesso, i chirurghi e i genitori ragionano dunque secondo criteri meramente estetici e di prestazione virile<sup>66</sup>: usando, cioè, il parametro maschile come criterio di riferimento (e la grandezza del fallo, o di ciò che appare tale, come misura del tutto). Da qui – pare – l’uso di un apposito “fallometro” da utilizzare a questo scopo, riversando il tutto in una banale questione di centimetri<sup>67</sup>. Anche in queste valutazioni il genere maschile (con i suoi “attributi”, le sue certezze e le sue spavalderie) è diventato, dunque, *standard* di riferimento<sup>68</sup>.

Non siamo invece – medici e genitori, e neppure noi tutti (pur se quasi certamente benintenzionati) – attrezzati a prendere atto che anche la persona intersessuale è un prodotto della natura, in quanto esiste “in natura” e vive una situazione che, per il diretto interessato (o per molti di loro), può dirsi (almeno in taluni casi) “normale” e da preservare<sup>69</sup>; al contrario, forzare subito (con una violenza istituzionalizzata, non percepita come tale, oltre che assunta quasi fosse indiscutibilmente “buona” e “necessaria”) i corpi di questi soggetti entro uno dei due modelli conosciuti senza valutare la complessa realtà di ciascuno di essi – e senza attendere che i dubbi meglio si chiariscano, che le persone crescano e che magari esse stesse si esprimano al riguardo – non costituisce affatto una scelta preordinata al loro benessere e, spesso, somiglia tanto a un gioco di dadi (con un margine di errore che pare aggirarsi, secondo alcune stime, attorno al 40%)<sup>70</sup>.

Ribaltandosi le coordinate del principio personalista e dello stesso principio pluralista – cardini del nostro sistema costituzionale – il soggetto *intersex* viene quindi sottoposto a decisioni altrui e a manipolazioni irreversibili (e per nulla terapeutiche) del suo corpo; lo si “forza” così – per il suo preteso “bene” – nel calco del modello dominante.

In tali vicende, il *best interest* del minore viene quindi calibrato (sia pure in buona fede) non già sulle reali esigenze del singolo – che potrebbero consistere nell’essere lasciato in pace o nell’essere indirizzato verso un sesso diverso da quello deciso da altri – bensì al fine di ribadire – senza le opportu-

63 Nelle banche dati si trova così traccia solo delle pronunce già citate *supra* alla nota 61.

64 Come osserva A. Comeni, *La condizione intersessuale: una testimonianza*, cit., p. 14.

65 A. Lorenzetti, *Frontiere del corpo, frontiere del diritto*, cit., p. 118.

66 S.J. Kessler, *La costruzione medica del genere: il caso dei bambini intersessuati*, cit., p. 111.

67 Frequente è il richiamo al suo utilizzo pratico. Tale strumento aiuterebbe a stabilire se le dimensioni del pene del neonato siano idonee a qualificarlo davvero tale, ovvero a rivelare l’esistenza di un clitoride fuori norma: v. G. Viggiani, *Appunti per un’epistemologia del sesso anagrafico*, cit., p. 34.

68 B. Pezzini, *La condizione intersessuale in Italia*, cit., p. 444.

69 A. Lorenzetti, *Frontiere del corpo, frontiere del diritto*, cit., p. 120.

70 G. Viggiani, *Appunti per un’epistemologia*, cit., p. 37.

ne soluzioni di continuità – assunti, attese, tradizioni e abitudini della società che lo accoglie<sup>71</sup>. *Contra* l'idea personalistica – tradotta *in primis* negli artt. 2 e 3 Cost. – non è quindi l'autorità ad agire per il bene del singolo, ma il corpo della persona a essere piegato alle esigenze culturali della società in nome di una pretesa “normalità” da garantire senza indugi.

Nell'ordine, un simile (frettoloso) decidere non consente dunque – com'è evidente – alcun coinvolgimento del minore nelle scelte che così intimamente lo riguardano; ribadisce un potere sostanzialmente assoluto dei medici (sempre più mitigato, in altri contesti, dall'imporsi della cultura del consenso informato e del declino del modello paternalista)<sup>72</sup>; consente ai genitori di recuperare i loro più tradizionali e impositivi ruoli di un tempo.

Si abbandonano invece del tutto a loro stessi il principio del *favor minoris* e la sempre più complessa/articolata configurazione dei “doveri” che i genitori devono assumere nei confronti dei figli, la quale è si è formata mediante una lettura sempre più attenta e aggiornata degli artt. 30 e 31 Cost<sup>73</sup>, oltre che dell'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea<sup>74</sup> (in altri contesti costantemente e attentamente applicati)<sup>75</sup>.

Il minore subito “plasmato” dal chirurgo vede così vulnerato il suo diritto fondamentale all'autodeterminazione *ex* artt. 2, 13 e 32 Cost.<sup>76</sup>, incidendosi in tal modo sul suo futuro esistenziale e, quindi, sulla sua identità, ovvero sul suo “diritto a essere se stesso”<sup>77</sup>.

Si rende poi estremamente difficoltoso (se non impossibile), *pro futuro*, l'esercizio dell'ulteriore “diritto fondamentale” di queste persone di disporre della propria libertà sessuale, ossia di «uno degli essenziali modi di espressione della persona umana»<sup>78</sup>.

Si viola in tal modo anche l'art. 8 CEDU, il quale accoglie – come precisato dalla giurisprudenza di Strasburgo – una nozione estesa di vita privata, comprendente l'integrità fisica e psichica, il diritto

71 Tale principio costituisce un asse portante di numerose pronunce della giurisprudenza interna e della Corte Edu, le quali calibrano su di esso molte loro decisioni (particolarmente delicate sono le sempre più numerose pronunce in materia di genitorialità delle persone omosessuali o dei nati a seguito di gravidanza per altri). Sui rischi derivati da un suo utilizzo assai disinvolto, non necessariamente meditato e bilanciato, v. L. Giacomelli, *(Re)interpretando il best interest of the child: da strumento di giustizia sostanziale a mera icona linguistica?*, in F. Giuffrè - I. Nicotra (a cura di), *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, p. 467 ss. ed E. Lamarque, *Prima i bambini. Il principio del best interest of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, FrancoAngeli, 2016.

72 Si v., in particolare, le inequivoche sentenze costituzionali n. 438/2018 e n. 253/2019: nella prima di queste pronunce si legge pertanto che «il consenso informato, inteso quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico, si configura quale vero e proprio diritto» *ex* artt. 2, 13 e 32 Cost. La Corte precisa inoltre che esso svolge una «funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute». Per una ricostruzione più articolata del progressivo imporsi di questo diritto fondamentale si rinvia a P. Veronesi, *Fisionomia e limiti del diritto fondamentale all'autodeterminazione*, cit., p. 34 ss., e alla bibliografia ivi citata.

73 A. Lorenzetti, *La problematica dimensione delle scelte dei genitori sulla prole: il caso dell'intersessualismo*, in F. Giuffrè, I. Nicotra (a cura di), *La famiglia davanti ai suoi giudici*, cit., p. 485.

74 In cui si valorizza – appunto – la necessità che tutti coloro che vengano coinvolti in «atti relativi ai bambini» agiscano «per il loro benessere» e operino secondo la regola che «l'interesse superiore del bambino deve essere considerato preminente». Rilievo assume inoltre la Convenzione Onu sui diritti del fanciullo.

75 Sul tema dei rapporti giuridici tra genitori e figli-minori intersessuali si v. S. Stefanelli, *Responsabilità genitoriale e tutela del minore intersessuale*, cit., p. 17 ss.

76 Si v., *in primis*, Corte Costituzionale, sentenza del 23 dicembre 2008, n. 438 e sentenza del 30 luglio 2009 n. 253.

77 Corte Costituzionale, sentenza del 3 febbraio 1994, n. 13.

78 Corte Costituzionale, sentenza del 18 dicembre 1987, n. 561.

di coltivare relazioni umani confacenti, il diritto allo sviluppo individuale, il diritto all'autodeterminazione e di avere (o no) figli<sup>79</sup>: profili travolti dagli interventi di cui si tratta.

Tutto questo avviene inoltre senza che lo stato di salute del soggetto effettivamente lo richieda (violandosi, dunque, anche l'art. 32 Cost.). Anzi, paradossalmente, queste azioni generano spesso un deterioramento dell'integrità fisica e psichica del soggetto, con effetti nefasti proprio sulla sua vita di relazione e sul suo diritto alla salute<sup>80</sup>. In tali eventualità, l'idea ormai universalmente accettata della salute quale completa valutazione benessere psico-fisico del soggetto, viene, quindi, accantonata. Da queste pratiche riemerge, invece, l'antiquata idea per cui la salute sarebbe un dato oggettivo, esterno e misurabile, la cui specifica valutazione spetta insindacabilmente e paternalisticamente ad alcuni esperti, gli unici autorizzati a operare come essi ritengono opportuno sui corpi dei malati.

Di contro, vale la pena riportare la cruda testimonianza dei "sopravvissuti" a simili azioni, i quali cominciano finalmente a farsi "indocili", portando allo scoperto la concreta crudeltà di ciò che altri hanno deciso "per" loro e "su" di loro, scoperciando il vaso di Pandora delle sofferenze che li colpiscono, avanzando "visioni alternative" del loro essere, finalizzate a realizzare nuove forme di emancipazione personalistica anche attraverso il diritto<sup>81</sup>: un comportamento assolutamente necessario per avere un certo qual rilievo sociale e far entrare le proprie istanze nelle "agende" che contano. Così, dopo un lungo silenzio, abbiamo appreso che le mutilazioni genitali neonatali subite dalle persone *intersex* generano sterilità, dolore cronico, perdita importante o totale di sensibilità genitale, incontinenza urinaria e/o fecale, scompensi ormonali, ripetuti interventi chirurgici, terapie ormonali perpetue, stigma sociale nel compimento di banali azioni della vita quotidiana, oltre che abbandono scolastico per bullismo e protratte ospedalizzazioni<sup>82</sup>.

Appare evidente l'analogia di tali pratiche con la perniciosa vicenda delle mutilazioni genitali femminili<sup>83</sup>: anche in questi casi emerge la pervicacia di talune sedimentate tradizioni e la difficoltà di sradicarle; l'azione si svolge sui corpi di bambine in età precoce, dando così seguito alla decisione che altri (e il gruppo cui esse appartengono) assumono su di loro; gli stessi genitori credono, anche in queste vicende, di agire per il bene delle figlie e per la loro compiuta accettazione nella comunità<sup>84</sup>. Si tratta, com'è noto, di fattispecie che hanno suscitato non poco raccapriccio nell'opinione pubblica e tra i giuristi: nel caso delle persone *intersex*, al contrario, tutto (o quasi) tace. È peraltro chiaro il motivo di un simile atteggiamento: le conseguenze aberranti che i soggetti *intersex* subiscono sono il frutto di decisioni che appartengono alla *nostra* cultura e alla *nostra* "visione del mondo", non già alle coordinate mentali e culturali di *altri* soggetti a noi apparentemente "estranei" o quanto meno "lontani"<sup>85</sup>.

79 Si v., ad esempio, la nota sentenza Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 24 gennaio 2017, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, ricorso n. 25358/12.

80 A. Lorenzetti, *Il "trattamento" giuridico della condizione intersessuale*, cit., 8.

81 T. Casadei, *La vulnerabilità in prospettiva critica*, in O. Giolo - B. Pastore (a cura di), *Vulnerabilità*, cit., p. 88.

82 A. Comeni, *La condizione intersessuale: una testimonianza*, cit., p. 13. V. anche la casistica e la bibliografia riportata da G. Cerina Feroni, *Intersessualismo: nuove frontiere*, cit., p. 308, e le "narrazioni" raccolte da M. Balocchi, *L'invisibilizzazione dell'Intersessualismo in Italia*, paper per il Convegno "Lo spazio della differenza", Università di Milano-Bicocca, 20-21 ottobre 2010 (disponibile on-line).

83 Cfr. G. Brunelli, *Prevenzione e divieto delle mutilazioni genitali femminili: genealogia (e limiti) di una legge*, in S. Bernardi, B. Pastore, A. Pugiotto (a cura di), *Legalità penale e crisi del diritto oggi: un percorso interdisciplinare*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 203 ss.

84 Da qui l'approvazione, in Italia, della legge n. 7/2006, che pur non ha mancato di suscitare critiche sia d'impostazione, sia operative: si v. quanto già riportato, poco dopo la sua approvazione, in *Il corpo e la Costituzione*, cit., p. 303 ss.

85 Come giustamente rileva L. Giacomelli, *Quando la vita infrange il mito della "normalità": il caso dei minori intersessuali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, p. 599 s., l'Occidente grida allo scandalo di fronte alle pratiche di m.g.f. adottate in alcuni Paesi islamici, eppure distoglie lo sguardo a fronte degli altrettanto "eversivi" interventi chirurgici di forzata "normalizzazione" praticati

Va da sé che occorrerebbe invece ribaltare la prospettiva con cui affrontare (tutte) queste fattispecie, transitando da un approccio autoritario e “dall’alto” a un atteggiamento che dia progressivamente vita, in questi casi, a un diritto sempre più “mite”<sup>86</sup> e “gentile”<sup>87</sup>. Un approccio che non forzi, cioè, i singoli entro un modello assunto da altri e appreso come indiscutibile, ma – al contrario – si faccia carico della complessità del reale, offrendo le soluzioni più idonee alle concrete esigenze delle varie fattispecie valutate nella loro singolarità, procedendo, cioè, nel più pieno rispetto dei principi personalista e pluralista<sup>88</sup>: è quanto è accaduto, proprio nel riferirsi alla condizione *intersex*, con l’avanzatissima legislazione sul tema licenziata a Malta<sup>89</sup>.

Verso le persone *intersex* (tuttora) non si applica, quindi, ciò che alla Corte costituzionale premeva di sottolineare nella sua già citata e fondamentale sentenza sul transessualismo<sup>90</sup>. Se così si può dire, il dato positivo – per i transessuali – è di affrontare da adulti le maglie e le resistenze del potere (potendo far sentire la loro voce); alle persone *intersex* non è invece quasi mai data questa possibilità<sup>91</sup>. Con tutto ciò che ne scaturisce.

## 8. Conclusioni

Con questi ultimi accenni torniamo all’esempio di partenza (del tutto opposto nei suoi esiti).

I due tragitti sui quali si è concentrata l’attenzione confermano le premesse da cui si sono prese le mosse.

Ossia: possono senz’altro convivere sincreticamente, con riguardo ai temi della “violenza di genere” (e della violenza “non percepita” sui corpi di chi vive particolari esperienze di genere), atteggiamenti e approcci ben diversamente calibrati, pur all’interno del medesimo ordinamento giuridico. Approcci che, con qualche semplificazione, ho definito “dal basso” (ossia attenti alla concretezza e improntati a una declinazione “aperta” del personalismo e del pluralismo), ovvero “dall’alto” (ossia astratti, sostanzialmente ideologici, per nulla problematici).

Ma anche gli approdi provvisoriamente virtuosi ai quali si giunge praticando la prima strada, spesso devono poi essere rimessi in discussione o riassetati man mano che le conoscenze scientifiche

nei nostri ospedali.

86 Secondo la nota formula usata da G. Zagrebelsky, *Il diritto mite: legge, diritto, giustizia*, Torino 1992.

87 Come si è efficacemente definito il gruppo di ricerca e di approfondimento biogiuridico coordinato dal Prof. Paolo Zatti.

88 In questa direzione, maggiormente ponderata, si pone il Documento del Comitato Nazionale di Bioetica, *I disturbi nella differenziazione sessuale dei minori* (25 febbraio 2010), pp. 16, 18, 19, nel quale si sottolinea come occorra sempre sincerarsi che gli «interventi medici e chirurgici siano posti in essere solo di fronte ad una reale, attuale e imminente minaccia per l’integrità fisica del soggetto e a fronte di indici empirici o predittivi certi, non forzando il paziente verso una normalizzazione sociale». Fondamentale è dunque che «ogni scelta in questa peculiare situazione sia adeguatamente ponderata, valutando caso per caso, in funzione del riconoscimento dell’identità sessuale nell’ambito di una considerazione globale del soggetto». La scelta del medico e dei genitori dev’essere quindi dettata dall’esclusivo interesse del minore, poggiare su «criteri obbiettivi (emergenti da complete indagini diagnostiche)» e finalizzata alla «maggiore armonia possibile» tra tutti i fattori che incidono sull’identità sessuale. Nei casi «più difficili (ossia i casi in cui non emergono dati obbiettivi per la assegnazione sessuale) può non essere opportuno passare immediatamente a interventi chirurgici demolitivi e/o ricostruttivi, perché potrebbero rivelarsi non compatibili con l’effettiva evoluzione della identità sessuale».

89 A. Lorenzetti, *Il “trattamento” giuridico della condizione intersessuale*, cit., p. 9.

90 La qui più volte richiamata Corte Costituzionale sent. n. 161/1985.

91 G. Viggiani, *Appunti per un’epistemologia*, cit., p. 36 s.

o la percezione dei fenomeni prima dati per naturali non evidenzino la necessità di ulteriori adattamenti e “passi in avanti”<sup>92</sup>. In taluni casi, poi, l’arretratezza di un approccio giuridico sostanzialmente (anche se sottilmente) violento e radicale sui corpi altrui, persiste a dispetto della progressiva emersione della sua abnormità in altri contesti certamente limitrofi.

Proprio il caso delle persone *intersex* – con il quale si è chiuso l’*excursus* sopra proposto – conferma insomma che, per la Costituzione, l’interpretazione costituzionale e la stessa produzione normativa, ci sarebbe ancora molto lavoro da svolgere in tali ambiti. Addirittura, per talune fattispecie, il terreno da arare sembra sostanzialmente vergine e tutto da “dissodare”. Perché un dato è certo: quei corpi così invasi, mutilati e vituperati sono troppo carichi di senso, di emozioni, di simboli, di sofferenze concretamente vissute per poter semplicemente scomparire dalle nostre riflessioni solo perché “pochi” di noi vengono colpiti dal maglio di una violenza invisibile ai più<sup>93</sup>. Queste sono infatti – come già si scriveva *supra* – tipiche “esperienze umane totali” di persone che vengono così annichilite, colpendo e privando – di risulta – anche chi crede di essere al riparo: perché – come ricordava Simone de Beauvoir – «la presenza nel mondo implica... il porsi di un corpo che sia contemporaneamente una cosa del mondo e un punto di vista sul mondo»<sup>94</sup>. Il “mondo” può dunque arricchirsi e completarsi solo muovendo e proteggendo il modo d’essere (anche corporeo) di ciascuno: purtroppo molti, nello stesso mondo, sono tuttora sordi a questo richiamo.

---

<sup>92</sup> Emblematico quanto pronunciato di recente dalla Corte costituzionale tedesca, la quale ha dichiarato l’illegittimità della norma che imponeva la registrazione anagrafica del sesso maschile o femminile anche per le persone che non sentano di appartenere a questa alternativa: cfr. C.M. Reale, *Il binarismo di genere non è costituzionalmente necessario e viola i diritti fondamentali, storica sentenza del Bundesverfassungsgericht*, in *Quad. cost.*, 2018, p. 218 ss. e F. Brunetta D’Usseaux - D. Ferrari, *La condizione intersessuale dalla “normalizzazione” alla dignità? Linee di tendenza dal diritto internazionale alla Corte costituzionale tedesca*, in questa *Rivista*, 2018, n. 2, p. 131 ss. Per una più ampia ricostruzione comparatistica delle variabili sul tema ormai emergenti in numerosi Paesi di cultura occidentale si rinvia a quest’ultimo scritto nonché a G. Cerrina Feroni, *Intersessualismo: nuove frontiere*, cit., p. 311 ss.

<sup>93</sup> G. De Luna, *Il corpo del nemico ucciso*, Torino, Einaudi, 2006, p. 6.

<sup>94</sup> S. De Beauvoir, *Il secondo sesso*, Milano, Il Saggiatore, 2002 (1949), p. 36.

# GenIUS

RIVISTA DI STUDI GIURIDICI  
SULL'ORIENTAMENTO SESSUALE E L'IDENTITÀ DI GENERE

FRANCESCA SACCOMANDI

Spesso non binarie, sempre non conformi:  
la “piena depatologizzazione” delle soggettività  
trans

PUBBLICAZIONE TELEMATICA SEMESTRALE REGISTRATA PRESSO IL TRIBUNALE DI BOLOGNA · ISSN 2384-9495

*online first*  
*destinato a GenIUS 2020-2*

# Spesso non binarie, sempre non conformi: la “piena depatologizzazione” delle soggettività trans

## Sommario

1. Introduzione – 2. La persona trans nella giurisprudenza costituzionale – 2.1. La sentenza 98/1979: i primi quesiti sulla “questione transessuale” – 2.2. Il mutato atteggiamento della Corte costituzionale: la sentenza n. 161/1985 – 2.3. L’adeguamento dei caratteri sessuali, da divieto a condizione necessaria – 3. La regola che costruisce l’eccezione: binarismo di genere e corpo trans – 3.1. La situazionalità storica della regola binaria – 3.2. Il genere come performance e i corpi trans come fuori copione – 3.2.1. Dove prima non c’era che una sequela di fatti, nasce il genere – 3.2.2. *Opinio iuris atque necessitatis*: il binarismo di genere – 3.2.3. Le sanzioni: violenza transfobica e patologizzazione – 3.2.4. Abolire il genere significa moltiplicarlo – 4. Conclusioni.

## Abstract

L’attivismo trans e non binario italiano ha nel 2020 reso pubblicamente manifesta la richiesta di una completa riforma del diritto in materia di identità di genere, che passi per la piena e completa depatologizzazione dei generi non conformi. Il contributo evidenzia la necessaria connessione tra depatologizzazione e critica al binarismo di genere, interrogando le fonti del diritto italiano più rilevanti in materia.

*The depathologization of gender non-conforming identities is a shared common ground for many Italian trans and non-binary collectives, associations, political bodies. Through the critical analysis of the Italian Constitutional case-law on the matter, this article investigates the possible meanings and the necessary conditions of this process.*

## 1. Introduzione

*«Una credenza che sia stata conquistata con la luce della ragione e con un esatto esame della realtà è abbastanza elastica per non scandalizzarsi mai. Una credenza ricevuta senza un’analisi seria delle ragioni per cui è stata ricevuta, accettata per tradizione, per pigrizia, per educazione passiva è un conformismo.»<sup>1</sup>*

---

\* Dottoressa in Giurisprudenza, Università di Bologna. Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

<sup>1</sup> A. Moravia in P. P. Pasolini, *Comizi D’Amore*, Roma: Titanus. 1965.



Il tema della depatologizzazione delle identità trans e non binarie<sup>2</sup> pone grandi sfide al diritto italiano, sinora basato, come si dimostrerà nel corso del lavoro, sul binarismo di genere, con cui si intende il sistema fondato sulla *“naturale configurazione dei corpi in sessi, i quali esistono in una reciproca relazione binaria”*<sup>3</sup>. Il binarismo assume il corpo cisgender come sua fisiologica regola, relegando l'identità trans a *patologica eccezione*.

L'unico intervento legislativo in materia di identità di genere risale al 1982, e consiste nell'introduzione della procedura di *legal gender recognition* (LGR)<sup>4</sup>. L'applicazione della scarna l. 164/1982 è stata interamente devoluta alla giurisprudenza, che si è trovata non solo ad interpretarla, ma a formulare i principi generali in materia.

Trentotto anni dopo, le persone trans e non binarie chiedono la riforma della sovraccitata legge e un generale ripensamento del diritto interno in materia di *depatologizzazione*.

Il biennio 2019-2020 è particolarmente significativo in questo senso. In risposta al congresso romano dell'European Professional Association for Transgender Health (EPATH)<sup>5</sup> del 2019 nacque DE-path, *“spazio di informazione, scambio, discussione e organizzazione sulla salute trans tra e per per-*

- 2 Pur trattandosi di aspetti largamente noti, è opportuna qualche premessa terminologica. L'identità di genere di ciascuna persona esprime il suo riconoscersi come uomo, donna, entrambe le cose, nessuna delle tre. Si riferisce all'*inner being*, l'essenza interiore di ogni persona umana. Non coincide con l'orientamento sessuale, che invece è manifestazione della propria preferenza sessuale. Mentre l'identità di genere ha a che fare con *chi sono*, l'orientamento sessuale indica *chi mi piace* (o la mancanza di attrazione sessuale, nel caso dell'asessualità). L'identità di genere è diversa dall'espressione di genere o presentazione di genere, che indica comportamenti messi in atto per comunicare (o nascondere) al mondo circostante la propria identità di genere. Indossare una gonna, ad esempio, è tradizionalmente indice di femminilità. Transgender o trans\* è un termine ombrello, che ricomprende in sé varie soggettività. *«Non c'è un unico modo di essere transgender»*. Le persone transessuali – donne trans o MtF (male to female) e uomini trans / FtM (female to male) – sono soggetti il cui sesso assegnato alla nascita non corrisponde all'identità di genere. Per indicare questa discrepanza, si impiega l'acronimo AFAB (*“assigned female at birth”*) per gli uomini trans, e AMAB (*“assigned male at birth”*) per le donne trans. L'identità di genere, tuttavia è un continuum, uno spettro: molti soggetti si posizionano in modo diverso rispetto ai due poli m/f. Esistono persone non binarie e persone non conformi: anche questi sono due termini ombrello, che racchiudono in sé una grande varietà di identità di genere, accomunate dall'esplicita contrapposizione alle identità di genere binarie. Il presente contributo si riferisce in modo generale alle persone trans, non binarie e non conformi, senza alcuna pretesa di esaustività. Bisognerà, a riguardo, tenere in considerazione due elementi: il primo, è che le identità di genere sono molteplici e varie, e non è possibile né utile associare ad ogni specifica *“etichetta”* una serie predeterminata di comportamenti, di modificazioni corporee, di espressioni; il secondo è che le esperienze trans e non binarie sono sempre, in qualche modo non conformi, come verrà ampiamente dimostrato. Cfr. L. Erickson-Schroth, *Trans Bodies, Trans Selves.*, Oxford; New York, Oxford University Press, 2014, p. 20.
- 3 J. Butler, *Atti performativi e costituzione di genere: saggio di fenomenologia e teoria femminista*. in F. Arfini & C. Lo Iacono (a cura di), *Canone inverso. Antologia di teoria queer*. Pisa, 2012, p. 85.
- 4 La *legal gender recognition* è l'istituto giuridico di diritto pubblico che consente il riconoscimento legale dell'identità di genere del soggetto, modificandone il sesso e il nome registrati all'anagrafe al momento della nascita. Cfr. *The state decides who I am: lack of gender recognition for transgender people in Europe*, Amnesty International, 2014 in <https://www.amnesty.org/en/documents/EUR01/001/2014/en/> (consultato 07.06.20); Commissioner of Human Rights, *Human Rights and Gender Identity*, Council of Europe, 2009 in <https://rm.coe.int/16806da753> (consultato 07.06.20); R. Kohler, A. Recher & J. Ehrh, *Legal gender recognition in Europe: toolkit*. TGEU, 2013; in [https://tgeu.org/toolkit\\_legal\\_gender\\_recognition\\_in\\_europe/](https://tgeu.org/toolkit_legal_gender_recognition_in_europe/) (consultato il 7 giugno 2020).
- 5 La terza conferenza biennale di EPATH si è svolta tra l'11 e il 13 aprile 2019 a Roma. Il titolo della conferenza era *“Inside Matters”*.

sone trans, non binarie e di genere non conforme”, con il preciso obiettivo di “ripolitizzare la questione dell’accesso alla salute e ai servizi legati alla «transizione» in un’ottica di depatologizzazione, autodeterminazione e (sic.) empowerment<sup>6</sup>”. Questo spazio si è allargato quando, tra il 29 febbraio e il 1 marzo, DePATH e altri collettivi e associazioni trans, non binarie ed intersessuali si sono sedute attorno a “Transvisioni”, tavolo che ha come obiettivo “elaborare proposte politiche in favore delle persone e delle identità trans, non-binary e intersex<sup>7</sup>”.

Segnali importanti di questa convergenza provengono anche dal più antico movimento politico trans italiano, il Movimento per l’Identità Transessuale (MIT), che svolse un ruolo centrale nella lotta per l’approvazione della l. 164/1982<sup>8</sup>. Il MIT ha lanciato a febbraio una piattaforma per “l’autodeterminazione delle persone trans nell’affermazione di genere<sup>9</sup>”, constatando l’inadeguatezza del sistema normativo italiano e chiedendo che le persone trans e di genere non conforme siano finalmente «interlocutrici della comunità scientifica dalla quale pretendono ascolto dei propri bisogni in un’ottica di autodeterminazione e della piena depatologizzazione<sup>10</sup>”.

Questo fronte compatto chiede molto al diritto<sup>11</sup>. La traduzione giuridica del concetto di *piena depatologizzazione* delle soggettività trans, non binarie e non conformi è una questione ancora da affrontare.

Partendo dai suoi significati correnti, *depatologizzazione* è un termine medico che indica l’eliminazione di una condizione patologica dalla categoria diagnostica di riferimento. Fu un processo

6 Il termine *empoweramento* deriva dall’inglese *empowering*, termine ampiamente utilizzato dai movimenti LGBTQAI+ e femministi nel mondo. Cfr. Consultoria Transfemminista Queer Bologna, *DEpath OFF – Roma 13-14 aprile 2019*, 11 aprile 2019, in <https://consultoriaqueerbologna.noblogs.org/post/2019/04/11/de-path-roma-13-14-aprile-2019/> (consultato il 7 giugno 2020).

7 Un significativo antecedente di Transvisioni è stata l’assemblea romana del 23 novembre 2019 «Le persone trans prendono la parola». Non è una coincidenza il fatto che il giorno prima, sempre a Roma, si era tenuta la Trans Freedom March. Non a caso, in quelle stesse giornate Non Una Di Meno (NUDM), movimento transfemminista italiano, si è radunato proprio a Roma per la Giornata contro la violenza maschile e di genere. Cfr. D. Chironi, *Generations in the Feminist and LGBT Movements in Italy: The Case of Non Una Di Meno in American Behavioral Scientist*, 63(10), 2019, pp. 1469–1496.

8 Il 4 luglio 1979 quindici donne trans entrarono a seno nudo in una piscina pubblica milanese: vennero arrestate dopo poco, nonostante i loro documenti anagrafici, ancora al maschile, legittimassero astrattamente la loro parziale nudità. Fu la c.d. “rivolta delle piscine” principio di una stagione di rivolta trans, guidata dal MIT, che portò infine all’approvazione della l. 164/1982. Cfr. D. Nardacchione, *Transessualismo e Transgender. Superando gli stereotipi*, Milano, Il dito e la luna, 2000.

9 MIT, “Una proposta di piattaforma per la riforma della legge 164/1982” Mit Italia, 13 febbraio 2020, in <https://mit-italia.it/una-proposta-di-piattaforma-per-la-riforma-della-legge-164-82/> (consultato 1 giugno 2020).

10 Il 30 aprile il Movimento ha reso pubblica la decisione di uscire dall’Osservatorio Nazionale sull’Identità di Genere (ONIG), per mezzo di un comunicato stampa. Fondato nel 1998, l’ONIG è l’associazione che diffonde e valuta i protocolli medici in materia di identità trans. La sua voce è influente anche nell’ambito del diritto, coerentemente con gli scopi dell’associazione. La diagnosi medica e la procedura di rettifica anagrafica, infatti, sono indissolubilmente connesse: la prima è per legge necessaria all’ottenimento della seconda. Cfr. MIT, *Il MIT lascia l’ONIG. “Siamo pronte a trovare nuovi percorsi per tutelare la salute e il benessere trans in dialogo con tutte e tutti”*, in <https://mit-italia.it/il-mit-lascia-lonig-siamo-pronte-a-trovare-nuovi-percorsi-per-tutelare-la-salute-e-il-benessere-trans-in-dialogo-con-tutte-e-tutti/> (consultato 1 giugno 2020).

11 Il requisito non è specificato nel testo della legge, ma la diagnosi è *de facto* l’unico modo di accedere alla transizione medica, sia per le terapie ormonali che per i vari possibili interventi chirurgici di affermazione del genere in Italia: il suo ruolo nel diritto deriva dal compito che ha la giurisprudenza, cioè quello di verificare o autorizzare le «modificazioni dei caratteri sessuali», riferendosi dunque alla perizia tecnica o alla verifica della sussistenza di una conferma da parte della scienza che effettua tali modificazioni, cioè la medicina. Cfr. A. Lorenzetti, *Diritti in transito: la condizione giuridica delle persone transessuali*. Milano, Franco Angeli, 2013, pp. 49-94.

di *depatologizzazione* lungo trent'anni a portare alla derubricazione dell'omosessualità dai principali manuali psichiatrici<sup>12</sup>, per fare un esempio. Fino al 1990, infatti, la validità delle c.d. *terapie riparative* (prescritte per "curare" le pulsioni omosessuali) era ufficialmente riconosciuta dalla comunità medico-scientifica<sup>13</sup>, e lecitamente praticate. Le comunità LGBTQIA+ guidarono la depatologizzazione medica, giuridica, sessuale, sociale e politica dell'omosessualità, le cui conseguenze non hanno finito di manifestarsi. Le terapie riparative, pur se ufficialmente prive di riconoscimento scientifico, vengono ancora oggi somministrate in varie parti del mondo<sup>14</sup>.

Il processo di depatologizzazione che interessa le soggettività trans, non binarie e non conformi trova già un avvio negli Anni Novanta, negli Stati Uniti<sup>15</sup>. Nel 2018, invece, fu disposta l'eliminazione della voce "*disturbo dell'identità di genere*" dai due principali manuali diagnostici psichiatrici. Una parte della comunità psichiatrica qualificò questo fatto come *depatologizzazione*. Il *disturbo dell'identità di genere* è in effetti scomparso, ma si sono anche aggiunte la *disforia*<sup>16</sup> e l'*incongruenza di genere*<sup>17</sup>, voci riferite alle identità di genere non binarie e trans. Una parte della comunità scientifica sostiene che una vera e propria *depatologizzazione* implichi la completa eliminazione di ogni riferimento alla non conformità di genere, che sia un vero e proprio *disturbo* o una più lieve *incongruenza / disforia*<sup>18</sup>.

Rivendicato dalle soggettività interessate, la *depatologizzazione* delle identità di genere non conformi è un processo che interessa la scienza psichiatrica e la medicina, la politica, la comunicazione. Il dibattito, invariabilmente, si apre con alcune domande preliminari: cos'è la *depatologizzazione* e in che modo interessa molte identità di genere? Quali i sono i requisiti essenziali per iniziare un simile processo? È regolabile, e in quali modalità? La presente trattazione muove da e verso queste domande, che pone innanzitutto al diritto interno.

Le tre pronunce costituzionali che saranno analizzate nel corso del lavoro permetteranno di ricostruire le tappe fondamentali della storia del diritto all'identità di genere italiano, e dimostrando una comprensione dell'esperienza trans in termini *strutturalmente* patologici: il requisito essenziale della rettifica anagrafica è, ad oggi, una diagnosi di disforia di genere. Questo vuol dire che nessun soggetto trans, non binario o non conforme può ottenere la rettifica anagrafica senza essersi sottoposto ad un processo diagnostico, che consiste nella rilevazione di sintomi che qualificano la sua identità di genere come una patologia.

12 I due principali manuali diagnostici impiegati in psichiatria sono l'*International Classification of Diseases (ICD)*, della World Health Organization (WHO) e il *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders (DSM)*, dell'American Psychiatric Association (APA). La completa depatologizzazione dell'omosessualità avvenne nel 1992, con l'eliminazione della voce dalla decima versione dell'ICD. L'APA, invece, eliminò l'omosessualità dal DSM nel 1973, mantenendo fino al 1987 (DSM-III-R) la variante "egodistonica", cioè la mancata accettazione dell'omosessualità dell'individuo. Anche in questo caso, uno dei maggiori argomenti per la patologizzazione era rintracciato nel disagio psichico sofferto dalle persone omosessuali. Cfr. Castro-Peraza & al., *Gender Identity: The Human Right of Depathologization in International Journal of Environmental Research and Public Health*, 2013, p. 3.

13 Cfr. J. D'Emilio, *Sexual Politics, Sexual Communities*, Chicago, University of Chicago Press, 1998, p. 269.

14 *Ibidem*.

15 J. Butler, *Gender Trouble*. New York-London, Routledge, 1990, pp. 77 e ss.

16 American Psychiatric Association, 2013. *Diagnostic and statistical manual of mental disorders: DSM-5*. Arlington, VA: American Psychiatric Association.

17 World Health Organization, 2018. *International classification of diseases for mortality and morbidity statistics (11th Revision)*.

18 S. Sennott, *Non-Conformity, Gender Disorder as Gender Oppression: A Transfeminist Approach to Rethinking the Pathologization of Gender in Women & Therapy* (34), 2011, pp. 105; Castro-Peraza & al., op. cit., pp. 3 e ss.; E. Inch, *Changing Minds: The Psycho-Pathologization of Trans People in International Journal of Mental Health*, 2016, p. 195.

Il diritto interno connota le persone trans e non binarie in questi termini per ragioni che vengono chiarite nella seconda e ultima sezione di questo contributo, che ha lo scopo di evidenziare la necessaria connessione tra la *depatologizzazione* delle identità trans, non binarie e non conformi e la critica al c.d. binarismo di genere. Annodando gli aspetti salienti della critica al genere teorizzata da Judith Butler agli elementi essenziali che compongono la *consuetudine* giuridica, sarà possibile intravedere nuove strade per il diritto, che tengano adeguatamente conto non solo della situazionalità storica e della oppressività di tale regola, ma anche della sua intrinseca fallibilità<sup>19</sup>.

## 2. La persona trans nella giurisprudenza costituzionale

Sulle vicende che portarono all'approvazione della l. 164/1982 si tornerà a breve: basti sapere, per il momento, che si tratta di un testo di legge scarno e disomogeneo, frutto di una soluzione di compromesso. Sia prima che dopo il 1982, inoltre, le questioni sostanziali circa il riconoscimento giuridico delle persone trans sono state demandate alla sede interpretativa.

Le sentenze costituzionali analizzate segnano tre passaggi significativi di questa storia: prima dell'approvazione della l. 164/1982<sup>20</sup>, dopo la sua entrata in vigore<sup>21</sup> e trent'anni dopo, nel 2015<sup>22</sup>. Tralasciando qualche tappa dell'evoluzione interpretativa sul tema, la selezione operata è necessaria e sufficiente a rappresentare la progressiva evoluzione della procedura di *legal gender recognition* nostrana, senza perdere il focus della trattazione – la raffigurazione del corpo e della mente della persona trans, e il suo legame con il binarismo sessuale.

È necessario sottolineare, inoltre, che la *depatologizzazione* è un tema molto vasto, che include ogni aspetto della vita della persona trans<sup>23</sup>, non solo il suo riconoscimento giuridico. Il diritto italiano, tuttavia, si concentra unicamente su questo aspetto – che resta per questo motivo il centro della presente trattazione.

### 2.1. La sentenza 98/1979: i primi quesiti sulla “questione transessuale”

La prima pronuncia sul tema risale al 1979. Al tempo la legge vietava la sottoposizione all'intervento chirurgico di riattribuzione sessuale. Il divieto era posto dall'Art. 5 del codice civile italiano, che vietava la libera disposizione del proprio corpo nel caso in cui l'atto implicasse una permanente diminuzione dell'integrità fisica del soggetto. L'intervento, infatti, comportava la perdita della capacità procreativa: chi lo eseguiva commetteva reato ex Art. 583 c.p.<sup>24</sup>.

Le transizioni<sup>25</sup> continuavano ad avvenire: chi se lo poteva permettere attraversava i confini na-

<sup>19</sup> J. Butler, 1988. *cit.*, pp. 75-101.

<sup>20</sup> Corte costituzionale, sentenza del 12 luglio 1979, n. 98.

<sup>21</sup> Corte costituzionale, sentenza del 6 maggio 1985, n. 161.

<sup>22</sup> Corte costituzionale, sentenza del 21 ottobre 2015, n. 221.

<sup>23</sup> Cfr. Castro-Peraza & al., *cit.*, p. 8.

<sup>24</sup> L'Art. 583 c.p. puniva le lesioni personali gravissime, in questo caso intese come *sterilizzazione*.

<sup>25</sup> Si parla di transizione per indicare ogni percorso di affermazione dell'identità di genere che consiste nella modificazione del corpo e/o dei comportamenti, allo scopo di trovare un'armonia tra la propria espressione e identità di genere. È un'esperienza potenzialmente diversa per ogni persona trans, perché può potenzialmente coinvolgere ogni aspetto della

zionali, e si sottoponeva all'intervento dove era legalmente concesso: negli USA, per esempio, oppure in Marocco. Una volta tornate in Italia, queste persone vivevano la propria dimensione sociale nel genere di elezione, continuando ad essere giuridicamente identificabili da un nome e un sesso caduti ormai in disuso. La questione dei documenti identificativi non comportava (e non comporta) disagi meramente logistici: la vita quotidiana di una persona trans non legalmente riconosciuta la pone nella difficile situazione di dover divulgare la propria identità di genere ogni volta che è tenuta ad esibirla. Trovare un lavoro, iscriversi a scuola, firmare un contratto, accedere a misure di *welfare* significa rivelare forzatamente un aspetto della propria intimità che espone a violenze e discriminazioni<sup>26</sup>.

Nel caso del giudizio *a quo* la parte attrice, dopo essersi sottoposta all'intervento di riattribuzione genitale a Casablanca, chiese la rettifica anagrafica del sesso e del nome all'Ufficiale di Stato livornese. Poiché la legge non contemplava una simile ipotesi, l'Ufficiale respinse la domanda. Il tribunale di Livorno, trovandosi a decidere sulla legittimità di tale rifiuto, dubitò della sua costituzionalità. Sosteneva infatti che la mancata rettifica anagrafica violasse il "diritto all'identità sessuale"<sup>27</sup> della parte attrice, annoverabile tra i diritti della personalità protetti dall'Art. 2 Cost.

La Corte costituzionale, tuttavia, reputò questo dubbio infondato, negò l'esistenza di un diritto all'identità sessuale e affermò che il numero dei diritti inviolabili protetti dall'Art. 2 Cost. fosse chiuso<sup>28</sup>, non estendibile per interpretazione giurisprudenziale. La previsione di legge che vietava l'intervento di riattribuzione genitale, inoltre, esprimeva una preoccupazione legittima secondo la

---

persona, a partire dal suo nome e dai pronomi che si riferiscono alla propria identità. In inglese, ad esempio, alcune persone trans decidono di utilizzare il pronome "they" piuttosto che il maschile e il femminile. La lingua italiana non ha ancora elaborato una soluzione comparabile. I cambiamenti possono anche essere fisici: i più radicali sono pratiche mediche come terapie ormonali o interventi chirurgici. Non si tratta semplicemente di modificare i caratteri più marcatamente sessuali con l'intervento di riassegnazione sessuale o eventuali mastoplastiche o mastectomie: molte persone modellano altre parti del corpo, per femminilizzarle o mascolinizzarle. La transizione non è sempre medicalizzata: si pensi all'elettrolisi per la rimozione di peli facciali o corporei, oppure al *tucking*, al *packing* e al *binding*, tecniche impiegate per far apparire più o meno visibili o più nascoste il petto o i genitali, o ancora, al *cross-dressing* e al *drag*, quest'ultima forma di espressione artistica che alcune persone impiegano nella vita quotidiana. Quando una persona trans decide di tornare sui suoi passi, si parla di *detransizione*. Nel caso in cui si siano eseguite terapie o interventi non totalmente reversibili questo non è pienamente possibile. Si tratta di una percentuale piuttosto esigua di soggetti. Alcuni lo scelgono perché non si trovano a proprio agio, altri invece per motivazioni più logistiche – ad esempio, per difficoltà nel seguire determinate terapie, o perché la vita durante o dopo la transizione si dimostra intollerabile. La questione della de-transizione è particolarmente esposta come prova della "perversione" implicata nel transgenderismo: questo rivela lo scontro tra una concezione del genere come categoria immutabile o, in quanto fissata dall'individuo, e quindi passibile di mutamento. La presunzione che tutti siano *cisgender* a meno che non manifestino espressamente il contrario, è una rappresentazione transfobica del mondo, dove per transfobia si intende non un solo un sentimento di odio nei confronti delle persone trans, ma soprattutto il pervasivo doppio standard che afferma la validità dei corpi, delle esperienze, dell'identità cis e considera al contrario illegittime, inautentiche, sospette le persone trans. Non esiste alcun test che possa dimostrare "contro ogni ragionevole dubbio" l'identità di genere di una persona, e neppure l'opportunità e le modalità della sua transizione. Cfr. L. Erickson-Schroth, *op. cit.*, pp. 124-142; A. Lorenzetti, *cit.*, p. 32.

26 R. Kohler & J. Ehrh, *Legal Gender Recognition: Toolkit*. TGEU in [https://tgeu.org/toolkit\\_legal\\_gender\\_recognition\\_in\\_europe/](https://tgeu.org/toolkit_legal_gender_recognition_in_europe/) (consultato l' 8 luglio 2020).

27 Corte costituzionale, sentenza del 12 luglio 1979, n. 98, § 2.

28 La decisione sollevò critiche decise da parte della dottrina. L'orientamento contraddiceva una parte della giurisprudenza di merito (tra cui lo stesso giudice *a quo*) che aveva iniziato ad utilizzare gli artt. 2, 3 e 32 Cost. in "funzione adeguatrice". Cfr. P. Veronesi, *Il corpo e la Costituzione – concretezza dei casi e astrattezza della norma*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 58. Si veda anche M. Dogliotti, *Identità personale, mutamento del sesso e principi costituzionali* in *Giurisprudenza Italiana*, 1981, p. 27 ss.



Corte, cioè la tutela della famiglia, formazione sociale di alto rango costituzionale<sup>29</sup>.

Addentrando nel vivo della sentenza, bisogna innanzitutto soffermarsi sul *petitum* della parte attrice, cioè «*di sentir dichiarare che, contrariamente alle risultanze del registro degli atti di nascita, nel quale egli era iscritto come persona di sesso maschile, esso attore era appartenente al sesso femminile; con conseguente ordine all'ufficiale di stato civile di Livorno di provvedere alle rettificazioni occorrenti*»<sup>30</sup>. La parte fondava la sua pretesa sulla sua intima convinzione di essere una donna (elemento soggettivo), e sulla sua transizione (elemento oggettivo), che consisteva nella prova dell'avvenuta operazione e del fatto che viveva e si relazionava con il resto della società in un ruolo di genere femminile.

Il giudice *a quo* ragionò sul caso a partire dalla normativa vigente in materia di rettifica anagrafica<sup>31</sup>. La modifica *ex post* dei dati personali registrati all'Anagrafe<sup>32</sup> era ammessa nel caso di errore materiale del denunziante o dell'Ufficiale preposto alla trascrizione delle nascite<sup>33</sup>. Da questa fattispecie il tribunale di Livorno derivava il principio di necessaria corrispondenza tra il sesso legale e il sesso "reale" del soggetto. Questo principio, tuttavia, restava difficilmente applicabile al caso di specie: qual è infatti, il sesso "reale" della persona trans? Il giudice *a quo* dispose una consulenza medica per rispondere a questa domanda, nella quale si concluse che prima dell'operazione Lubrano possedeva «*tutti gli attributi somatici del sesso maschile*»<sup>34</sup>. Il medico perito raggiunse questa conclusione esaminando con accuratezza ogni segno della sessuazione biologica, dal patrimonio cromosomico alla «*robusta costituzione scheletrica*»<sup>35</sup>, alle «*minute tracce cicatriziali puntiformi riferibili a depilazione, con accenno di residua peluria al labbro superiore*»<sup>36</sup>. Riscontrò, inoltre, la presenza di attributi femminili, che tuttavia risultavano "artificiali": Lubrano di Scampamorte possedeva una "*pseudo vagina*", così definita perché non abbinata ad un utero<sup>37</sup> e plasmata da un intervento; il seno cresceva per

29 La protezione delle istituzioni matrimoniali e familiari è un argomento ricorrente nel ragionamento giurisprudenziale sul tema. La dottrina comparò la decisione italiana a quella del *Bundesverfassungsgericht* tedesco, risalente a un anno prima, in cui si era riconosciuto il diritto in capo al singolo di ottenere la corrispondenza tra il suo *status* giuridico e il sesso di appartenenza, considerato come insieme di fattori fisici e psichici. Cfr. BVerfG, sentenza dell'11 ottobre 1978, in *Foro italiano*, 1979, p. 273. La corte tedesca era giunta ad una simile ricostruzione a partire dalle disposizioni costituzionali che sancivano la tutela della dignità umana e dello sviluppo della personalità. Al di là delle differenze ordinamentali, i commentatori italiani sottolinearono come entrambi i casi attinevano alla tutela della personalità umana, ma che solo il *Bundesverfassungsgericht* l'aveva effettivamente riconosciuta. Cfr. S. Bartole, *Transessualismo e diritti inviolabili dell'uomo* in *Giurisprudenza Costituzionale*, I, 1979, p. 1194.

30 Corte costituzionale, sentenza del 12 luglio 1979, n. 98, secondo capoverso del *ritenuto in fatto*.

31 Registro anagrafico.

32 Artt. 165 e 167, r.d. n. 1238/1939.

33 L'interpretazione concedeva al massimo l'eventualità di un errore sopravvenuto: quando, cioè, qualche elemento – genetico, anatomico – segnalava che l'accertamento effettuato al momento della nascita non corrispondeva alla realtà. Questo è riportato da P. Stanzione, *Transessualità*, in *Enciclopedia del diritto*, XLIV, Milano, 1992, p. 880. Per quanto non contemplasse la possibilità di una volontaria femminilizzazione o mascolinizzazione del corpo, si nota che "è sufficiente un'attenta lettura di questa casistica per comprendere come essa già mettesse in crisi l'inamovibilità della distinzione tra maschi e femmine, operata alla nascita" P. Veronesi, *cit.*, p. 55.

34 Corte costituzionale, sentenza del 12 luglio 1979, quarto capoverso del *ritenuto in fatto*.

35 *Id.*

36 *Id.*

37 "Per ciò che attiene agli organi genitali, si ebbe a rilevare che l'atto operatoria (praticato nel 1970) aveva comportato la trasformazione dei genitali esterni mediante asportazione dei testicoli e la costituzione di una pseudo vagina, previa rimozione dei corpi cavernosi del

via dell'assunzione di ormoni femminilizzanti; l'assenza di peluria era merito della depilazione, che lasciava tante piccole cicatrici.

Dal punto di vista psichico, infine, il soggetto era *affetto* da transessualismo, condizione psichiatrica che implicava il rifiuto del suo corpo maschile, e il conseguente desiderio di modificarlo. La descrizione fornita della sindrome transessuale insisteva sul forte disgusto della parte attrice verso i suoi organi genitali per come apparivano prima dell'operazione e sulla sua intima convinzione di appartenere al genere femminile, espressa per mezzo di una personalità "*affettivamente coartata, immatura, labile, ansiosa ma conformizzata al ruolo culturale femminile*"<sup>38</sup>.

Il medico, insomma, fornì dati già dichiarati dalla parte attrice a fondamento della sua richiesta: Lubrano di Scampamorte, *maschio* alla nascita, aveva femminilizzato il proprio corpo con l'ausilio di tecnologie mediche, mossa dalla percezione di sé come *donna*: che nessun medico, genitore od Ufficiale si fosse sbagliato il giorno della sua nascita<sup>39</sup> era già evidente. Il dubbio iniziale resta invece irrisolto: qual è il sesso *reale* della persona transessuale? È più *reale* che un soggetto con fattezze femminili esibisca dei documenti indicanti l'appartenenza al genere maschile, o che una donna sia tale perché sceglie di modificare il suo corpo, originariamente differente? Lubrano di Scampamorte, e con lei tante altre donne transessuali, erano visibili ai giudici stessi in quanto *femmine*, o, quantomeno, in quanto *non-maschi*.

Come la consulenza tecnica confermava, tuttavia, era impossibile radicare la femminilità di questi soggetti a qualsivoglia elemento biologico o anatomico preesistente alla transizione. È questo il motivo per cui fu radicata la femminilità nella psiche del soggetto, in un'accezione intrinsecamente *patologica*: il tribunale di Livorno, in altre parole, non riteneva che la parte attrice dovesse ottenere la rettifica anagrafica in quanto *donna trans*, ma in quanto *uomo* affetto da *sindrome transessuale*, un disturbo psichiatrico che le causava indicibili sofferenze e che come tale doveva essere guarito.

La Corte costituzionale respinse la domanda, e affermò che "*far riconoscere e registrare un sesso esterno diverso dall'originario*"<sup>40</sup> non fosse in alcun modo annoverabile tra i diritti inviolabili protetti dall'Art. 2 Cost., definito "*fattispecie chiusa*"<sup>41</sup>. La parte attrice, infatti, si trovava in una situazione esplicitamente vietata dall'ordinamento giuridico italiano, e il fatto non era perseguibile come reato solo per una questione di confini.

Il divieto legislativo, inoltre, fu considerato adeguatamente motivato dal fatto che la "condizione

*pene, in grado di consentire la copula, mentre non v'è traccia di 'alcun organo o formazione che ricordi l'utero'*". Il termine "*pseudo-vagina*" allude all'inautenticità dell'organo genitale, non solo costruito chirurgicamente, ma anche non abbinato ad un utero funzionante. In quest'ottica, la mancanza di capacità riproduttiva prova l'inesistenza di una caratteristica biologica femminile fondamentale, mentre il fatto che l'atto sessuale consumato tra il soggetto e terzi non avesse come possibile conseguenza la riproduzione sembrava inficiare, nelle parole del medico, la "verità" e la "completezza" dell'atto stesso.

38 Corte costituzionale, sentenza del 12 luglio 1979, ottavo capoverso del *ritenuto in fatto*.

39 Una parte della giurisprudenza di merito aveva iniziato ad interpretare in funzione adeguatrice gli artt. 2 e 3 della Costituzione, ammettendo dunque la rettifica. Questo orientamento, tuttavia, era negato categoricamente dai giudici di legittimità, per i quali "*i tratti psichici e somatici erano considerati inscindibili e si negava rilievo alla volontà del soggetto di adeguamento al proprio vissuto dei caratteri sessuali; l'intervento chirurgico si giudicava ammissibile solo in funzione dell'eliminazione di 'difetti' e 'malformazioni' fisici, ostacolo alla chiarezza delle relazioni personali e dei rapporti giuridici.*" S. Canestrari & al., *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*. Milano, Giuffrè, 2011, p. 740.

40 Il paradigma della tendenziale tipicità delle situazioni soggettive oggetto di riconoscimento e tutela verrà successivamente abbandonato dalla Corte, che aprirà la fattispecie aperta dell'art. 2. Cfr. S. Canestrari & al., *cit.*, p. 741.

41 La dottrina comparò la decisione italiana a quella del Bundesverfassungsgericht tedesco, risalente a un anno prima, in cui si era riconosciuto il diritto in capo al singolo di ottenere la corrispondenza tra il suo status giuridico e il sesso di appartenenza, considerato come insieme di fattori fisici e psichici



trans" "può suscitare in Italia, come in altri Paesi, l'attenzione del legislatore sulle sue possibilità di soluzione e i relativi limiti in ordine al matrimonio, che la Costituzione definisce fondamento della famiglia come società naturale"<sup>42</sup>. La dottrina<sup>43</sup> del tempo notò che "affermare che il sesso costituisce un dato indiscutibile, la cui modifica appare addirittura (e in ogni caso) innaturale è dare corpo alla mera superficie delle cose; è – al contempo – un'assiologia che proviene inevitabilmente dall'alto"<sup>44</sup>.

## 2.2. Il mutato atteggiamento della Corte costituzionale: la sentenza n. 161/1985

Nel corso degli anni, sempre più soggetti riuscirono ad operarsi all'estero, e iniziarono quindi una vita sociale non corrispondente alla loro identità giuridica<sup>45</sup>. La stagione di mobilitazioni iniziata dalla già citata *rivolta delle piscine*, aumentò moltissimo la visibilità delle persone trans, tanto che non poterono più essere ignorate: così si arrivò alla proposta della l. 164/1982 in Parlamento, e all'approvazione di una versione di compromesso<sup>46</sup>. L'Italia fu il terzo stato europeo a prevedere la possibilità della rettificazione anagrafica in materia di attribuzione di sesso, preceduta solo dalla Svezia (1972) e dalla Germania (nel 1980)<sup>47</sup>.

Il testo di legge prevedeva un procedimento giudiziario in due fasi: la prima era preposta a rimuovere il divieto ex art. 5 c.c., a fronte di una "verifica" della sussistenza della condizione transessuale; la seconda verificava invece l'avvenuta operazione, e dichiarava con sentenza costitutiva l'identità di genere del soggetto richiedente. Chiamata a pronunciarsi sulla legittimità di questa procedura, la sentenza 161 del 1985 mutò significativamente l'orientamento costituzionale: fu asserita l'esistenza di un diritto all'identità di genere, confermata la legittimità della legge da poco approvata e venne individuato nell'intervento di riattribuzione genitale un mezzo per "ricomporre l'equilibrio tra soma e psiche" per raggiungere il benessere psico-fisico e una vita relazionale "quasi normale".

Il giudice *a quo*, la Corte di cassazione, non era dello stesso avviso. Accogliendo i rilievi della Corte di appello di Napoli, infatti, la cassazione riteneva che nel determinare il sesso della parte attrice fosse rilevante "il carattere maschile dei cromosomi, delle gonadi e degli originali organi genitali esterni (sia pure atrofici)"<sup>48</sup>. La Suprema Corte, inoltre, negava "la rilevanza della caratterizzazione psichica e comportamentale in senso femminile manifestata dal soggetto fin dalla più tenera età ed all'intervento chirurgico di demolizione dei genitali esterni e ricostruzione di un simulacro di vagina

42 Corte costituzionale, sentenza del 12 luglio 1979, § 2.

43 Sul tema S. Bartole, *ibidem*; M. Dogliotti, *cit.*, p. 29-30.

44 P. Veronesi, *cit.*, p. 55. Molti commenti insistono sulle differenti soluzioni individuate da altri ordinamenti nazionali. Oltre che la corte tedesca, ad esempio R. Moccia, *Problemi del transessualismo nella giurisprudenza francese in Foro italiano*, 1994, p. 315 e ss.

45 A. Lorenzetti, *cit.*, p. 26.

46 La rivolta fu l'inizio di una protesta che coinvolse varie città italiane. L'attenzione mediatica guadagnata dal movimento trans, guidato dal MIT, portò alla discussione della legge in Parlamento, sostenuta dal Partito Radicale. Il modello di ispirazione era quello tedesco, e la discussione ne modificò sensibilmente il testo. M. Izzo, *Tra(n)scritti Politici (My Political Testament) 2000-2007*. Genova, pp. 125-130.

47 A. Lorenzetti, *cit.*, pp. 31-34.

48 Corte costituzionale, sentenza del 6 maggio 1985, § 1 del *ritenuto in fatto*.

cui il medesimo si era sottoposto<sup>49</sup>". I rilievi sono perfettamente in linea con il ragionamento della Corte costituzionale nel 1979: si pensi, ad esempio, al passaggio in cui quest'ultima si riferiva ai genitali della donna trans con il nome di "pseudo-vagina" e al "simulacro di vagina" di cui sopra<sup>50</sup>.

La Suprema Corte temeva che questa "finzione" impattasse sul resto dei consociati. Il cambiamento di sesso, infatti, ha conseguenze non solo sui rapporti sociali, ma sull'età pensionabile, sull'inserimento del soggetto nel sistema carcerario, sulla candidabilità alla leva militare<sup>51</sup>.

Un altro ostacolo insormontabile, sempre secondo il giudice *a quo*, era rappresentato dalla pericolosità della persona trans, che inficiava la stabilità di due istituzioni: il matrimonio e la famiglia. Da una parte, ci si riferiva ai vincoli familiari già esistenti, notando che "i mutamenti artificiali di sesso comportano infatti un'inversione del ruolo naturale di uno dei coniugi e, determinando uno squilibrio nella diversità di figure genitoriali necessarie ad un normale svolgimento della vita familiare, consentirebbero a costui di sottrarsi ai suoi fondamentali doveri nei confronti dei figli<sup>52</sup>". Dall'altra, ci si preoccupava dell'eventualità che la persona trans si sposasse in futuro, contraendo un matrimonio invalido per "mancanza del requisito della diversità di sesso<sup>53</sup>", che avrebbe pregiudicato gravemente l'interesse del partner, "ingannato da siffatto comportamento<sup>54</sup>".

La Corte costituzionale, nel respingere i rilievi della Cassazione, segnò quella che fu definita "una vera e propria rivoluzione copernicana<sup>55</sup>": il diritto all'identità sessuale fu inteso come espressione del diritto alla salute, sancito dall'art. 32 Cost; per la prima volta si riconobbe l'influenza di fattori psicologici e sociali nel concetto di "sesso", fino ad allora inteso in senso biologico<sup>56</sup>. La "salute", bene giuridico "tutelato dall'ordinamento in quanto "complessivo equilibrio psico-fisico dell'individuo in una determinata situazione socio-ambientale<sup>57</sup>", diventò un concetto *dinamico*, che portò la Corte ad inquadrare il "transessualismo" entro una concezione più in linea con i progressi scientifici sul campo<sup>58</sup>.

Il diritto all'identità sessuale fu inoltre annoverato tra i diritti della personalità di cui all'Art. 2, fattispecie ora *aperta*, e fu definito "il diritto di realizzare, nella vita di relazione, la propria identità sessuale, da ritenere aspetto e fattore di svolgimento della personalità"<sup>59</sup>.

Gli argomenti che sostanziano queste posizioni, tuttavia, sono quasi identici a quelli proposti dal giudice *a quo* del 1979. Così come il tribunale di Livorno aveva auspicato l'intervento dello Stato nella rimozione degli ostacoli al raggiungimento di un benessere che, beninteso, era pur sempre "relativo" o "parziale", fu osservato come la persona trans fosse sola e sofferente, a causa di "un'esigenza incoer-

49 *Ibidem*.

50 L'inautenticità della vagina trans poggia in entrambi i casi sulla presupposta incompletezza di un rapporto sessuale non potenzialmente procreativo: mancando l'utero, manca anche la donna.

51 Corte costituzionale, sentenza del 6 maggio 1985, § 1 del *ritenuto in fatto*.

52 Corte costituzionale, sentenza del 6 maggio 1985, § 2 del *ritenuto in fatto*.

53 *Ibidem*.

54 Corte costituzionale, sentenza del 6 maggio 1985, § 2 del *ritenuto in fatto*.

55 P. Veronesi, *cit.*, p. 59.

56 V. Durante, *La salute come diritto della persona* in Zatti & al., *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*. Milano, Giuffrè, p. 589 ss.

57 B. Pezzini, *Transessualismo, salute e identità sessuale* in *Rassegna di diritto civile*, p. 466.

58 P. Zatti *et al.*, *cit.*, p. 738 s.; P. Vecchi, *Transessualismo* (voce), in *Enciclopedia giuridica*, *cit.*, p. 2 ss.; M. Garutti e F. Macioce, *Il diritto all'identità sessuale* in *Rivista di diritto civile*, 1981, p. 280 ss.; R. Nania e P. Ridola, *I diritti costituzionali*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 1104.

59 Corte costituzionale, sentenza del 6 maggio 1985, § 10.

cibile, alla cui soddisfazione è spinto e costretto dal suo “naturale” modo di essere<sup>60</sup>. Essendo la transizione un desiderio «*invincibile*», iniziando “a prezzo di qualsiasi sacrificio<sup>61</sup>”, la legge riconosceva una soluzione che pietosamente mitigasse gli “orrori” del transessualismo.

Anche in questo caso, la parte attrice non fu riconosciuta dal diritto in quanto *donna* (tanto che viene citata al maschile in tutto il testo della sentenza), ma in quanto uomo *affetto da sindrome transessuale*<sup>62</sup>.

### 2.3. L'adeguamento dei caratteri sessuali, da divieto a condizione necessaria

L'ultima tappa di questa analisi risale al 2015. Nel trentennio che separa la promulgazione della l. 164/1982 dalla pronuncia in esame<sup>63</sup>, le esigenze delle persone trans e non binarie sono profondamente mutate. La legge, al contrario, è rimasta invariata nella sua scarna sostanza (fatta eccezione per la riforma procedurale del 2011)<sup>64</sup>.

La Corte si trovò perciò a chiarire il ruolo giocato dall'intervento di riattribuzione genitale ai fini della procedura di *legal gender recognition*. La sorte dei genitali della persona trans, è bene ricordare, è sempre stata centrale per il nostro legislatore. Prima del 1982, infatti, l'operazione di riattribuzione sessuale era tassativamente vietata. La l. 164/1982 la rese invece praticabile, previa autorizzazione da concedersi al termine della procedura di *legal gender recognition*. Oltre a rettificare i dati anagrafici del soggetto, dunque, la sentenza del giudice autorizza anche l'intervento chirurgico ai caratteri sessuali “primari”.

Alcune persone trans, tuttavia, pur chiedendo la rettifica anagrafica, non si sottopongono all'intervento. La scelta a volte è dettata dalle circostanze (l'età avanzata o condizioni cliniche particolari, che rendono l'intervento troppo pericoloso), altre volte è determinata dalla volontà del soggetto (la transizione<sup>65</sup>, d'altronde, è un processo personalissimo e diversificabile).

Prima del 2015 parte della giurisprudenza riteneva impossibile concedere la rettifica anagrafica a chi non si sottoponeva all'operazione. Secondo alcuni giudici, infatti, modificare i caratteri sessuali primari era condizione strettamente necessaria all'esito favorevole del procedimento. L'argomentazione a principale sostegno di questa tesi era il fatto che l'apparato riproduttivo fosse il

60 *Ivi*.

61 § 3.

62 Sul punto già B. Pezzini, *cit.*, p. 466; V. Durante, *cit.*, p. 589 ss.; M. Garutti e F. Macioce, *cit.*, pp. 280 ss; Nania e P. Ridola, *cit.*, p. 1104.

63 Corte costituzionale, sentenza del 20 luglio 2015, n. 221.

64 L'unica modifica alla legge dalla sua approvazione è stata apportata dal decreto legislativo n. 150/2011 che ne ha riformato il rito senza apportare cambiamenti sostanziali. Semplicemente, la riforma snellisce in parte la procedura. In particolare, prima di questa data il soggetto doveva procedere con atto di citazione, da notificare all'eventuale coniuge e ai figli, instaurando così un processo che seguiva le regole sul rito ordinario di cognizione: oggi il rito è semplificato. La riforma sopprime il riferimento alla CTU, che era già stato superato dalla pronuncia costituzionale che aveva dato rilevanza alla sfera psicosessuale. Nei fatti resta ancora possibile disporla, se ritenuta necessaria dal giudice. È ancora la sentenza passata in giudicato a disporre la rettifica e autorizzare l'intervento, sentenza che era ed è immediatamente esecutiva, anche se è diventata obbligatoria la notifica al pubblico ministero. Questo fa decorrere il termine breve, accorciando relativamente i tempi. Cfr. A. Lorenzetti, *cit.*, pp. 37-42.

65 Cfr. nota 27.

“centro” della differenza sessuale (maschio/femmina)<sup>66</sup>.

Altri giudici, al contrario, reputavano che in nessun caso il diritto alla rettifica anagrafica potesse essere subordinato all’obbligo di sottoporsi ad un simile intervento<sup>67</sup>. Secondo tale orientamento, la non obbligatorietà dell’intervento sarebbe derivata dall’Art. 3 della l. 164/82<sup>68</sup>, che afferma: “*il tribunale, quando risulta necessario un adeguamento dei caratteri sessuali da realizzare mediante trattamento medico-chirurgico, lo autorizza con sentenza*”. Da qui si deduceva che l’adeguamento, non sempre «necessario», fosse rimesso alla valutazione del giudice.

Nel giudizio a *quo* del 2015, tuttavia, fu sostenuta l’inapplicabilità di questa interpretazione. Il motivo era storico: il legislatore del 1982 aveva prescritto l’Art. 3 pensando alle persone trans che si erano operate prima dell’entrata in vigore della legge, e che pertanto non avevano più bisogno di alcuna autorizzazione. Il giudizio di necessità del giudice, insomma, non riguardava l’intervento di per sé, ma la sua autorizzazione: non era possibile derivare dalla norma che “*la rettificazione di attribuzione di sesso possa essere ottenuta a prescindere dall’adeguamento dei caratteri sessuali primari, bensì soltanto che possano esservi casi concreti nei quali gli stessi siano già modificati*”<sup>69</sup>.

Il tribunale di Trento faceva discendere l’incostituzionalità della legge n. 164/1982 proprio dall’impossibilità di interpretarla a favore delle persone trans non operate<sup>70</sup>. Nello specifico, la norma sottoposta al vaglio era l’Art. 1, per cui “*la rettificazione si fa in forza di sentenza del tribunale passata in giudicato che attribuisca ad una persona sesso diverso da quello enunciato nell’atto di nascita a seguito di intervenute modificazioni dei suoi caratteri sessuali*». Come veniva evidenziato, infatti, «*la disposizione censurata, pur riconoscendo il diritto della persona di scegliere la propria identità sessuale, ne subordina l’esercizio alla modificazione dei propri caratteri sessuali primari da realizzare tramite un doloroso e pericoloso intervento chirurgico. Ciò pregiudicherebbe in modo irreparabile l’esercizio del diritto stesso, finendo con il vanificarlo*”<sup>71</sup>.

Un tempo vietata in quanto gravemente lesiva dell’integrità fisica del soggetto, la chirurgia genitale era ora prescritta forzatamente<sup>72</sup>. In sostanziale accordo con la sentenza della cassazione emessa poco prima sul tema<sup>73</sup>, la Corte costituzionale riconobbe che una simile imposizione equivalesse *de facto* ad una sterilizzazione forzata, e che fosse pertanto inammissibile. Qualificando l’orientamento

66 Così Tribunale di Massa, sentenza dell’11 gennaio 1989, in *Archivio civile.*, 1989, 737; Tribunale di Vicenza, sentenza del 2 agosto 2000, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2001, p. 220; Tribunale di Salerno, sentenza 15 giugno 2010, n. 1387.

67 Tribunale di Roma, sentenza del 18 ottobre 1997, *Diritto & famiglia*, 1998, p. 1033; Tribunale di Roma, sentenza del 14 aprile 2011, in *Famiglia e diritto*, 2012, p. 183; Tribunale di Rovereto, sentenza del 3 maggio 2013, in *Nuova Giurisprudenza Civile*, 2013, 12, p. 1116.

68 Art. 3, legge n. 164/1982.

69 Corte costituzionale, sentenza del 20 luglio 2015, n. 221, § 2.2

70 A. Venturelli, *Volontarietà e terapeuticità nel mutamento dell’identità sessuale* in *Rassegna di diritto civile*, 3, 2008, pp. 752 e ss., in cui afferma che l’irreversibilità del mutamento dei propri caratteri sessuali possa essere desunto da altri elementi della transizione, soprattutto quando ricorrere all’intervento significhi esporsi ad un pericolo per la propria salute ed integrità personale. Così anche A. Schuster, *Identità di genere: tutela della persona o difesa dell’ordinamento?* in *La nuova giurisprudenza civile commentata* (3), 2012, pp. 262 e ss.; M. G. Ruo, *Persone minori di età e cambiamento di identità sessuale. Nota a Trib. Roma sez. I 11 marzo 2011* in *Famiglia e diritto* (5), 2011, p. 506.

71 Corte costituzionale, sentenza del 20 luglio 2015, n. 221, § 2.2

72 I. D’Andrea, *La sentenza della Corte costituzionale sulla rettificazione anagrafica del sesso: una risposta e tanti nuovi interrogativi* in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1, 2016, p. 206; L. Ferraro, *La Corte costituzionale e la primazia del diritto alla salute e della sfera di autodeterminazione* in *Giurisprudenza Costituzionale* (6), 2015.

73 Cassazione civile, I sezione, sentenza del 18 luglio 2015, n. 15138.

giurisprudenziale a favore della parte attrice come unica interpretazione costituzionalmente orientata della norma, ne fu dunque salvata la legittimità<sup>74</sup>.

Questa decisione, come le altre, fonda il suo ragionamento su presupposti *patologizzanti*. La “prova” della femminilizzazione o mascolinizzazione del soggetto non è più rintracciabile nei genitali, è vero, ma continua ad essere fornita dalla diagnosi e dalle terapie prescritte: “*d’altra parte, la scelta in ordine ai trattamenti terapeutici e chirurgici da applicare ai casi concreti dovrebbe necessariamente essere demandata sotto il profilo scientifico e, comunque, previo il consenso informato al medico curante, unico soggetto idoneo a valutare le condizioni psicofisiche del soggetto e a predisporre il percorso clinico più adatto*”<sup>75</sup>. Il giudice costituzionale confermò insomma la necessità di bilanciare “*l’interesse pubblico alla certezza delle relazioni giuridiche*” con il diritto all’identità sessuale della persona trans. Questo bilanciamento imporrebbe un “*ineludibile*” e “*rigoroso accertamento giudiziale delle modalità attraverso le quali il cambiamento è avvenuto e del suo carattere definitivo. Rispetto ad esso il trattamento chirurgico costituisce uno strumento eventuale, di ausilio al fine di garantire, attraverso una tendenziale corrispondenza dei tratti somatici con quelli del sesso di appartenenza, il conseguimento di un pieno benessere psichico e fisico della persona*”<sup>76</sup>. In altre parole, si afferma che il tribunale deve sempre verificare la definitività della transizione, intesa come la femminilizzazione o mascolinizzazione del proprio corpo, con l’ausilio del personale medico<sup>77</sup>. È un medico, non un giudice (né tantomeno il soggetto) ad avere l’ultima parola nel procedimento italiano di *legal gender recognition*.

### 3. La regola che costruisce l’eccezione: binarismo di genere e corpo trans

Il silenzio legislativo ha lasciato alla giurisprudenza il gravoso compito di ricavare elementi di primaria importanza, tra cui l’esistenza stessa del diritto all’identità di genere. Questi principi generali sono stati elaborati in riferimento al procedimento di *legal gender recognition*. Non sono previsti altri istituti giuridici, nonostante i diritti delle persone trans si estendano ben al di là del mero riconoscimento dell’identità di genere, e interessino il mondo del lavoro, la salute in senso lato, i rapporti amicali e

<sup>74</sup> «Ne consegue “la prevalenza della tutela della salute dell’individuo sulla corrispondenza fra sesso anatomico e sesso anagrafico”, sicché l’intervento chirurgico può ritenersi indispensabile nel solo caso di rifiuto da parte dell’interessato della propria morfologia anatomica». L. Ferraro, *cit.*, p. 2054.

<sup>75</sup> «Si assiste ad un rito civile che, da “fonte autonoma di beni”, può diventare, nella sensibilità dei contemporanei, “fonte autonoma di mali”, una sorta di “pena nel giudizio”, meritata solo in ragione della propria identità sessuale. A causa del “pre-giudizio” che continua a vedere un elemento patologico nella condizione della persona transessuale, il “giudizio” predisposto dalla legge, in virtù del quale si dovrebbe rinnovare la relazione di riconoscimento tra l’ordinamento e la singola persona, rischia di venire turbato dalla “medicalizzazione” delle procedure e dall’intervento del consulente-medico: al solo CTU rischia di essere rimesso l’accertamento sulla “sufficienza”, sulla “completezza” e sulla “definitività” del processo di transizione». I. D’Andrea, *cit.*, p. 209.

<sup>76</sup> Corte costituzionale, sentenza del 21 ottobre 2015, n. 221 § 4.1.

<sup>77</sup> C. Angelini, *La rettificazione del sesso alla luce della recente giurisprudenza dei giudici di legittimità (nota a Cass. 15138/2015)*, in *Famiglia* (1), 2016, pp. 147-159, solleva alcune «perplexità circa il forte ruolo attribuito al giudice, cos. come circa la ricostruzione del giudizio di bilanciamento fra interesse pubblico e diritti della persona costituzionalmente garantiti». È su queste riserve che si fonda l’interpretazione del ruolo del giudice proposto da Anna Lorenzetti, la cui autorizzazione non è volta a bilanciare il pubblico interesse con il diritto della persona trans, quanto piuttosto a verificare l’effettiva consapevolezza del soggetto nel compiere questa scelta. Cfr. A. Lorenzetti, *cit.*, p. 57 e ss.



familiari, ogni aspetto della vita pubblica e privata<sup>78</sup>.

Si è inoltre potuto notare come l'istituto italiano di *legal gender recognition* sia stato concepito su presupposti *patologizzanti*. I ragionamenti giurisprudenziali a favore della parte attrice, infatti, hanno sempre considerato l'identità di genere trans *patologica*: questo è rilevabile sia nelle ipotesi del tribunale di Livorno che nel ragionamento che ha rimosso ufficialmente il requisito della sterilizzazione forzata, trentuno anni dopo.

Come dare impulso alla "piena depatologizzazione", dunque, in un simile contesto?

Si pensi alla preoccupazione della Corte di Cassazione, che nel 1985 paventava il turbamento che la rettifica anagrafica del soggetto trans avrebbe causato al sistema della leva militare, a quello previdenziale e all'istituzione penitenziaria<sup>79</sup>. Nel 2020 la leva non è più obbligatoria, ma l'esercito non arruola persone trans<sup>80</sup>; la pensione arriva ad età diverse per lavoratrici e lavoratori; esistono strutture carcerarie solo maschili o femminili<sup>81</sup>. Le remore della Suprema Corte erano fondate. Le persone trans esistono davanti alla legge, ma questo ha solo sottolineato la loro scomoda posizione rispetto al sistema giuridico, medico, politico e sociale: non c'è posto per loro. Le carceri, i tribunali, i luoghi di lavoro, persino le case sono contesti costruiti sulla base di una regola comune, la differenza sessuale maschio/femmina, che non contempla l'esistenza delle persone trans e non binarie.

Una prospettiva *depatologizzante* si muove da questa constatazione, ma con un intento radicalmente diverso. Se riconoscere l'esistenza delle persone trans, fatto empiricamente provato e costituzionalmente protetto, mette così profondamente in crisi un criterio alla base di tante istituzioni fondamentali della società italiana, è necessario esaminare la legittimità e adeguatezza del criterio stesso.

Questa sezione critica la concezione della *differenza sessuale* come "*naturale configurazione dei corpi in sessi, i quali esistono in una reciproca relazione binaria*"<sup>82</sup>.

Il rifiuto del binarismo di genere poggia su due argomenti: la totale disgiunzione dei due sessi, lungi dall'essere *naturale*, è una credenza derivata da una precisa teoria epistemologica, formulata in un periodo storico relativamente recente (il XVII secolo) e in un dato luogo (l'Occidente)<sup>83</sup>. Questo primo fatto conduce al secondo: il *binarismo di genere*, è una regola oppressiva, ma sovvertibile<sup>84</sup>. Per immaginarlo si legheranno insieme la concezione del genere nella teoria di Butler e la consuetudine giuridica nella teoria delle fonti del diritto.

78 Non esiste ad oggi un corpo normativo vincolante che garantisca i diritti delle minoranze sessuali a livello internazionale: gli abusi e le violenze che subiscono, tuttavia, sono dirette violazioni dei loro diritti umani. Questo è già dimostrato dai c.d. Principi di Yogyakarta (YP), redatti nel 2009 da una commissione internazionale di giuristi insieme a 29 esperti internazionali in materia di diritti umani. Cfr. International Commission of Jurists (ICJ), *Yogyakarta Principles: Principles on the Application of International Human Rights Law in Relation to Sexual Orientation and Gender Identity*, in <https://yogyakartaprinciples.org> (consultato 05.07.2020).

79 Corte costituzionale, sentenza del 6 maggio 1985.

80 La leva militare è stata ufficialmente abolita con la l. 331/2000, anno in cui si è aperto l'arruolamento volontario femminile. Il "disturbo dell'identità di genere", invece, è una voce nell'elenco delle "imperfezioni e infermità" che comportano la non idoneità al servizio militare ex art. 582 del DPR 90/2010.

81 Cfr. Associazione Antigone, *Galere d'Italia: dodicesimo rapporto di Antigone sulle condizioni di detenzione*, Modena, p. 28.

82 J. Butler, 1988. cit., pp. 77-78.

83 L. Nicholson e S. Seidman, *Social postmodernism: beyond identity politics*. Cambridge, 1995, pp. 39-65.

84 J. Butler, 1990, cit., pp. 77 e ss.

### 3.1. La situazionalità storica della regola binaria

Per arrivare ad affermare la situazionalità storica del binarismo di genere, è necessario comprenderne più a fondo il significato. È ancora una volta la giurisprudenza costituzionale a fornire ottimi esempi: torniamo al 1979, quando il corpo di Lubrano di Scampamorte veniva scandagliato alla ricerca dei segni identificativi del suo *vero* sesso. I risultati dell'indagine erano tanto ovvi quanto paradossali: Lubrano è nata maschio, quindi non è femmina. La logica che fonda questo ragionamento è strettamente *binaria*: si è maschio o si è femmina, non vi è possibile coesistenza tra i due elementi se non su un piano apparente (e dunque, Lubrano è *in realtà* un maschio, ma *sembra* una femmina).

Il binarismo di genere intende il corpo come il *luogo* e la *fonte* della sessuazione. Il corpo, quindi, è la prova e testimonianza della natura del "sé" che lo abita. In parole più semplici, si è uomini perché si ha un corpo maschile, e si è donne perché si ha un corpo femminile: la fonte della propria esistenza in quanto donna risiede nei segni biologici femminili.

Questa concezione della differenza tra i sessi è storicamente radicata nelle moderne società occidentali. Nel diciassettesimo secolo le società europee iniziarono a concepire le persone come 'materia in movimento', esseri distinguibili gli uni dagli altri sulla base delle coordinate spazio-temporali in cui sono situati<sup>85</sup>. L'affermazione di una metafisica materialista, che tendeva a comprendere la "natura delle cose" a partire dalla loro configurazione materiale, portò ad una graduale centralità delle caratteristiche fisiche e materiali del corpo: l'idea era che il corpo fosse la fonte della conoscenza del "sé", del soggetto. Nel diciottesimo secolo, poi, le scienze iniziarono a studiare la costante interazione tra ambiente ed esseri viventi, osservando come questi elementi influissero reciprocamente gli uni sugli altri. Si concluse che non solo le abitudini quotidiane, ma anche le coordinate spaziali, temporali e sociali avevano un forte impatto sulla vita delle persone: vi era, dunque, un'interrelazione tra il corporale e il culturale<sup>86</sup>.

Furono questi gli elementi da cui il corpo iniziò ad essere considerato la fonte della differenza tra vari gruppi di esseri umani. Il miglior esempio di questo processo è l'affermazione del concetto di razza: anche prima del diciottesimo secolo le differenze fisiche tra gruppi etnici diversi erano state impiegate per giustificare la messa in schiavitù, ma in questo periodo il ruolo dell'anatomia, della biologia divenne paradigmatico. La diversità fisica diventò la *matrice* della differenza sociale. La metafisica materialista arrivò a questa elaborazione a partire dalle differenze sociali rilevanti in quel contesto, e assegnò loro un nuovo ruolo ed un nuovo significato<sup>87</sup>.

Anche la percezione dei sessi in senso disgiuntivo non esisteva prima del diciottesimo secolo: gli organi genitali femminili, anzi, non avevano neppure un nome proprio, erano semplicemente una versione "meno sviluppata" dei genitali maschili; le mestruazioni non erano considerate altro che una manifestazione della naturale tendenza del corpo umano a sanguinare; le ovaie erano dei "testicoli", e ci si interrogava sulla modalità in cui le donne producessero il seme. Gli stessi organi, processi, fluidi corporei oggi pensati come rigidamente distinti nel maschio e nella femmina, dunque, erano immaginati come manifestazioni di un'unica economia del corpo, cioè di organi, processi e fluidi presenti in ogni essere umano.

L'abbandono della concezione dei sessi come continui tra di loro fu operato non solo dalla biologia, ma dal sistema giuridico e amministrativo delle moderne nazioni occidentali<sup>88</sup>. In questo stesso periodo, per esempio, iniziò a scomparire dall'immaginario comune il c.d. "*ermafrodita*": al suo posto

85 L. Nicholson e S. Seidman, *cit.*, pp. 60.

86 *Id.*, p. 43.

87 *Ibidem.*

88 Cfr. M. Foucault, *Esperienza e verità. Colloquio con Duccio Trombadori*. Roma: Castelvecchi, 2018, p. 126.



comparve lo '*pseudoermafrodita*'<sup>89</sup>. Il sistema binario, infatti, non ammette l'esistenza di un soggetto che manifesti elementi di ambo i 'sessi': per questo un *ermafrodita* sarà tale solo in apparenza (pseudo). Il suo vero sesso è individuabile oltre l'*illusione*, da chi custodisce i saperi relativi al corpo, cioè la medicina, che usa la sua conoscenza per distinguere il sesso apparente da quello reale. Si pensi alle persone intersessuali, operate al momento della nascita: il medico valuta quale tra i due sessi sia quello giusto e rimuove le tracce dell'altro<sup>90</sup>. Se la regola presuppone che ogni essere umano sia solo maschio o solo femmina, l'esistenza di un soggetto maschio e femmina insieme, in qualsiasi modo questo sia inteso, non è mai ammissibile: ne va della coerenza del sistema stesso. L'ermafrodita diventa *pseudoermafrodita*<sup>91</sup>, la vagina della donna trans una *pseudo-vagina*<sup>92</sup>, e l'enigma verità/apparenza si fa sempre più inestricabile.

### 3.2. Il genere come performance e i corpi trans come fuori copione

Il binarismo di genere è dunque storicamente situato: ha una genesi, un tempo e uno spazio. Non è *naturale*, né oggettivo: è una teoria che interpreta la realtà. Un sistema che si fonda sul binarismo di genere giustifica la disparità di trattamento tra soggetti sulla base del loro genere. Lo aveva già desunto la Cassazione del 1985, per la quale la natura sessuata delle prigioni, del sistema previdenziale e dell'esercito si sarebbe compromessa nel riconoscere l'identità di genere di una donna transessuale, che viveva peraltro nel suo genere di elezione già da anni.

Per quanto mossa da una prospettiva rovesciata, la presente critica si fonda sulla stessa constatazione: la regola binaria è presente in modo pervasivo e strutturale in ogni interstizio della vita e del diritto. Il processo di sessuazione è così rilevante che comincia mesi prima della nascita di ogni soggetto. Una persona, infatti, è giuridicamente tale a partire dal suo primo respiro<sup>93</sup>. Del suo sesso, invece, si hanno notizie già con la c.d. *ecografia morfologica*, tramite cui il personale medico osserva le fattezze del feto alla ricerca di un abbozzo di vulva o di pene. Una rudimentale vulva indica la sessuazione del feto come *femmina*, mentre un rudimentale pene indica la sua sessuazione come *maschio*. Solo dopo l'ecografia la lista di nomi da maschio e da femmina a cui i genitori hanno pensato si trasformerà in senso disgiuntivo. Il nome, definito dalla Corte Costituzionale come "*parte essenziale e irrinunciabile della personalità, quale primo e più immediato elemento dell'identità personale*"<sup>94</sup>, viene comunemente attribuito sulla base del genere di appartenenza, che, vale la pena sottolineare, è desunto dall'anatomia genitale del feto, prima, e del soggetto, alla nascita.

Il sesso e il genere del feto strutturano in modo determinante anche le prime relazioni che verranno

89 G. Beemyn, *Transgender History in the United States* (unabridged chapter in L. Erickson-Schroth, *cit.*).

90 L'intersessualità viene intesa come manifestazione della discrepanza tra il sesso gonadico, cromosomico, fenotipico di un soggetto, che comporta una compresenza di caratteri sessuali maschili e femminili. I soggetti la cui intersessualità è immediatamente rilevabile sono spesso sottoposti ad interventi chirurgici correttivi, con l'obiettivo di far rientrare le loro caratteristiche anatomiche entro una delle due categorie: sono il personale medico e le figure genitoriali a compiere queste scelte. La scelta eteroimposta di un intervento così invasivo in età neonatale solleva forti interrogativi sul diritto all'autodeterminazione e all'integrità fisica delle persone intersessuali. Cfr. A. Fausto-Sterling, *Sexing the body: gender politics and the construction of sexuality*. New York, 2000, p. 5.

91 H. Barbin, *Una strana confessione: memorie di un ermafrodito presentate da Michel Foucault*. Bologna, Einaudi, 2007, p. 16.

92 Corte costituzionale, sentenza 12 luglio 1979, n. 98.

93 Ex Art. 1 c.c.

94 Corte costituzionale, sentenza del 23 luglio 1996, n. 297

no instaurate dal soggetto: per fugare ogni dubbio a riguardo, si cercano le c.d. “*gender reveal compilation*”<sup>95</sup> che circolano sui social network. Sono video che riprendono le reazioni di genitori, fratelli, sorelle, amici nello scoprire il genere del feto, spesso nel corso di feste appositamente organizzate per l’occasione. Scoprire il sesso del futuro membro della comunità suscita una gran quantità di emozioni, nella maggior parte dei casi avvolte da una nuvola di coriandoli, piatti, torte e gadget azzurri oppure rosa confetto.

Si è già dimostrato perché la differenza sessuale sia una credenza, ma resta da capire in che modo strutturi così profondamente i corpi, il genere, la sessualità, il diritto.

Una teoria del diritto che aspiri ad eliminare la disparità di trattamento delle persone trans e non binarie non può che porsi queste domande. Delle risposte interessanti si possono trovare nella definizione di genere elaborata da Judith Butler già negli Anni Novanta, proprio a partire dalle esperienze non binarie, trans e *queer*. Il genere, per Butler, è una “*identità costituitasi debolmente nel corso del tempo e istituitasi attraverso la ripetizione stilizzata degli stessi atti*”<sup>96</sup>.

È una formulazione molto lontana da quella giuridicamente intesa, che distingue il *genere* dal  *Sesso*<sup>97</sup>, considerandoli in termini oppositivi. Si separano, in altre parole, l’insieme delle caratteristiche biologiche (il  *Sesso*)<sup>98</sup> dalle usanze e prassi socio-culturali ad esso annessi (il *genere*). La teoria butleriana è certo più complessa, ma risulta anche più adeguata a comprendere la posizione delle soggettività trans, non binarie e non conformi.

Questa sezione è un esercizio immaginativo, che presenta gli elementi essenziali della teoria butleriana attraverso una categoria del diritto: la *consuetudine*. Come si vedrà qui di seguito, questa fonte del diritto si presta particolarmente a rappresentare i meccanismi di vigenza e di costituzione del genere come *insieme di atti performativi*.

### 3.2.1. Dove prima non c’era che una sequela di fatti, nasce il genere

Una consuetudine, per prima cosa, è una fonte di *ius non scriptum*: non vi è una formulazione scritta delle norme consuetudinarie. La sua vigenza trae origine dalla sua diretta e ripetuta applicazione: “*dove prima non c’era che una sequela di fatti, nasce il diritto*”<sup>99</sup>.

La reiterazione di una serie di fatti nel tempo è il primo elemento costitutivo della consuetudine. Un fatto giuridico, bisogna ricordare, è un “*accadimento naturale o umano al verificarsi del quale l’ordinamento giuridico ricollega un qualsiasi effetto giuridico*”<sup>100</sup>. La giuridicità del fatto che costituisce la consuetudine, quindi, deriva dalla sua ripetizione in un arco temporale.

La teoria butleriana ritiene che sia una sequela di accadimenti, naturali e umani, a costituire l’identità di genere del soggetto, nella sua apparente stabilità e cogenza. Avere una vulva, indossare una gonna, definirsi donna sono, per Butler, tre “*atti*” o “*azioni*” del genere femminile<sup>101</sup>. Gli *atti* di

95 C. Gieseler, *Gender reveal parties are mediated events: celebrating identity in pink and blue*. Lanham, 2020.

96 J. Butler, 1988. *cit.*, p. 77-78.

97 Questa distinzione si affermò nel mondo del diritto con il c.d. *gender mainstreaming* negli Anni Novanta, ed ebbe l’importante compito di promuovere l’effettiva applicazione del principio di *non-discriminazione* nell’ambito delle c.d. *pari opportunità* femminili.

98 J. Scott, *The uses and abuses of gender*. in *Tijdschrift voor Genderstudies* 16 (1), p.71.

99 F. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*. Camerino, Edizioni Scientifiche Italiane, 1946, p. 194.

100 Cfr. F. Galgano, *Diritto privato*. Padova, Cedam, 2013, p. 24.

101 J. Butler, 1988. *cit.*, pp. 81.

genere sono molto simili ai *fatti* della norma consuetudinaria: la ripetizione nel tempo delle *azioni di genere* costruisce l'identità di genere del soggetto nello stesso modo in cui la reiterazione di certi fatti istituisce una consuetudine.

### 3.2.2. *Opinio iuris atque necessitatis*: il binarismo di genere

Il secondo elemento costitutivo della consuetudine è l'*opinio iuris atque necessitatis*, di tipo soggettivo. Consiste nella convinzione dell'obbligatorietà morale e/o giuridica del comportamento consuetudinario, il fatto giuridico di cui sopra (*usus*). Dare la mancia, per esempio, non è una consuetudine: è un'abitudine diffusa e ripetuta nel tempo (elemento oggettivo), ma manca la convinzione della sua necessità (elemento soggettivo)<sup>102</sup>.

L'*opinio iuris atque necessitatis* degli atti di genere è l'intima convinzione della necessaria conformità alla "*naturale configurazione dei corpi in sessi, i quali esistono in una reciproca relazione binaria*"<sup>103</sup>.

La forza di questa convinzione varia a seconda della tipologia di *azione di genere* considerata. Indossare una gonna, ad esempio, è prerogativa femminile secondo l'*uso* occidentale, vigente in specifiche parti del mondo<sup>104</sup>. Le desinenze maschili, femminili e neutre variano di lingua in lingua, e non solo: ogni sistema linguistico cambia nel tempo, e mutano anche le sue desinenze, e i pronomi stessi<sup>105</sup>.

È importante specificare che le *azioni di genere* non sono solo atti linguistici, usanze sociali, credenze culturali: per Butler anche i segni sessuati del corpo sono *azioni*. Questo non significa che una vulva sia comparabile ad un'usanza o un'opinione: è chiaramente una caratteristica anatomica. "*Avere una vulva*" non equivale solo a possedere una certa morfologia genitale, ma implica anche la *femminilità* (e, di conseguenza, la *non mascolinità*) del soggetto che la possiede, desunta proprio dalla conformazione anatomica. La teoria butleriana degli atti di genere, insomma, separa l'anatomia, la biologia e la materialità corporea dai suoi significati binari e disgiuntivi, per concludere che anche "*il corpo diventa il suo genere attraverso atti rinnovati, rivisitati e consolidati nel corso del tempo*"<sup>106</sup>.

### 3.2.3. Le sanzioni: violenza transfobica e patologizzazione

Il binarismo, dunque, vige per consuetudine. La "natura" collettiva di questa regola la rende molto facilmente trasgredibile: ogni qualvolta gli atti che costituiscono la stessa identità di genere sono sia maschili che femminili, d'altronde, il binarismo è contraddetto. Questo accade in modo aperto e costante: uomini indossano abiti femminili; soggetti di vari generi specificano i pronomi con cui desiderano essere chiamati; a partire dal 1984, addirittura, è ammessa l'esistenza giuridica di donne nate maschi e di

102 La mancia è infatti un *regalo d'uso*. Cfr. F. Galgano, *cit. cit.*, p. 39.

103 J. Butler, 1988. *cit.*, p. 77-78.

104 Si pensi al *kilt*, gonna in tartan indossata in Scozia dagli uomini come simbolo di appartenenza nazionale. Sull'invenzione di questa tradizione si veda H. Trevor-Roper, *L'invenzione della tradizione: la tradizione delle Highlands in Scozia* in E. Hobsbawm, T. Ranger, & E. Basaglia (a cura di), *L'invenzione di tradizione*, Torino, Einaudi, 1987, p. 19.

105 L. Fontanella, *Il corpo del testo. Elementi di traduzione transfemminista queer*, Milano: Asterisco Edizioni, 2019, p. 81.

106 J. Butler, 1988. *cit.*, pp. 84.

uomini nati femmine.

Questi atti dissidenti non vengono lasciati impuniti: la contravvenzione «*dà inizio a una serie di punizioni, sia aperte che subdole, mentre performarlo in modo corretto conferma il fatto che vi sia, dopotutto, un essenzialismo dell'identità di genere.*»<sup>107</sup>

In cosa consistono queste punizioni? Butler evidenzia lo scopo sanzionatorio della patologizzazione e lo collega alla natura punitiva della violenza transfobica, perpetrata su base sistemica da privati cittadini e forze dell'ordine<sup>108</sup>. La varianza di genere espone le persone che la manifestano ad un concreto rischio di morte: il profondo movente dei delitti transfobici è la convinzione della necessità del binarismo di genere, talmente profonda da legittimare la cancellazione di ogni essere umano che lo contraddica<sup>109</sup>, che sia una cancellazione fisica (con la violenza), o una cancellazione dalla *normalità* (la varianza di genere come patologica eccezione).

### 3.2.4. Abolire il genere significa moltiplicarlo

L'*opinio iuris atque necessitatis* degli atti di genere, dunque, non è solo storicamente situata, ma determina la sistemica oppressione dei soggetti che la contraddicono.

Il dolore e la sofferenza espressi e ribaditi dalle parti attrici dei *giudizi a quo* analizzati, che testimoniavano l'urgenza del loro sentire, sono da sempre considerati come sintomi di una patologia. La teoria del genere butleriana li considera, piuttosto, come espressione di un rapporto di forza entro il quale l'esperienza di genere trans non è comprensibile se non in termini di negazione.

La tutela dei diritti delle persone trans, non binarie e non conformi necessita nuove formulazioni teoriche, capaci di articolare la pervasività strutturale del sistema binario.

Una norma consuetudinaria, d'altronde, cade quando espressamente abrogata da una norma di legge (come capita nel sistema delle fonti interne, dove le consuetudini non sono mai *contra legem*), o cade in disuso. Il tempo è un requisito tanto essenziale quanto imprevedibile: la sopravvivenza di un'uso dipende dalla sua costante ripetizione: «*sebbene vi siano vari discorsi autoritativi sul genere – il diritto, la medicina, la psichiatria, per non fare che degli esempi – e sebbene tali discorsi cerchino di incoraggiare e sostenere la vita all'interno di termini di genere distinti, non sempre tali discorsi riescono a contenere gli effetti che essi stessi producono. Accade infatti che nessuna riproduzione delle norme di genere sia possibile in assenza di un'attuazione corporea di quelle norme. E quando questo campo di norme viene infranto, ancorché provvisoriamente, si può osservare come gli intenti che ispirano un determinato discorso regolativo, nel momento in cui viene messo in atto attraverso il corpo, possano produrre conseguenze imprevedute, facendo spazio a modi di vivere il genere che sfidano le norme dominanti di riconoscimento. È così che assistiamo all'emersione del transgender, del gender-queer, della butch, della femme, di modalità iperboliche o dissidenti di mascolinità e femminilità, e di modi di vivere il genere che si oppongono ad ogni distinzione categoriale*<sup>110</sup>».

Il genere non è un processo deterministico che ci iscrive entro un destino immutabile. Il mio corpo femminile può, tramite un'operazione, diventare maschile. Percorrere questa opzione significa *rifiutare* la decisione del medico, e il genere che è stato anagraficamente assegnato. Un simile rifiuto non è una semplice scelta razionale. Prima di dire: *non sono un uomo, sono piuttosto una donna*, prima di

107 *Ead.*, pp. 92.

108 J. Butler, *Undoing Gender*. New York-London, 2004, p. 6.

109 *Ead.*, pp. 18-22.

110 J. Butler, *L'alleanza dei corpi: note per una teoria performativa dell'azione collettiva*, Milano, 2017, p. 50.

presentare un'istanza davanti al tribunale, il soggetto ne ha l'intima consapevolezza. Ciò vale per ogni persona umana: l'identità di genere indica un processo di soggettivazione che appartiene ad ogni soggettività. Di questo processo il diritto italiano dovrà tenere adeguatamente conto, quando deciderà di muoversi verso un'orizzonte di piena *depatologizzazione delle persone trans* e non binarie che, nel frattempo, continuano a condurre delle esistenze fuori da ogni paradigma

## 4. Conclusioni

Il processo di *piena depatologizzazione* delle identità trans, non binarie e non conformi è ancora ai suoi inizi. La diagnosi di disforia di genere è oggi unica via di accesso alle operazioni chirurgiche e alle terapie ormonali di transizione, nonché condizione necessaria per il riconoscimento giuridico delle persone trans<sup>111</sup>.

*Disforia* è il termine psichiatrico che indica un *distress* emotivo con un impatto negativo sulla vita personale e sociale del soggetto<sup>112</sup>. La diagnosi di *disforia di genere* si ottiene quando la persona manifesta per sei mesi almeno due dei sintomi di seguito elencati<sup>113</sup>:

DISFORIA DI GENERE
Marcata incongruenza tra genere esperito e caratteristiche sessuali primarie/secondarie.
Forte desiderio di liberarsi delle proprie caratteristiche sessuali primarie e/o secondarie a causa della marcata incongruenza col genere esperito.
Forte desiderio per le caratteristiche sessuali del genere opposto.
Forte desiderio di appartenere al genere opposto.
Forte desiderio di essere trattato come un membro del genere opposto.
Forte convinzione di avere sentimenti e reazioni tipici del genere opposto.

Sorgerà, se già non è sorto, un ragionevole dubbio, cioè che il minimo comune denominatore di questi sintomi sia la *non conformità alla regola binaria*. Il vaglio di questa ipotesi meriterebbe una trattazione a sé stante, che tenga debitamente conto della storia della varianza di genere nella medicina occidentale, e che evidenzi il profondo legame tra scienza psichiatrica e controllo delle c.d. "*devianze*

<sup>111</sup> O almeno è così in gran parte dell'Europa: su 41 stati che permettono la *legal gender recognition*, 34 chiedono come la prova che il soggetto sia affetto da disforia di genere. Cfr. Trans Rights Europe Index 2018. TGEU. <https://tgeu.org/trans-rights-map-2018/> (Consultato il 19 settembre 2020)

<sup>112</sup> K. Bryant, *Making Gender Identity Disorder of Childhood: Historical Lessons for Contemporary Debates in Sexuality Research & Social Policy*: *Journal of NSRC* 3 (3), 2006, pp. 24-27.

<sup>113</sup> American Psychiatric Association. 2013. *Diagnostic and statistical manual of mental disorders: DSM-5*. Arlington, VA: American Psychiatric Association.

sessuali<sup>114</sup>”.

Pur senza queste specifiche nozioni, gli elementi acquisiti finora sono sufficienti a formulare delle conclusioni: il riconoscimento giuridico dell'esistenza delle identità trans, non binarie e non conformi non può essere legittimamente fondata su un controllo di *conformità binaria*, tantomeno se implica una verifica autoritativa. Il fondato sospetto che la diagnosi di disforia di genere assolvà precisamente a questo scopo, pertanto, costituisce adeguato motivo per la sospensione di ogni suo effetto ai fini della procedura italiana di *legal gender recognition*.

Ma questa è solo la prima sfida imposta dalla *depatologizzazione*. Bisognerà occuparsi anche della condizione giuridica delle persone minori gender variant, della rappresentazione e visibilità delle soggettività non conformi nell'arena pubblica e mediatica, della violenza transfobica e dell'inaccessibilità di tanti spazi pubblici (piscine, spogliatoi, seggi elettorali, carceri). Si dovrà inoltre capire come *depatologizzare* la varianza di genere senza intaccare la copertura sanitaria delle spese relative alle transizioni medicalizzate, considerato l'altissimo costo delle operazioni e dei trattamenti<sup>115</sup>.

Una simile impresa non può essere affrontata senza la costante interlocuzione con le persone direttamente interessate: a guidare la *depatologizzazione* dovranno essere le soggettività che la reclamano. Le prospettive ed esperienze trans e non binarie offrono infatti al diritto l'irripetibile occasione di passare in rassegna le molteplici credenze legate al genere, portando alla luce ciò che agisce nel sottoterraneo.

---

114 J. Meyerowitz, *Sex change and the popular press: Historical Notes on Transsexuality in the United States, 1930–1955*. in *GLQ - A Journal of Lesbian and Gay Studies* 2 (4); 1998, p. 159.

115 Si potrebbe, per esempio, considerare la *varianza di genere* come condizione medica, al pari della gravidanza, come suggerisce S. Sennott, *cit.*, pp. 103-105.



Anna Lorenzetti\*

## Carcere e transessualità: la doppia reclusione delle persone transgeneri

### Sommario

1. Introduzione al tema – 2. Le criticità della condizione transgenere nel contesto carcerario: le prassi e le normative di riferimento – 2.1. La collocazione delle persone transessuali all’atto della reclusione – 2.2. La salute reclusa – 2.2.1. La complessità della condizione transgenere in carcere: la somministrazione di ormoni – 2.2.2. La variabilità nelle tutele durante la detenzione: le diverse fasi del percorso di transizione – 2.3. La persona transgenere come “disturbo” della vita carceraria – 3. Transessualità, detenzione e tutela della salute.

### Abstract

Il lavoro analizza la condizione trans genere rispetto al quadro normativo e alle pratiche in uso nel sistema detentivo italiano, cercando di verificare se e in che termini i diritti e le libertà individuali sono effettivamente tutelate. Nel domandarsi quale tipo di tutela emerge dall’analisi del sistema detentivo, si intendono verificare i limiti emergenti soprattutto rispetto alla condizione di coloro che stanno compiendo la transizione. Considerando le criticità emerse dal contesto carcerario, si pone la necessità di ipotizzare una soluzione che risulti appropriata alla persona transessuale, in grado di garantire la pienezza dei diritti e delle libertà individuali nella peculiarità della vicenda concreta.

*The paper proposes an analysis of the legal protection of transsexual persons in Italian prison system through a critical discussion of the National rules and practices. While illustrating the legal protection of incarcerated transsexual persons, this study seeks to determine whether or not the rights and freedoms of transgender persons are effectively protected, and under which conditions. The paper addresses the following questions: what protection emerges from the analysis of the prisons system regarding transgender persons? To what extent and in what ways do transgender persons are effectively protected during the detention? It is argued that Italian prison system presents several limitations with regard to transgender persons, in particular, regarding persons who are ‘transitioning’. Considering the limited protection of incarcerated transgender persons under the Italian prison system, the need to ensure full protection emerges with the necessity to find a solution more appropriate to the specificity of situation which could guarantee the fully protection of health and individual rights and freedom.*

\* Ricercatrice t.d. di Diritto costituzionale, Università di Bergamo.  
L’autrice desidera ringraziare sentitamente Elena Pucci per i preziosi suggerimenti e l’attenta rilettura del presente lavoro e i referee per gli spunti offerti.  
Il contributo viene pubblicato in seguito a *referees* a doppio cieco.

## 1. Introduzione al tema

Il presente lavoro intende analizzare il tema della reclusione delle persone transgeneri, in particolare approfondendo i profili critici generati dalle prassi e dal quadro normativo vigente che implicitamente presuppongono il dualismo di genere, dunque l'univocità dell'assegnazione di una persona all'una o all'altra delle categorie sessuate, convenzionalmente nominate come maschile e femminile.

Per le persone transessuali, la situazione di privazione della libertà personale mostra infatti profili particolarmente problematici, in primo luogo, in ragione della difficoltà di trovare una collocazione idonea in contesti spesso non adeguati e già provati dal cronico fenomeno del "sovraffollamento carcerario"<sup>1</sup> che, pure ridotto con alcuni recenti interventi legislativi<sup>2</sup>, ancora affligge il sistema penitenziario italiano. Vi è poi da considerare come la privazione della libertà personale, a prescindere da una condizione peculiare come quella transessuale, di per sé palesa un generale indebolimento delle tutele individuali, in particolare nell'ambito dei diritti sociali<sup>3</sup>.

Il tema della difficoltà per l'ordinamento di "trattare" le persone che si collocano in una situazione di frontiera rispetto all'univoca ascrizione a una delle categorie sessuate M (maschio/maschile) F (femmina/femminile), non rappresenta peraltro una esclusiva degli istituti di pena, ma si presenta in modo altrettanto problematico in tutte le istituzioni totali, come ad esempio, strutture di ricovero, ospedali ma anche case di cura, collegi, caserme. Infatti, laddove sussiste una separazione fra le persone sulla base del sesso, il criterio assunto per suddividere gli utenti o i fruitori di un servizio è spesso quello della ascrizione anagrafica, in ragione di criteri di natura sostanzialmente organizzativa. Tuttavia, tra le altre istituzioni totali, la vicenda che riguarda gli istituti di pena (casa circondariale, carcere giudiziario o carcere minorile), come peraltro i CIE (Centri di identificazione ed espulsione), appare particolarmente problematica, posto che il rigido dualismo che suddivide le persone recluse sulla base del sesso, dunque della loro assegnazione al sesso maschile o a quello femminile, come risultante dai documenti anagrafici, appare un elemento quasi imprescindibile, "incapace" di riconoscere rilievo all'identità di genere<sup>4</sup>.

Il presupposto che emerge nel contesto delle istituzioni totali organizzate secondo la ripartizione M/F attiene alla possibilità, a-criticamente assunta e non messa in discussione, di suddividere sempre e comunque gli esseri umani fra maschi e femmine e al perfetto allineamento fra l'assegnazione anagrafica che risulta dalla nascita, dunque il sesso biologico, e l'identità di genere che la persona sente come propria. Se simile criterio è plausibile per la maggior parte delle persone, si mostra però come particolarmente complesso per le persone transessuali, e in particolare per coloro che non hanno ancora intrapreso o concluso il percorso di transizione, ossia di cambiamento da un sesso all'altro, e presentano dunque un'identità anagrafica difforme rispetto all'aspetto esteriore e al proprio sentirsi uomo o donna.

Peraltro, appare evidente come rispetto a quanto si verifica per le altre istituzioni totali, le già complesse condizioni legate alla detenzione divengono ancor più complesse per le persone transessuali, con una moltiplicazione del disagio vissuto dalla persona<sup>5</sup>, come confermato da recenti studi<sup>6</sup>, oltre che da

- 
- 1 Come ricordano Franco Corleone e Andrea Pugiotto, curatori del volume *Il delitto della pena. Pena di morte ed ergastolo, vittime del reato e del carcere*, Roma, Ediesse, 2012, nell'introduzione ad esso, l'espressione "sovraffollamento" carcerario mostra tragicamente la realtà del contesto carcerario e rappresenta l'esito di una "violenza" della lingua italiana che, per trovare la parola capace di rappresentare l'enormità della vicenda, ha "dovuto" coniare un'espressione che è il "superlativo di un superlativo". Sul tema, v. E. Dolcini, *La "questione penitenziaria", nella prospettiva del penalista: un provvisorio bilancio*, in *Rivista italiana di diritto processuale penale*, 2015; L. Marinucci, E. Dolcini, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, 2015, cap. XIII.
  - 2 D.l. 23 dicembre, n. 146, conv. con modificazioni, con l. 21 febbraio 2014, n. 10, recante «Misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria».
  - 3 M. Ruotolo, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino, Giappichelli, 2002.
  - 4 Sia consentito un rinvio al mio A. Lorenzetti, *Diritti in transito*, Milano, Franco Angeli, 2013; A. Marchiori, N. Coco, *Il transessuale e la norma*, Roma, Kappa, 1993. Alcune ricerche hanno messo in luce la criticità del contesto carcerario per le persone transessuali: M. Bondavalli, *La realtà trans\* in carcere*, 2014, disponibile al link: [https://www.academia.edu/10114870/La\\_realt%C3%A0\\_trans\\_in\\_carcere](https://www.academia.edu/10114870/La_realt%C3%A0_trans_in_carcere); A. Gadaleta, S. Lupo, S. Irianni (a cura di), *Il diritto alla sessualità e affettività quale diritto inviolabile del detenuto; analisi e prospettive applicative di iure condito e de iure condendo. Le affettività ristrette. Aspetti psicologici e profili operativi*, in *Identità di genere: omosessualità e transessualità nella detenzione, Le dimensioni dell'affettività - Dispense ISSP n. 3*, Ministero della giustizia, Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria, 2013. Specificamente rispetto alla condizione delle detenute transessuali con cittadinanza straniera, v. L. Chianura, G. Di Salvo, G. Giovanardi, *Detenute transgender clandestine negli istituti penitenziari italiani: un'indagine pilota*, in *Ecologia della Mente*, 33(2), 2010, pp. 219-238.
  - 5 A. Mele, *Genere irrisolto. Transessuali e istituzioni carcerarie*, Roma, Prospettiva Editrice, 2007.
  - 6 Si vedano, ad esempio, i Rapporti dell'Associazione Antigone, disponibili al sito: [www.associazioneantigone.it](http://www.associazioneantigone.it).

alcuni fatti di cronaca<sup>7</sup>, che attestano episodi di discriminazione e violenze in ragione dell'identità di genere.

Va peraltro ammesso che la detenzione delle persone transgeneri rappresenta una realtà senz'altro numericamente contenuta, senza tuttavia che ciò possa indurre ad una sottovalutazione del suo impatto e rilievo; infatti, osservare il dato problematico della questione a partire dalla sua incidenza percentuale rispetto al totale della popolazione detenuta potrebbe aprire al rischio di sottovalutarne l'impatto sia nella sua prospettiva pratica, cioè quanto alla vivibilità delle condizioni carcerarie, sia in chiave teorica, per quanto riguarda la tutela e garanzia dei diritti delle persone transessuali recluse. Ad ogni modo, può essere utile ricordare che al settembre 2013, i dati del Dipartimento amministrazione penitenziaria (d'ora in avanti, D.A.P.) indicano in 69 le persone transessuali recluse a fronte di una popolazione carceraria pari a 52.000 persone circa (0,13%)<sup>8</sup>. All'incirca, dunque, il dato percentuale sembra corrispondere all'incidenza statistica complessiva della popolazione transessuale rispetto alla popolazione *cisgender*<sup>9</sup> e appare dunque verosimile. Tuttavia, appare altresì plausibile che la presenza delle persone transessuali negli istituti di pena italiani sia più elevata, anche in ragione del fatto che sfuggono alle statistiche sia coloro che non hanno ancora intrapreso un percorso "istituzionalizzato" di transizione, sia le persone travestite<sup>10</sup>; peraltro, le statistiche non considerano neppure le persone che si sono già sottoposte all'operazione di modifica dei caratteri sessuali e che hanno completato il percorso di riassegnazione anagrafica del sesso: queste, infatti, al momento della reclusione vengono destinate alle sezioni maschili o femminili, in accordo a quanto risulta dal documento anagrafico e senza che emerga in alcun modo la condizione transessuale.

## 2. Le criticità della condizione transgeneri nel contesto carcerario: le prassi e le normative di riferimento

La reclusione delle persone transgeneri rappresenta un momento problematico sia in ragione del quadro normativo di riferimento che, nel presupporre acriticamente, l'univoca ascrizione all'uno o all'altro sesso, mostra difficoltà nel "trattare" coloro che non rientrano nel binarismo che suddivide ogni persona tra maschile e femminile, sia in nome delle prassi in uso presso gli istituti di pena che delineano un quadro critico della fase detentiva per le persone trans. A livello normativo, occorre tenere conto del composito quadro di norme che regolano la vita all'interno degli istituti di detenzione in Italia, dunque principalmente alla legge sull'Ordinamento penitenziario<sup>11</sup> e al suo regolamento di esecuzione<sup>12</sup>, senza

7 Vedi quanto riportato dai siti: <http://www.ristretti.org/Le-Notizie-di-Ristretti/milano-poliziotti-penitenziari-rinviati-a-giudizio-per-violenze-sessuali-a-detenuti-transessuali>; <http://www.diritto.net/psicogiuridico/11189-stuprano-detenuti-trans-agenti-a-giudizio.html>; <http://articolotrepalermo.blogspot.com/2011/03/linferno-infinito-abusi-su-un-trans-nel.html>. Recentemente, rispetto alla collocazione nei CIE, v. <http://www.ilfattoquotidiano.it/2017/03/18/brindisi-trans-chiusa-nel-reparto-maschile-del-cie-mi-hanno-detto-tammazziamo-dormo-sotto-le-telecamere-per-paura/3460834/>.

8 Il numero di presenze delle persone transessuali in carcere ovviamente è caratterizzato da una sensibile variabilità. Nella consapevolezza della complessità del tema, nel 2010 il D.A.P. ha istituito un gruppo di lavoro denominato P.E.A. n. 19 (Programma Esecutivo d'Azione) sul tema della detenzione della persona transessuale a cui hanno preso parte esperti interni (funzionari centrali e rappresentanti delle direzioni di istituti interessati alla detenzione di persone transessuali) ed esterni (Luca Chianura e Carmen Bertolazzi), con l'obiettivo di individuare le criticità esistenti e le possibili soluzioni. Nell'ambito della cosiddetta Strategia nazionale volta al contrasto delle discriminazioni contro le persone LGBT, l'Ufficio Nazionale Antidiscriminazioni Razziali, UNAR, ha finanziato un *Progetto pilota volto a migliorare le condizioni delle persone LGBT nelle carceri, con particolare attenzione alle persone transgender, attraverso attività di informazione, sensibilizzazione e formazione del personale dell'amministrazione penitenziaria e della popolazione carceraria sulle tematiche LGBT* (2013).

9 O Cis-generi in italiano, è un termine utilizzato per descrivere persone che si sentono a proprio agio con il genere assegnato alla nascita e che non manifestano disforia di genere, agendo ruoli di genere considerati appropriati (quantomeno in termini statistici) per il proprio genere; termine a complemento (non in opposizione) a *transgender* o transgeneri.

10 Sul punto, non vi sono precisazioni nelle statistiche ufficiali, per cui è soltanto possibile ipotizzare tale riflessione, a partire dai rapporti non ufficiali prodotti dalle associazioni che si occupano del tema e dal dato esperienziale che emerge.

11 L. 26 luglio 1975, n. 354 recante «Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà», d'ora in avanti, o.p.

12 D.P.R. 30 giugno 2000, n. 230 recante «Regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà».

tuttavia dimenticare che vi sono una serie di regole fissate mediante atti di natura di regolamentare<sup>13</sup>, tra cui i regolamenti interni di cui sono provvisti tutti gli istituti di pena. Per quanto riguarda le prassi, una mappatura appare difficile, posto che ogni struttura di pena presenta proprie peculiarità che rendono possibile soltanto restituire un quadro di insieme.

## 2.1. La collocazione delle persone transessuali all'atto della reclusione

Il primo elemento problematico che emerge nell'affrontare il tema della condizione transessuale in carcere riguarda la difficoltà di collocare le persone che non hanno iniziato o concluso il percorso di transizione, posto che gli istituti di pena sono contesti rigidamente organizzati e strutturati sul dimorfismo sessuale e sul dualismo in base al quale ogni persona è iscritta a una delle categorie sessuate nominate come M (maschio) o come F (femmina)<sup>14</sup>.

Peraltro, è la stessa normativa a prevedere un sistema di separazione sulla base del sesso; infatti, sia l'ordinamento penitenziario<sup>15</sup>, sia le Regole Penitenziarie Europee impongono che la reclusione avvenga in istituti o in sezioni separate per uomini e donne<sup>16</sup>.

Posta la separazione sulla base del sesso, il valutare l'appartenenza sessuale rispetto a quanto risultante dai documenti anagrafici, senza considerazione alcuna del genere e dell'aspetto esteriore, appare un dato che certamente penalizza le persone transessuali, ponendo a rischio il rispetto della *privacy*, oltre che della dignità e spesso della stessa incolumità della persona. Tuttavia, posto che la *ratio* della normativa è da ricondurre alla tutela della riservatezza della persona reclusa, appare discutibile che non venga affatto considerato come non sia appropriata una convivenza fra una donna transessuale (*MtF*, *Male To Female*) e detenuti maschi, come pure la presenza di un detenuto transessuale (*FtM*, *Female to Male*), all'interno di una sezione femminile. Infatti, la tutela della riservatezza e della dignità della persona umana coinvolta nella detenzione potrebbe indurre a concepire soluzioni alternative.

Nella pratica, le difficoltà oggettive determinate dall'incerto inquadramento di alcune persone come maschi o come femmine all'atto della reclusione sono risolte sostanzialmente in due modi. Da un lato, si scorge l'attaccamento al formalismo per cui si segue rigidamente l'assegnazione anagrafica, con situazioni paradossali e dubbie sotto il profilo del rispetto della dignità. Così, coloro che non hanno ancora concluso (o iniziato) il percorso di transizione vengono di norma assegnati alle sezioni sulla base del sesso anagrafico risultante dai documenti di identità, senza considerare il genere e l'identità di genere percepita dalla persona e con una soluzione che certamente mette in tensione il rispetto della dignità umana della persona in stato di privazione della libertà. Si pensi, ad esempio, al caso di una donna transessuale (*MtF*), anagraficamente uomo ma di aspetto femminile, che venga reclusa nel reparto maschile di un istituto di pena (o comunque in un istituto di pena); in senso inverso, si pensi a un uomo transessuale, *FtM*, anagraficamente donna, che venga detenuto in una sezione carceraria femminile. Entrambe le situazioni genererebbero quanto meno imbarazzo e comprometterebbero il pieno rispetto della *privacy* e forse della stessa incolumità delle persone coinvolte.

D'altro canto, vi sono (state) interessanti esperienze che sembrano riconoscere la specificità del caso concreto e che si sono indirizzate verso l'obiettivo di una più piena tutela individuale. Ad esempio, in via sperimentale, era stato avviato un progetto che prevedeva di destinare alle persone transessuali un istituto di pena *ad hoc*, in ragione della peculiarità della loro condizione che poco si prestava ad adattarsi alle regole e al contesto di una comunità reclusa rigidamente suddivisa sulla base del sesso. Il progetto, pensato tra il 2008 e il 2010 ma poi arenatosi, riguardava la casa circondariale di Pozzale, nei pressi di Empoli, in cui erano stati previsti corsi di formazione per il personale di custodia, cure ormonali libere e

13 Per il rilievo che potrebbe assumere in chiave di tutela e garanzia della specificità della condizione transessuale, nel periodo di detenzione, si veda la *Carta dei diritti e doveri dei detenuti e degli internati* il cui contenuto è fissato nel D.P.R. 5 giugno 2012, n. 136 che ha modificato il D.P.R. 30 giugno 2000, n. 203 v. [https://www.giustizia.it/resources/cms/documents/carta\\_diritti\\_detenuto.pdf](https://www.giustizia.it/resources/cms/documents/carta_diritti_detenuto.pdf).

14 A. Hochdorn, P. Cottone, B.V. Camargo, B. Berri, *One context, two Sexes & three Genders: Discursive positioning of Brazilian trans-prisoners in Italian jails*, in *Celebrating 70 years of Working Towards Health, Peace and Social Justice*, A. Guil A., Comunian A. L., O'Roark A. (a cura di), Sevilla, ArCiBel Publisher, 2015, pp. 125-139; V. Jenness, S. Fenstermaker S., *Agnes Goes to Prison: Gender Authenticity, Transgender Inmates in Prisons for Men, and Pursuit of "The Real Deal"*, in *Gender & Society*, 28(1), 2015, pp. 5-31;

15 V. art. 14, co. 5, o.p.

16 Le Regole Penitenziarie Europee, in particolare, nel collegare il tema alla dignità della persona, chiedono di tenere conto della necessità di separare i detenuti maschi dalle detenute femmine, salvo deroghe disposte nell'interesse di tutte le persone recluse, e di garantire la *privacy* nell'accesso ai servizi igienici (Regole nn. 18 e 19).



possibilità ricreative per le persone recluse<sup>17</sup>. Questa soluzione era stata pensata al di fine di riconoscere la peculiarità della condizione detentiva delle persone transgeneri, sebbene da subito ne erano stati palesati i possibili rischi, da un lato, quanto ad una visione quasi ghetizzante e ghetizzata delle persone transessuali recluse, rispetto alla restante parte della popolazione detenuta, dall'altro, negli aspetti pratici che ne sarebbero seguiti in maniera ineludibile; infatti, per molte persone recluse, la destinazione a questo istituto avrebbe significato l'espiazione della pena in un luogo distante dalla propria residenza, con difficoltà aggiuntive nel mantenere contatti con la propria famiglia e con la sfera affettiva e sociale di provenienza, di fatto rendendo più complesso il mantenimento della rete di relazioni che agevola anche le possibilità occupazionali<sup>18</sup>.

Una ulteriore soluzione che mira a tenere conto della specificità della condizione transessuale nella detenzione è la previsione, in alcune strutture penitenziarie, di sezioni riservate<sup>19</sup>, così da evitare una convivenza spesso segnalata come problematica e a forte rischio di violenze. Non è tuttavia senza criticità che le sezioni speciali per le detenute transessuali siano state realizzate all'interno di istituti di detenzione maschile<sup>20</sup>, comunque generando situazioni di dubbio rispetto per la *privacy*, posto che, ad esempio, il personale in servizio è (ovviamente) maschile.

In materia di collocazione, è importante ricordare la normativa penitenziaria che fa riferimento al tema della protezione da violenze delle persone recluse e chiede di garantire la «collocazione più idonea di quei detenuti ed internati per i quali si possano temere aggressioni o sopraffazioni da parte dei compagni»<sup>21</sup>; simile previsione, certamente si presta ad una applicazione rispetto alle persone transessuali, posto che si tratta di una condizione personale a forte rischio di violenze e soprusi nel contesto carcerario<sup>22</sup>. Peraltro, l'assegnazione che viene effettuata al momento di ingresso negli istituti di pena non dovrebbe comunque considerarsi definitiva, posto che «deve essere frequentemente riesaminata» per verificare il permanere delle ragioni della separazione dalla comunità<sup>23</sup>. Anche rispetto a questa normativa, va segnalato il rischio di penalizzare irragionevolmente la condizione transessuale, posto che «l'idoneità della collocazione» cui la normativa fa riferimento viene per lo più valutata assumendo come centrale l'obiettivo di mantenere l'ordine all'interno della struttura penitenziaria, e non invece la persona e le sue esigenze, che vengono in qualche modo subordinate a ragioni di natura organizzativa.

È poi rilevante notare che alle persone transessuali viene applicata una circolare del Dipartimento amministrazione penitenziaria che le colloca nelle sezioni cd. «protette» «destinate al contenimento di soggetti che hanno il divieto di incontro con la restante popolazione detenuta per condizioni personali ovvero per ragioni detentive e/o processuali»<sup>24</sup>. Questo aspetto è oggetto di pareri contrastanti in quanto, in nome di obiettivi di tutela della condizione personale vissuta, genera un aggravio nel regime di espiazione della pena.

Spesso accade poi che le detenute transessuali, anagraficamente considerate uomini e dunque recluse in istituti maschili, vengano sottoposte ad un regime particolare di sorveglianza, come previsto per «i condannati, gli internati e gli imputati che con il loro comportamento compromettono la sicurezza ovvero turbano l'ordine negli istituti; che con la violenza o minaccia impediscono le attività di altri detenuti o internati; che nella vita penitenziaria si avvalgono dello stato di soggezione degli altri detenuti

17 V. le notizie sul quotidiano La Stampa, <http://www.lastampa.it/2010/01/27/italia/cronache/a-empoli-nasce-il-carcere-per-i-trans-Py9nctoEqVxZiO0jWucpNL/pagina.html>.

18 A. Hochdorn, P. Cottone, *Agentività e identità di genere: la costruzione discorsiva della violenza di genere nel sistema penitenziario italiano/Effects of agency on gender identity: discursive construction of gender violence within italian prisons*, in *Rivista di Sessuologia*, 36(2-3), 2012, pp. 141-162.

19 Queste sono ad esempio, le strutture di Belluno, Bollate, San Vittore, Poggioreale, Rebibbia, Rimini, ma anche il CIE di Milano.

20 Così, ad esempio, la Casa circondariale maschile di Rebibbia-Roma.

21 V. art. 32, D.P.R. 30 giugno 2000, n. 230.

22 A. Hochdorn, P. Cottone, *Agentività e identità di genere*, cit., pp. 141-162. Il tema del rischio di violenza (di genere) contro le detenute transessuali è ben presente nella letteratura specialistica: A. Hochdorn, P. Cottone, B.V. Camargo, B. Berri, *Genderized words in affective worlds: Can experiences and relations prevent (trans)gender-based violence in prison?*, in *La camera blu. Journal of Gender Studies*, 10(11), 2014, pp. 129-145. Sia pure in termini non tecnici, v. il volume *Princesa*, F. Farias de Albuquerque, M. Jannelli (a cura di), Roma, Sensibili alle foglie, 1994) che ha ampiamente trattato le difficoltà della condizione transessuale.

23 V. art. 32, D.P.R. 30 giugno 2000, n. 230.

24 Circolare D.A.P. n. 500422 del maggio 2001, avente ad oggetto «Sezioni c.d. "protette". Criteri di assegnazione dei detenuti», disponibile in [http://win.dirittopenitenziario.it/portale-di-scienze-penitenziarie/circolari/circ\\_6/500422.pdf](http://win.dirittopenitenziario.it/portale-di-scienze-penitenziarie/circolari/circ_6/500422.pdf).

nei loro confronti»<sup>25</sup>. Nella pratica, questo regime di particolare sorveglianza, che si traduce in un isolamento dalle altre persone reclusi e che non può essere applicato per un periodo superiore ai sei mesi (prorogabile anche più volte in misura non superiore ogni volta a tre mesi), produce l'ulteriore effetto di precludere le attività lavorative e ricreative previste durante la detenzione. Ciò però comporta non solo un impedimento, ad esempio, nell'accesso alle possibilità di guadagno che, attraverso l'attività lavorativa intra muraria, possono essere riconosciute alle persone detenute, ma anche la compromissione di quel percorso rieducativo della pena che l'art. 27, comma 3 della Costituzione fissa come paradigma inderogabile dell'espiazione<sup>26</sup>. L'aspetto paradossale di questo approccio risiede nel fatto che genera un regime di detenzione aggravata e particolarmente opprimente non in ragione di un'azione compiuta o del mancato rispetto delle regole penitenziarie, ma in quanto la condizione transessuale è ritenuta causa potenziale di rischio a seguito di comportamenti altrui e/o dell'inadeguatezza strutturale degli istituti di pena<sup>27</sup>.

Inoltre, sebbene spesso le persone transessuali vengano reclusi per reati legati allo spaccio di stupefacenti o alla prostituzione, in nome della sicurezza interna e della persona stessa, sono spesso destinate verso le sezioni riservate ai cosiddetti *sex offenders* (ossia alle persone reclusi per reati di natura sessuale), con uno stigma che appare irragionevole e che, nel caso di specie, prescinde totalmente dal tipo di reato commesso (o per il quale si è imputati). Al contrario, questo approccio sembra quasi far dipendere le modalità di espiazione della pena da una caratteristica personale, con il rischio di essenzializzare, quasi di "schiacciare" la persona transessuale sulla propria condizione. Peraltro, non è da sottovalutare come spesso le motivazioni addotte per giustificare l'assegnazione della persona ad un reparto appaiano apodittiche e non motivate, aprendo un varco al dispiegarsi di un margine di discrezionalità i cui confini con l'arbitrio sembrano sfumarsi.

Vi sono infine numerosi casi nei quali, non ritenendosi l'istituto di pena adeguato alle esigenze peculiari delle persone transessuali, all'atto di reclusione la persona viene tradotta verso strutture ritenute in grado di fornire una accoglienza appropriata, ma talvolta geograficamente molto distanti dal proprio domicilio, ponendo tuttavia seri ostacoli al mantenimento dei legami familiari e affettivi, nonché con la realtà extra carceraria di provenienza. Questo elemento è rilevante, anche rispetto all'attivazione di possibilità occupazionali extra murarie, che certamente possono essere agevolate se la persona permane nella zona in cui viveva da libera.

## 2.2. La salute reclusa

Il diritto alla salute si inserisce con forza nel binomio carcere e transessualità<sup>28</sup>, avuto riguardo alle prassi e alle norme che regolano il percorso di transizione dal primo accesso ai consultori e ai centri di sostegno in cui si avvia il percorso, sino all'intervento di riassegnazione del sesso anatomico e alla modifica anagrafica dell'attribuzione di sesso. In termini generali, occorre considerare come il tema della salute all'interno delle carceri richieda una verifica circa l'ampiezza nella tutela di un diritto costituzionalmente garantito dall'art. 32 Cost. anche (e anzi, forse, *soprattutto*) alle persone reclusi<sup>29</sup>, rispetto alle specificità richieste o imposte dallo stato di privazione della libertà personale<sup>30</sup>; parimenti rispetto ai limiti astrattamente imponibili in nome dell'ordine interno, della sicurezza, dell'interesse della comu-

25 V. art. 14-bis, L. 26 luglio 1975, n. 354.

26 Su carattere di doverosità del finalismo rieducativo, A. Pugiotto, *Quando la clessidra è senza sabbia. Ovvero: perché l'ergastolo è incostituzionale*, in F. Corleone, A. Pugiotto, *Il delitto della pena*, cit., p. 121.

27 In maniera non dissimile, si noti come gli scostamenti fra l'impianto normativo previsto e la pratica applicazione sono numerosi nel contesto carcerario. Ad esempio, il regime dell'isolamento viene "piegato" a finalità estranee alla previsione normativa e utilizzato «per indebolire la vittima, occultare prove, agire indisturbati sul corpo del detenuto». S. Carnevale, *Morire in carcere e morire di carcere. Alcune riflessioni intorno agli abusi sulle persone private della libertà*, in *Il delitto della pena*, F. Corleone, A. Pugiotto (a cura di), cit., p. 211.

28 R. Alexander, J.C.A. Meshelamiah, *Gender Identity Disorders in Prisons: What Are the Legal Implications for Prison Mental Health Professionals and Administrators?*, in *The Prison Journal*, 90(3), 2010, pp. 269-287.

29 M. Ruotolo, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, cit. Per un riepilogo degli atti rilevanti sul tema, v. <http://www.ristretti.it/areestudio/salute/norme/>.

30 La specificità del contesto carcerario rispetto al tema della salute è ben presente nella letteratura sul tema. V. A. Lehtmetts, J. Pont, *Prison health care and medical ethics. A manual for health-care workers and other prison staff with responsibility for prisoners' well-being*, Council of Europe, 2014. S. Enggist, L. Moller, G. Galea, C. Udesen, *Prison and Health*, World Health Organization, 2014, in cui peraltro si fa espresso riferimento alle persone detenute transessuali, includendole nei detenuti con specifici bisogni. Peraltro, appare altresì significativo come in Italia, proprio in ragione della consapevolezza della peculiarità del tema, è nata la Società Italiana di Medicina e Sanità Penitenziaria (SIMSPe Onlus).



nità carceraria, della salute del detenuto stesso e, non da ultimo, di ragioni finanziarie, che chiamano in causa i tetti di spesa spesso imposti alle istituzioni penitenziarie<sup>31</sup>.

Anche una serie di documenti internazionali, prevalentemente di *soft law*, impone di trattare le persone reclusi nel rispetto della dignità e vieta discriminazioni fondate sulla propria condizione personale anche nell'accesso alla salute<sup>32</sup>. Viene così affermato che gli Stati devono verificare la compatibilità delle condizioni detentive di ogni detenuto con il rispetto della dignità umana, nonché la garanzia della salute e del benessere del detenuto e assicurare che le modalità di esecuzione della misura non sottopongano l'interessato ad un disagio o ad una prova d'intensità superiore all'inevitabile livello di sofferenza che la detenzione arreca<sup>33</sup>.

A livello di normazione di rango primario, è significativo ricordare come la riforma dell'ordinamento penitenziario, risalente al 1975 – non a caso definito “l'anno zero” in materia<sup>34</sup> – colloca la figura del detenuto al centro del sistema penal-punitivo<sup>35</sup>, non più in una posizione subordinata rispetto all'amministrazione penitenziaria, anche nell'ambito della salute. L'erogazione di servizi sanitari per le persone detenute è così prevista «alla pari dei cittadini in stato di libertà», per quanto riguarda la prevenzione, la diagnosi, la cura e la riabilitazione<sup>36</sup>; viene inoltre riconosciuto un servizio medico e farmaceutico adeguato alle esigenze di prevenzione, profilassi e cura (art. 11, co. 1, o.p.) e prevista la possibilità del “trasferimento” del detenuto in ospedali civili o in altri luoghi, su indicazione del magistrato di sorveglianza, qualora siano necessarie cure o accertamenti diagnostici che non possono essere apprestati dai servizi interni (art. 11, co. 2, o.p.).

Nella prassi, indipendentemente dalle richieste e dalla loro necessità, all'ingresso in istituto e successivamente a intervalli regolari, i detenuti sono sottoposti a visita medica generale (art. 11, co. 5, o.p.), con la possibilità di avvalersi, a proprie spese, di un sanitario di fiducia (art. 11, co. 11, o.p.).

Anche le Regole Penitenziarie Europee impongono alle autorità penitenziarie di preservare la tutela della salute dei detenuti (parte III del Regolamento): considerando che la condizione transessuale è ancora classificata come patologia mentale<sup>37</sup>, va anche ricordata la regola per cui «devono essere dispo-

- 31 M. Ruotolo, *Salute e carcere*, in *Bioetica pratica e cause di esclusione sociale*, L. Chieffi (a cura di), Udine, Mimesis, 2012, p. 60; Id., *Dignità e carcere*, Napoli, Editoriale scientifica, 2011; sia pure rispetto al tema specifico della contenzione ma con considerazione valide anche alla presente riflessione, v. M. Massa, *La contenzione. Profili costituzionali: diritti e libertà*, in *Il nodo della contenzione. Diritto, psichiatria e dignità della persona*, S. Rossi, (a cura di), Alphabeta Verlag, Merano, 2015, pp. 81-117. Il carattere altamente problematico del tema della salute in carcere è ben presente nel dibattito contemporaneo, tanto da essere oggetto specifico di uno dei tavoli tematici degli “Stati generali dell'esecuzione penale” (Tavolo 10 su “Salute e disagio psichico”), D.m. 8 maggio 2015 e D.m. 9 giugno 2015 di costituzione e integrazione del Comitato degli esperti. V. [https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg\\_2\\_19\\_1.page?jsessionid=k7DFK00snsHrAnCK-zqaAqx+?previousPage=mg\\_2\\_19](https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_2_19_1.page?jsessionid=k7DFK00snsHrAnCK-zqaAqx+?previousPage=mg_2_19). Non vi sono invece previsioni sul punto nel disegno di legge sulla Riforma dell'ordinamento penitenziario; v. AS 2067, XVII Legislatura, «Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale per il rafforzamento delle garanzie difensive e la durata ragionevole dei processi nonché all'ordinamento penitenziario per l'effettività rieducativa della pena».
- 32 Così, la Convenzione per i diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, firmata a Parigi il 20 marzo 1952 (art. 3); la Risoluzione ONU del 30 agosto 1955, recante le Regole minime per il trattamento dei detenuti, che impone il divieto di discriminazione nel trattamento dei detenuti «in base a pregiudizi, specialmente di razza, di colore, di sesso, di lingua, di religione, di opinioni politiche o di altro genere, di origine nazionale o sociale, di fortuna, di nascita o di qualsiasi altra situazione» (art. 6.1); il Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici firmato a New York il 16 dicembre 1966, secondo cui «ogni individuo privato della propria libertà personale deve essere trattato con umanità e col rispetto della dignità inerente la persona umana» (art. 10), sino alla più recente Carta Europea dei Diritti dell'Uomo e alla giurisprudenza sovranazionale che vieta condizioni detentive inumane e degradanti. Corte Edu, *Saadi c/Italia*, n. 37201/06, § 127, 28 febbraio 2008 e Corte Edu, *Labita c/Italia*, n. 26772/95, §119, 2000 – IV.
- 33 Corte Edu, *Kudla c/Polonia*, n. 30210/96, § 2000-XI.
- 34 M. Ruotolo, *Salute e carcere*, cit., pp. 59-60, che richiama il lavoro di G. Neppi Modona, *Ordinamento penitenziario*, in *Digesto delle Discipline Penali*, IX, Torino, UTET, 1995, pp. 43 ss.; S. Anastasia, *Metamorfosi penitenziarie. Carcere, pena e mutamento sociale*, Roma, Ediesse, 2013; F. Fiorentin, *I detenuti, I nuovi danni alla persona. I soggetti deboli*, in P. Cendon, S. Rossi (a cura di), Padova, Cedam, II, 2013, pp. 665-728.
- 35 Art. 1, 1° co., o.p. Tuttavia, occorre ammettere che, nella prassi, il previsto «trattamento individualizzato» si trasforma spesso in rigide classificazioni e in “circuiti differenziati” che negano ad una serie di “categorie” di detenuti una possibile evoluzione trattamentale e l'accesso a quei diritti fondamentali su cui la Corte costituzionale ha più volte richiamato l'attenzione. V. ad es. art. 14 o.p. che nella rubrica parla di “categorie di detenuti”.
- 36 V. art. 1, co. 1., D. lgs. 22 giugno 1999, n. 230, «Riordino della medicina penitenziaria, a norma dell'articolo 5 della legge 30 novembre 1998, n. 419».
- 37 Come noto, infatti, da un punto di vista medico-sanitario, questa condizione è considerata una patologia, in particolare quale sindrome di natura psichiatrica, a partire dalla III edizione del Manuale diagnostico e statistico dei disturbi mentali, elaborato dall'American Psychiatric Association (1980). Definita in un primo momento come “disturbo dell'identità di genere” (DIG),

nibili degli istituti specializzati o delle sezioni specializzate, posti sotto il controllo medico, per l'osservazione e la cura di detenuti affetti da disturbi o anomalie mentali» (Regola 47).

Sebbene scontino frequenti eccezioni nella pratica<sup>38</sup>, simili garanzie sono radicate nella normativa interna e sovranazionale e dovrebbero essere dotate di effettività anche rispetto alle esigenze delle persone transessuali e al percorso di modifica del sesso garantito per via legislativa quale proiezione del diritto costituzionale alla salute<sup>39</sup>.

Posto che ogni ASL, oggi ATS, deve adottare una «Carta dei servizi dei detenuti», da predisporre consultando gli stessi detenuti e le associazioni di volontariato per la tutela dei diritti dei cittadini, sarebbe anche di rilievo che si tenesse in adeguata considerazione la condizione peculiare che le persone transessuali si trovano a vivere nell'eventualità della privazione della libertà personale.

A confermare la centralità della persona detenuta nel contesto dell'ordinamento penitenziario vi sono poi altre previsioni che, ad esempio, impongono una visita obbligatoria all'ingresso in istituto (art. 11, co. 6, o.p.) per «riscontrare che il soggetto non abbia subito lesioni o maltrattamenti nella fase della cattura e delle attività di polizia» o al fine di «rilevare cause influenti ai fini del rinvio dell'esecuzione della pena»<sup>40</sup>. Così, anche la previsione del regime di isolamento per i detenuti sospettati o riconosciuti affetti da malattia contagiosa (art. 11, co. 7, o.p.) varrebbe ad assicurare il diritto alla salute inteso in una accezione che vi include l'interesse dell'intera collettività carceraria. Anche il rifiuto di cure e trattamenti sanitari rientra in quel «residuo»<sup>41</sup> di libertà che il detenuto mantiene e che si affievolisce soltanto laddove vi sia l'esigenza di non compromettere la salute della comunità carceraria<sup>42</sup>.

Ad eccezione di questa ipotesi, non dovrebbe legittimarsi alcuna limitazione fondata su generiche e non dimostrate «esigenze di sicurezza» che, al più, potrebbero incidere sulle modalità del trattamento sanitario, ma non sulla sua concreta fruizione, nei termini di valutazione della proporzionalità<sup>43</sup>.

La questione della salute della persona transessuale reclusa viene in causa anche rispetto alla determinazione delle situazioni di incompatibilità con la detenzione, che possono determinare il rinvio dell'esecuzione della pena da parte del tribunale di sorveglianza<sup>44</sup>. Infatti, l'ordinamento interno prevede questa possibilità nei confronti di chi si trovi in condizione di grave infermità fisica che, ad esempio, viene spesso invocata nel caso di persone reclusi affetti dal virus dell'HIV<sup>45</sup>. In questi casi, il Tribunale di sorveglianza competente deve accertare l'incompatibilità con il regime detentivo ordinario, tenendo conto di una serie di fattori documentati nella relazione sanitaria del personale specialistico e nella perizia medico-legale; tra questi vi sono l'entità della patologia e la possibilità di giovare di cure e trattamenti diversi e più efficaci di quelli che sono apprestati nelle istituzioni mediche esistenti presso il carcere. Andrebbe per ciò considerato come anche per le persone transessuali, considerate affette dalla

---

nell'ultima edizione del DSM è stata riclassificata come «disforia di genere» (DSM5, del maggio 2013) e inquadrata non più fra le parafilie, ma fra i disturbi di tipo ansioso. Alla differente classificazione, tuttavia, non ha corrisposto alcuna modifica del trattamento clinico della condizione transessuale all'interno degli istituti di pena, rigidamente ancorati al già evidenziato binarismo maschio/femmina, che sembra in qualche modo ammettere una sorta di potenziale «destabilizzante» dei soggetti transessuali rispetto al «normale» svolgimento della vita e delle prassi carcerarie. Peraltro, neppure nelle prassi mediche e nell'applicazione pratica è stato recepito il nuovo inquadramento, previsto nel DSM5, per coloro che stanno vivendo secondo il genere desiderato, senza aver eseguito l'intervento di riassegnazione chirurgica di sesso.

38 Il tema della garanzia della salute nel corso della detenzione appare problematico, come mostrano, M. Ruotolo, *Salute e carcere*, cit., M.L. Fadda, *La tutela del diritto alla salute dei detenuti*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2012, 2, pp. 613 ss.; L. Baccaro, *Carcere e salute*, Padova, Edizioni Sapere, 2003.

39 V. L. 14 aprile 1982, n. 164, «Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso», su cui v. B. Pezzini, *Transessualismo, salute e identità sessuale*, in *Rassegna di diritto civile*, 1984, 465; A. Lorenzetti, *Diritti in transito*, cit., in particolare pp. 49 ss. Dovranno pertanto essere seguiti i criteri fissati nei protocolli, come lo *Standard of Care del WPATH – World Professional Association for Transgender Health*.

40 M. Ruotolo, *Salute e carcere*, cit.

41 V. Corte costituzionale, sentenza del 28 luglio 1993, n. 349: «la sanzione detentiva non può comportare una totale e assoluta privazione della libertà della persona» in quanto «chi si trova in stato di detenzione, pur privato della maggior parte della sua libertà, ne conserva sempre un residuo, che è tanto più prezioso in quanto costituisce l'ultimo ambito nel quale può espandersi la sua libertà individuale».

42 Così, ha riconosciuto la Corte costituzionale nelle pronunce del 23 giugno 1994, n. 258 e del 20 dicembre 1996, n. 399.

43 Tuttavia, C. Colapietro, *Divieti di discriminazione e giurisprudenza costituzionale. La condizione dei carcerati, Divieto di discriminazione e giurisprudenza costituzionale*, in C. Calvieri (a cura di), Torino, Giappichelli, 2006, p. 264.

44 A. Marchiori, N. Coco, *Il transessuale e la norma*, cit., pp. 207-208.

45 V. art. 147, 1° co., n. 2, c.p.

patologia di natura psichiatrica denominata disforia di genere<sup>46</sup>, potrebbe forse ammettersi la possibilità di rinviare l'espiazione della pena qualora, come spesso accade, l'istituto penitenziario non sia nelle condizioni di garantire una detenzione rispettosa della peculiare condizione o comunque un adeguato sostegno socio-sanitario e/o chirurgico. Se, in generale, potrebbero condividersi le perplessità circa l'inquadramento della condizione transgenere fra le psico-patologie, nel caso specifico della detenzione, occorre ammettere che si tratta di una condizione di rilievo, posto che dovrebbe consentire la piena fruizione della terapia ormonale e della psicoterapia (o del *counseling*) per supportare la transizione. Questa soluzione si porrebbe peraltro in linea con quanto proposto nell'ambito degli "Stati generali sull'esecuzione penale", in particolare in seno al Tavolo tematico su "Salute e disagio psichico", nel quale è emersa l'assenza di ragioni per tracciare una così profonda differenza di trattamento fra patologie fisiche e patologie di natura psichica<sup>47</sup>. Analogamente dovrebbe ritenersi quanto alla possibilità di accedere a misure alternative alla detenzione, prevista per soggetti affetti da Aids conclamata o da grave deficienza immunitaria e di soggetti affetti da disturbo psichiatrico con compromissione del funzionamento psichico e dell'adattamento (art. 47-*quater* o.p.)<sup>48</sup>.

In termini più generali, il tema impone altresì un richiamo al diritto ad un ambiente salubre, oggetto di numerose disposizioni europee, ad esempio rispetto alla necessità di uno spazio minimo vitale<sup>49</sup>, in cui si fa riferimento all'*obbligo* per le amministrazioni penitenziarie di alloggiare i detenuti in celle singole, salvo casi particolari; sono altresì presenti indicazioni precise circa l'ampiezza, l'areazione, l'illuminazione, le condizioni igieniche che non sempre trovano riscontro nella realtà carceraria<sup>50</sup>. A livello interno, sono previste alcune garanzie, che tuttavia la pratica spesso mostra di disattendere, tanto da indurre taluno a configurare il carcere come condizione ai limiti della tortura<sup>51</sup>. Appare evidente come la già ricordata condizione di sovraffollamento carcerario si traduca in un aggravio ulteriore per la persona transessuale che, vivendo una vicenda personale di per sé complessa, si trova a dover dividere spazi assai ristretti con persone di genere opposto a quello percepito.

Sono inoltre da ricordare le numerose circolari emanate dalla Direzione generale degli istituti di prevenzione e pena che riguardano anche la gestione concreta della salute della persona reclusa<sup>52</sup>.

46 Per un dettaglio sul tema, v. nota 37 del presente lavoro.

47 Tra le proposte emerse nell'ambito del Tavolo tematico sulla salute e sul disagio psichico, vi è infatti l'estensione anche della grave infermità psichica quale elemento che può condurre al rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena (Proposta 3). V. [https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg\\_2\\_19\\_1\\_10.page?previousPage=mg\\_2\\_19\\_1](https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_2_19_1_10.page?previousPage=mg_2_19_1). Non vi sono invece previsioni in tal senso nel disegno di legge sulla Riforma dell'ordinamento penitenziario; v. AS 2067, XVII Legislatura, «Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale per il rafforzamento delle garanzie difensive e la durata ragionevole dei processi nonché all'ordinamento penitenziario per l'effettività rieducativa della pena». Occorre dunque interrogarsi se sia possibile intendere la disforia di genere quale forma di "grave infermità".

48 Anche in questo caso, si segnala che nell'ambito degli Stati generali dell'esecuzione penali, nel sottolineare la necessità di individuare delle misure specifiche di esecuzione penale esterna per soggetti portatori di infermità psichica, è emersa la proposta di inserimento di un comma 1-*bis* così formulato «Le misure previste dagli articoli 47 e 47-ter possono essere applicate, anche oltre i limiti di pena ivi previsti...nei confronti di coloro che sono affetti da disturbi psichiatrici con compromissione del funzionamento psichico e dell'adattamento che hanno in corso o intendono intraprendere un programma terapeutico riabilitativo». In chiave di coordinamento con la previsione per cui è prevista l'applicazione della detenzione domiciliare prevista dall'art. 47-ter, co. 1, lett. c) con pene inferiori ad anni 4 in caso di «persone in condizioni di salute particolarmente gravi che richiedono costanti contatti con i presidi territoriali», si è proposto di l'inserimento di un co. 1-ter così formulato «In caso di richiesta ex art. 147 c.p. per grave infermità psichica la detenzione domiciliare viene disposta ai sensi dell'art. 47 quater comma 2-*bis*» (Proposta 3).

Il presupposto dell'individuazione dei destinatari della misura alternativa nei soggetti portatori di patologia psichiatrica con una compromissione del funzionamento psichico e dell'adattamento è da ricondurre all'efficacia nulla o scarsa degli interventi terapeutici-riabilitativi eventualmente erogabili all'interno del carcere; si tratta di persone rispetto alle quali appare necessaria e auspicabile l'applicazione di una misura alternativa correlata da prescrizioni terapeutiche e riabilitative formulate attraverso un programma terapeutico riabilitativo individuale, realizzato in sinergia con i servizi psichiatrici e sociali del territorio di appartenenza e finalizzate alla cura e al reinserimento sociale della persona.

49 Raccomandazione, R (2006)2, parte II.

50 Come ricorda A. Pugiotto, *L'Urlo di Munch della magistratura di sorveglianza*, in *Diritto penale contemporaneo*, [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), p. 3, lo spazio minimo vitale ha visto una progressiva erosione.

51 Si veda ancora la Sentenza della Corte europea dei diritti umani, 8 gennaio 2013 - Ricorsi nn. 4357/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10, 37818/10, *Torreggiani e altri c. Italia*, ma anche i numerosi rapporti delle Associazioni, tra cui ad esempio, Antigone ([www.associazioneantigone.it](http://www.associazioneantigone.it)).

52 Reperibili sul sito del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria.

L'affermazione del principio generale che, tanto a livello interno, quanto sovranazionale, tutela l'integrità psico-fisica del detenuto e il suo diritto ad un ambiente salubre si scontra con la situazione di fatto che vede un quadro per molti versi compromesso dalla vetustà di molte strutture e dalla loro inadeguatezza, con l'effetto di penalizzare le persone transessuali in termini proporzionalmente maggiori.

La sistematica non applicazione o manipolazione delle norme<sup>53</sup> e la legalizzazione di una prassi da più parti considerata ai limiti della legittimità<sup>54</sup> producono l'effetto di normalizzare la situazione di critico sovraffollamento delle carceri italiane (e di costante compromissione della dignità umana). Anche se lo Stato italiano si è a lungo mostrato sordo ai richiami da più parti provenienti<sup>55</sup> e alla condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>56</sup>, di recente è stato approvato un testo normativo<sup>57</sup> teso al superamento della situazione critica, stigmatizzata peraltro anche dalla Corte costituzionale<sup>58</sup>, ponendo una prima risposta alla annosa vicenda del sovraffollamento.

Al di là delle implicazioni di carattere teorico circa il senso di umanità della pena e il divieto di trattamenti inumani e degradanti, la statistica conferma che numerose sono le patologie contratte a causa delle condizioni detentive; si tratta in gran parte di patologie di natura psichica e psichiatrica; i dati del DAP, raccolti tra il 2004 e il 2005, per quanto approssimativi, mostrano una condizione di salute buona per il 20% dei detenuti, ma mediocre e/o scadente per il 75%, con una visibile distanza rispetto ai dati della salute delle persone libere<sup>59</sup>. Appare evidente come, per le persone transessuali, la questione dell'aggravio di patologie in conseguenza della detenzione produce un effetto proporzionalmente più gravoso, posto che si tratta di una condizione personale che di per sé meriterebbe una attenta considerazione.

In aggiunta, vi è da considerare come il sovraffollamento ridonda i propri effetti sulle persone transessuali ben al di là della questione degli spazi fisici in cui si sconta la pena. Esso, infatti, mette criticamente in luce l'incapacità del sistema di fare fronte ad una presenza molto più numerosa di quanto previsto (e consentito) in chiave di garanzia di servizi sanitari (di cura e prevenzione) adeguati, con un impatto proporzionalmente maggiore per coloro che, come le persone *transgender*, risultano più bisognosi di un supporto sanitario continuo.

In generale, il tema della salute "reclusa" pone altresì in evidenza lo slittamento fra il chiaro quadro normativo di tutela e garanzia della persona reclusa e le prassi ampiamente invalse che scalfiscono la

53 F. Bricola, *Introduzione*, in *Il carcere "riformato"*, Id. (a cura di), Bologna, 1977, 9, disponibile in <http://www.costituzionalismo.it/fascicoli/38/> (2015/2).

54 Richiama alcuni drammatici episodi, S. Carnevale, *Morire in carcere e morire di carcere*, cit., p. 211.

55 Si pensi, ad esempio, alla decisa presa di posizione dell'allora Presidente della Repubblica, Giorgio Napolitano, pubblicata in *Il delitto della pena*, a cura di F. Corleone e A. Pugiotto, cit., pp. 253 ss.

56 Da anni, le condizioni carcerarie sono oggetto di critiche da parte del Comitato europeo per la prevenzione della tortura. Anche la Corte Edu ha qualificato il trattamento italiano come inumano e degradante (Corte Edu, 16 luglio 2009 - Ricorso n. 22635/03, *Sulejmanovic c. Italia*; ma di recente, Corte Edu, 8 gennaio 2013 - Ricorsi nn. 4357/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10, 37818/10, *Torreggiani e altri c. Italia*, con nota di F. Rimoli, *Il sovraffollamento carcerario come trattamento inumano e degradante*, in *Giurisprudenza italiana*, 2013, pp. 1187 ss.; F. Viganó, *Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di 1 anno*, in *Diritto penale contemporaneo*, [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 9 gennaio 2013; P. Zicchittu, *Considerazioni a margine della sentenza Torreggiani c. Italia in materia di sovraffollamento delle carceri*, in *Quaderni costituzionali*, 2013, pp. 161 ss.; G. Tamburino, *La sentenza Torreggiani e altri della Corte di Strasburgo*, in *Cassazione penale*, 2013, pp. 11 ss.; M. Montagna, *Art. 3 Cedu e sovraffollamento carcerario. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ed il caso dell'Italia*, in *Federalismi*, [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2013). Nel Libro Verde della Commissione europea sulle condizioni detentive dei paesi membri, l'Italia è seconda solo alla Bulgaria per tasso di sovraffollamento.

57 V. il D.l. 23 dicembre 2013, n. 146, conv. con modificazioni dalla l. 21 febbraio 2014, n. 10. A. Della Bella, *Un nuovo decreto-legge sull'emergenza carceri: un secondo passo, non ancora risolutivo, per scongiurare il sovraffollamento*, in *Diritto penale contemporaneo*, [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it). In precedenza, v. d.l. 78/2013, conv. con legge 94/2013.

58 Corte cost., 22 novembre 2013, n. 279, con nota di A. Pugiotto, *L'Urlo di Munch della magistratura di sorveglianza*, cit., p. 3; A. Ruggeri, *Ancora una decisione d'incostituzionalità accertata ma non dichiarata (nota minima a Corte cost. n. 279 del 2013, in tema di sovraffollamento carcerario)*, in *Consulta on line*, [www.giurcost.it](http://www.giurcost.it); E. Malfatti, *"Oltre le apparenze": Corte costituzionale e Corte di Strasburgo "sintoniche" sull'ineffettività dei diritti dei detenuti in carcere*, *ibidem*; R. Basile, *Il sovraffollamento carcerario: una problematica decisione di inammissibilità della Corte costituzionale*, *ibidem*. Sulle ordinanze di rimessione, v. G. Dodaro, *Il sovraffollamento delle carceri: rimedio extra ordinem contro le violazioni dell'art. 3 Cedu*, in *Quaderni costituzionali*, 2013, pp. 428 ss.

59 V. [https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg\\_12\\_3.wp](https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_12_3.wp).



posizione del singolo privato della libertà personale<sup>60</sup>. La realtà, infatti, restituisce frequenti casi di omissioni di cure e attività di prevenzione, con vistosi scostamenti dalle previsioni normative<sup>61</sup>.

A questa situazione di conflitto non è riuscito a porre rimedio il trasferimento delle funzioni al Sistema sanitario nazionale<sup>62</sup>, peraltro non ancora compiutamente realizzato<sup>63</sup>, lasciando così ampi spazi all'azione delle prassi giustificate dal rispetto di criteri astratti difficilmente accessibili e intelligibili.

Specificamente rispetto alla condizione transessuale, vanno infine ricordate le disposizioni che impongono la corrispondenza del trattamento sanitario ai particolari bisogni della personalità di ciascun detenuto (art. 13, o.p.), così come la necessità che il trattamento sia improntato ad assoluta imparzialità e non discriminazione (art. 1 o.p.). Parrebbe dunque un controsenso ammettere prassi che, in ragione dell'identità di genere, vengano a subordinare la salute della persona transessuale reclusa a esigenze ultronee, spesso non motivate ma apoditticamente riportate e non verificate, come pure non contemplare un'interpretazione della normativa vigente in modo così da renderla adeguata alla vicenda delle persone transessuali.

### 2.2.1. La complessità della condizione transgenere in carcere: la somministrazione di ormoni

Posto che al momento di ingresso in un istituto di pena, con la privazione della libertà personale, la persona vede affievolirsi la possibilità di accedere alle cure sanitarie, nella vicenda della persona transessuale le difficoltà nel garantire e tutelare la salute individuale appaiono amplificate.

Come dato di particolare interesse, è stato spesso segnalato il diniego di somministrare ormoni, che si verifica in ragione della difficoltà di riconoscere presidi medici e cure proprie di un sesso, a persone che anagraficamente appartengono all'altro sesso<sup>64</sup>. La questione non è indifferente, posto che la brusca interruzione del percorso ormonale produce effetti esiziali sulle condizioni di salute fisica e psichica delle persone transgeneri reclusi, problema che si manifesta in maniera particolarmente acuta nella fase di transito o transizione.

Sebbene in alcune strutture la spesa venga imputata al servizio sanitario, il costo della somministrazione degli ormoni, generalmente non gratuita per le persone in stato di libertà, grava di norma sulla persona detenuta durante il periodo di reclusione. Tuttavia va ricordato che, a prescindere dalla situazione reddituale della persona reclusa, l'ordinamento penitenziario prevede l'esonero dalle spese sanitarie, dunque dal pagamento del ticket, per tutto il periodo della detenzione (art. 18 o.p.)<sup>65</sup>. Dunque, vi è da ritenere che la somministrazione di ormoni alle persone transessuali potrebbe essere garantita

60 C. Fiorio, *Salute del condannato e strumenti di tutela*, in *Giurisdizione di sorveglianza e tutela dei diritti*, A. Scalfati (a cura di), Padova, Cedam, 2004, p. 70, mette in luce l'informalità dei procedimenti previsti a tutela del diritto alla salute della persona reclusa.

61 Si pensi ai casi di cronaca divenuti di pubblico dominio a seguito del decesso delle persone reclusi.

62 Il D. lgs. 230/1999 ha fissato la decorrenza del passaggio al S.S.N. al 1° gennaio 2000.

63 Anche in questo caso, si rinvia ai rapporti dell'associazione Antigone, [www.associazioneantigone.it](http://www.associazioneantigone.it); v. anche E. Di Somma, *Le dinamiche multilivello dell'amministrazione della medicina penitenziaria nei più recenti provvedimenti di riforma* e E. Davoli, *La problematica gestione della salute del detenuto*, entrambi in *Bioetica pratica e cause di esclusione sociale*, L. Chieffi (a cura di), cit., pp. 67 ss.

64 Come emerso di recente, la questione è analogamente problematica per le persone che non vivono uno stato di privazione della libertà personale. Infatti, non soltanto una delibera dell'Agenzia del Farmaco (A.I.F.A.) ha imposto come necessaria la prescrizione della terapia ormonale da parte di uno specialista e non più di un medico generico, e stabilisce che non sia più rinnovabile (G.U. del 6 novembre 2015, serie generale n. 259, Delibera dell'Agenzia italiana del farmaco n. 1327/2015 dal titolo: «Modifica del regime di fornitura di medicinali per uso umano a base di testosterone»). Nel mese di febbraio del 2016, è poi seguita una ulteriore determinazione di A.I.F.A. che, nel riconsiderare la questione, ha ampliato il numero dei medicinali che non possono essere prescritti dal medico di base ma soltanto da uno specialista, e con ricetta sempre non ripetibile. In aggiunta, è stato però anche precisato che la prescrizione degli ormoni maschili, quelli che devono essere assunti dalle donne che stanno diventando uomini (transessuali FtM, *Female to Male*, cioè uomini transessuali), può essere indirizzata soltanto a uomini e viceversa che gli ormoni femminili di cui hanno necessità le donne transessuali durante il percorso (cioè da maschi a femmine, MtF, *Male to Female*) possono essere prescritti solo a pazienti donne (mentre invece sono anagraficamente maschi). Questo di fatto determina l'impossibilità a fruirne da parte di persone transessuali, in quanto un ragazzo trans con i documenti al femminile non può avere gli ormoni maschili di cui ha bisogno, come una ragazza trans non può avere gli ormoni femminili essendo anagraficamente uomo. V. <http://www.agenziafarmaco.gov.it/it/content/rettifica-degli-specialisti-prescrittori-dei-medicinali-contenenti-testosterone-16022016>.

65 In caso di cittadini stranieri, è previsto il mantenimento dell'iscrizione al Servizio Sanitario Nazionale (o l'iscrizione stessa se la persona non ne sia provvista).

a titolo gratuito, trattandosi di una cura per una patologia, ossia la disforia di genere<sup>66</sup>, da cui sono considerate affette le persone che intraprendono un percorso di cambiamento di sesso. In questo senso, si è orientata l'unica pronuncia nota resa dalla magistratura di sorveglianza che ha riconosciuto, anche durante la detenzione, un vero e proprio "diritto" a proseguire il proprio percorso ormonale; anche in assenza di una normativa regionale che ne disciplini l'erogazione e di una espressa inclusione nei Livelli Essenziali di Assistenza (cosiddetti LEA)<sup>67</sup>, la spesa è dunque da ritenersi a carico del servizio sanitario nazionale, posto che si tratta di terapie che non attengono a scelte personali, ma al diritto soggettivo alla salute. Peraltro, non sembrano esservi dubbi circa il fatto che si tratti di terapie da includere nei LEA, di cui deve essere garantita la fruizione anche (e anzi forse *soprattutto*) durante la fase della detenzione. Questione differente è invece quella relativa alla ripartizione delle relative spese fra i due diversi ministeri coinvolti (Ministero della Salute e Ministero della Giustizia) su cui possono essere registrate alcune oscillazioni.

Per ovviare ad un quadro di prassi profondamente problematico che vede la spesa imputata per lo più alla persona e posta la competenza regionale della materia sanitaria, alcune Regioni<sup>68</sup> hanno sottoscritto dei Protocolli di Intesa con i Ministeri di riferimento al fine di garantire il trattamento ormonale, anche all'interno delle strutture penitenziarie (e a carico del Sistema sanitario nazionale). Così, in alcune strutture, da anni, viene consentita la somministrazione di ormoni a titolo gratuito per coloro che hanno già intrapreso il percorso di transizione prima dell'ingresso nell'istituto di pena<sup>69</sup>. Tuttavia, questo requisito ha comunque generato l'esclusione di quanti, soprattutto di cittadinanza straniera e/o irregolarmente presenti sul territorio italiano<sup>70</sup>, non hanno intrapreso un percorso nell'ambito dei binari istituzionali (ossia, presso consultori pubblici o comunque convenzionati con il sistema sanitario pubblico), ma stanno seguendo cure ormonali nella forma dell'auto-somministrazione.

Se pure a livello teorico, non sembrerebbero esservi dubbi nell'affermare che la detenzione non frapponga ostacoli alla prosecuzione del percorso ormonale durante la fase di espiazione della pena, va considerato come il contesto detentivo appaia caratterizzato da una profonda distanza rispetto al quadro ottimale di garanzia e tutela dei diritti costituzionalmente riconosciuti. In aggiunta a quanto sopra ripilogato, permangono infatti una serie di difficoltà legate alle prassi vigenti all'interno del contesto carcerario. Si pensi, ad esempio, al fatto che le prescrizioni medico-sanitarie dipendono dai medici in servizio presso l'azienda sanitaria di riferimento per l'istituto penitenziario, non dunque dal medico di fiducia e/o presso cui la persona aveva iniziato la propria cura, spesso mettendo in discussione la continuità della terapia. Per le persone trans straniere, inoltre, il trattamento ormonale spesso non è inserito in un percorso medico-sanitario, ma è frutto di una auto-somministrazione, nel dosaggio e nella tipologia, con frequenti contrasti con i referenti sanitari che spesso ritengono di avviare una procedura differente.

### 2.2.2. La variabilità nelle tutele durante la detenzione: le diverse fasi del percorso di transizione

Una volta messo in luce il quadro problematico del binomio carcere e transessualità rispetto alla salute, è interessante provare a riflettere su come si atteggi la condizione di persona reclusa a seconda della fase del percorso di transizione nella quale ci si trovi a sperimentare la privazione della libertà personale. Se, infatti, la persona venga reclusa nell'imminenza dell'avvio del percorso di rettificazione – che inizia generalmente con un colloquio presso i centri e i consultori convenzionati con il sistema sanitario nazionale, in cui viene vagliata e verificata la presenza e la "realità" della "Disforia di genere", ed escluse patologie di altra natura o disturbi comportamentali – vi è da supporre che soltanto con grandi difficoltà potrebbe essere garantito il pieno accesso all'assistenza sanitaria. Se, infatti, la persona reclusa abbia fatto ingresso nell'istituto di pena senza una preesistente diagnosi di disforia di genere, pur essendo portatrice di tutti gli elementi per poterla evidenziare, possono esservi dubbi sull'effettività della garanzia di accesso all'assistenza sanitaria prevista e necessaria per poter dare effettività alle tutele che la condizione chiederebbe.

66 Non è qui il caso di ritornare sulla complessa questione del riconoscimento della Disforia di genere come patologia in particolare di natura mentale. Per un approfondimento, si rinvia alla nota 37 del presente lavoro.

67 Tribunale di Spoleto, Ufficio di Sorveglianza, ordinanza del 13 luglio 2011, in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it).

68 Così ad esempio, Toscana, Liguria ed Emilia Romagna.

69 Ad esempio, nel 2007, presso la casa circondariale Baldenich di Belluno.

70 I dati raccolti dal Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria indicano una prevalenza delle detenute transessuali straniere, rispetto a quelle con cittadinanza italiana. Sul tema, v. L. Chianura, G. Di Salvo, G. Giovanardi, *Detenute transgender clandestine negli istituti penitenziari italiani: un'indagine pilota*, cit., pp. 219-238.



Con maggiore certezza, può supporre che, laddove vi sia invece una diagnosi accertata di disforia di genere da parte di una struttura pubblica, la persona reclusa possa essere inserita in un programma di supporto psicologico e medico-ormonale. Alla luce delle difficoltà di garantire il diritto alla salute nel periodo di reclusione, è tuttavia importante verificare l'effettività ad esempio della somministrazione della terapia ormonale, tutt'altro che scontata nella prassi e spesso posta economicamente a carico del detenuto, tanto da dare vita ad una isolata giurisprudenza che ne ha riconosciuto l'obbligatorietà per l'amministrazione statale e la totale gratuità<sup>71</sup>; non è invece agevole una verifica circa l'effettività (e spesso la configurabilità stessa) dell'accesso al servizio di sostegno psicologico per la persona transessuale che sta vivendo la prima fase del percorso, sebbene si tratti di un servizio che dovrebbe essere garantito alla persona reclusa senza diversità di trattamento rispetto a chi è in stato di libertà<sup>72</sup>.

Posto il trattamento della persona transessuale in accordo al sesso anagrafico, possono sollevarsi analoghi dubbi circa l'effettività del trattamento sanitario endocrinologico; infatti, sono state segnalate difficoltà in ordine alla somministrazione di medicinali e cure proprie di un sesso a persone dell'altro sesso. Anche in questo caso, tuttavia, emerge l'importanza di prestare attenzione ad un concetto complesso di salute che la intenda, non soltanto quale assenza di patologie, ma piuttosto quale garanzia di complessivo benessere, inteso dunque come benessere anche psicologico, che la condizione transessuale chiede di garantire sotto forma di continuità alle cure e dunque di accesso alla somministrazione di farmaci.

Anche la fase del cosiddetto *real life test* (letteralmente, il test della vita reale), ossia il periodo in cui la persona viene invitata a vivere nel genere che sente come proprio, si presenta come particolarmente problematica per le persone recluse, posto che ne verrebbe probabilmente compromessa la *privacy*, per periodi potenzialmente prolungati. Appare probabile concludere che la persona, che si abbigli seguendo i canoni del genere opposto al proprio, diverrebbe facilmente oggetto dello scherno delle altre persone recluse e si troverebbe in situazioni quanto meno di disagio e imbarazzo, forse compromettendo anche la propria integrità e incolumità, rischiando di divenire vittima di violenza da parte di altri detenuti<sup>73</sup>.

Occorre inoltre una verifica circa l'effettività dell'accesso alla giustizia, rispetto al giudizio per l'autorizzazione all'intervento o per quello successivo ad esso, posto che alla persona reclusa potrebbe risultare difficoltosa la partecipazione alle udienze, con una minorazione nella pienezza dei diritti giurisdizionali.

Parimenti problematica appare la vicenda della persona transessuale che venga reclusa quando abbia già ottenuto la sentenza di autorizzazione all'intervento di riassegnazione dei caratteri sessuali (RCS) e sia in attesa di sottoporsi al trattamento chirurgico. In particolare, occorre interrogarsi se sia comunque garantita la possibilità di sottoporsi all'intervento qualora la persona reclusa venga convocata dalla struttura ospedaliera durante la detenzione o se al contrario sia necessario attendere la fine del periodo di pena per poter ripresentare la domanda di inserimento nelle liste di attesa delle strutture ospedaliere, con una inevitabile dilazione nei tempi. Circa la scelta della struttura presso la quale sottoporsi all'intervento, potrebbe sorgere l'interrogativo se si tratti di una facoltà rientrante nel "residuo di libertà" riconosciute alla persona reclusa o se al contrario vi sia un condizionamento in ragione della contiguità territoriale con l'istituto di pena. Posta l'alta specializzazione che gli interventi di riassegnazione chirurgica del sesso richiedono, il rilievo del tema appare significativo. Questione ulteriore è poi quella relativa alla convalescenza che segue l'intervento chirurgico e che dovrebbe essere garantita in termini adeguati alla complessità del trattamento subito, sia pure nelle difficoltà che le regole e le condizioni di fatto degli istituti di pena inevitabilmente pongono; una alternativa potrebbe essere il ricorso alla disposizione che consente al giudice di sorveglianza di rinviare l'esecuzione della pena<sup>74</sup> in caso di condizioni

71 V. paragrafo 2.2.1. del presente scritto, v. nota 67 del presente scritto.

72 Si tratta peraltro di limiti che di per sé caratterizzano la condizione carceraria, anche per le persone non transessuali.

73 A. Hochdorn, P. Cottone, *Agentività e identità di genere*, cit., pp. 141-162.

74 Come ricordato, infatti, l'art. 147, 1° co., n. 2, c.p., prevede il rinvio facoltativo della pena nei confronti di chi si trova in condizione di grave infermità fisica. Il tribunale di sorveglianza competente deve accertare l'incompatibilità con il regime detentivo ordinario, tenendo conto di una serie di fattori documentati nella relazione sanitaria del personale specialistico e nella perizia medico-legale, tra cui l'entità della patologia e la possibilità di giovare di cure e trattamenti diversi e più efficaci di quelli che sono apprestati nelle istituzioni mediche esistenti presso il carcere. Sulla proposta di estendere questa possibilità anche in caso di infermità psichica, v. nota 47 del presente lavoro.

personali incompatibili con la detenzione<sup>75</sup>, come pure la possibilità di accedere a misure alternative alla detenzione<sup>76</sup>, posto che non possono esservi dubbi circa la peculiarità della vicenda transessuale.

Una questione che si pone come particolarmente problematica rispetto allo stato di detenzione riguarda l'impatto delle verifiche e dei controlli che costellano il percorso di cambiamento di sesso<sup>77</sup>, posto che certamente richiedono una specificità professionale non facilmente reperibile nell'ambito della generica assistenza sanitaria garantita negli istituti di pena.

Anche la questione degli intervalli di tempo previsti tra una fase e l'altra del percorso di transizione è meritevole di attenzione, posto che il regime di detenzione rischia di protrarre, spesso per diversi anni, la conclusione di un percorso che già si segnala criticamente per la sua lunghezza e spesso indeterminatezza. Al di là delle "regole" e delle prassi che fissano una durata minima per le fasi intermedie (ad esempio, per il *real life test*)<sup>78</sup>, sono infatti anche i tempi tecnici a poter incidere considerevolmente sull'andamento della transizione; si pensi, a livello processuale, ai lassi di tempo richiesti per la fissazione delle udienze, come pure ai tempi di attesa per gli interventi presso le strutture sanitarie<sup>79</sup> sui quali certamente non è ininfluenza lo stato di detenzione della persona transessuale.

Posto che la vicenda della transessualità è giuridicamente da inquadrare nel contesto della tutela e della garanzia del benessere individuale, simile profilo va criticamente segnalato, poiché colloca le persone transgeneri reclusi in una sorta di limbo giuridico che accentua quella condizione di fragilità e vulnerabilità già presente per le persone libere in ragione della propria identità di genere, come pure aggravato ne risulta il regime detentivo che è di per sé causa di indebolimento della persona.

### 2.3. La persona transgeneri come "disturbo" della vita carceraria

Accanto alla questione della collocazione delle persone transgeneri all'interno dell'istituto di pena e della tutela della salute durante la fase di detenzione, vanno poi segnalate una molteplicità di vicende che fanno emergere la frizione generata dalla reclusione di coloro la cui identità di genere non corrisponde all'assegnazione anagrafica, rispetto al quadro di insieme di garanzie riconosciute alla persone non transessuali in stato di privazione della libertà personale e alle persone transessuali in stato di libertà. Sono infatti la struttura stessa degli edifici, le finalità della detenzione, i suoi "codici" a innescare una moltiplicazione del disagio patito in ragione della privazione della libertà personale.

Le prassi mostrano infatti come nella gestione del carcere vengano sistematicamente penalizzate le "entità" (cioè, le persone reclusi) considerate "fonte di disturbo" della quotidianità e dell'assetto dell'istituto, con conseguenze negative quanto all'accesso al lavoro, al regime premiale, alle attività ricreative e riabilitative<sup>80</sup>. Appare indubbio che, nel contesto penitenziario, le persone transessuali vengano riconosciute proprio come una delle "entità" che "disturbano" l'ordinaria gestione del carcere e per tali ragioni subiscono una penalizzazione aggiuntiva di quel "residuo di libertà" che permane pur in presenza della detenzione<sup>81</sup>. Posto che la detenzione rappresenta la risposta statutale alla commissione di un atto connotato da disvalore e per ciò classificato come penalmente rilevante, genera tuttavia perplessità che sia una condizione personale a generare un aggravio nell'espiazione della pena comminata.

75 V. le pronunce Corte cost. 18 ottobre 1995, nn. 438 e 439, circa l'allontanamento dalle carceri di persone malate di Aids, al fine di non arrecare pregiudizio agli altri detenuti. V. C. Fiorio, *Salute del condannato e strumenti di tutela*, in *Giurisdizione di sorveglianza e tutela dei diritti*, A. Scalfati (a cura di), cit., pp. 87 ss.

76 V. nota 48 del presente lavoro.

77 A. Lorenzetti, *Diritti in transito*, cit., pp. 50 ss.

78 In realtà, non vi sono regole fisse per la durata delle diverse fasi, ma i Protocolli in uso offrono comunque una serie di riferimenti temporali.

79 Su tale ultimo profilo, ad esempio, il considerare "non urgenti" gli interventi di conversione chirurgica del sesso determina un ulteriore prolungamento del percorso di transizione e liste d'attesa di circa due anni nelle poche strutture ospedaliere che effettuano questo tipo di interventi.

80 Sottolineano questo aspetto, A. Mele, *Genere irrisolto. Transessuali e istituzioni carcerarie*, cit.. A. Marchiori, N. Coco, *Il transessuale e la norma*, cit., pp. 197 ss.

81 A. Marchiori, N. Coco, *Il transessuale e la norma*, cit., pp. 197 ss.

### 3. Transessualità, detenzione e tutela della salute

Avuto riguardo al percorso di transizione dal momento della reclusione, al primo accesso ai consultori e ai centri di sostegno in cui si avvia il percorso, sino all'intervento di riassegnazione del sesso anatomico e alla modifica anagrafica dell'attribuzione di sesso, il binomio carcere e transessualità si mostra come particolarmente problematico.

A fronte di un quadro granitico, a livello di principio, a presidio della condizione giuridica delle persone transessuali e transgender anche durante la fase di detenzione, le prassi e la giurisprudenza di riferimento si mostrano assai incerte, ponendo imprescindibili questioni, anche alla luce di una normativa che non prevede espressamente questa vicenda come destinataria di tutele specifiche.

Infatti, laddove si inserisca nel corso di un periodo di detenzione, la condizione transgenere determina un impatto doppiamente negativo sulla persona, generando così una sorta di espiazione aggravata della pena in ragione di una condizione personale.

Se pure il quadro teorico non si presti a dubbio alcuno sulla garanzia di tutela della persona in stato di detenzione, va considerato come la questione debba essere considerata nel suo inserirsi nell'ambito carcerario, contesto che ha spesso mostrato di porsi in conflittualità con il pieno rispetto dei diritti costituzionalmente riconosciuti<sup>82</sup>.

Tuttavia, se appare plausibile che la privazione della libertà comporti la sottoposizione del detenuto a regole speciali che ne impongono una soggezione quasi completa all'amministrazione penitenziaria, meno convincente appare l'idea per cui ne risulti compromessa o persino preclusa la garanzia della salute, diversamente dovendosi ammettere che il carcere da luogo «di riconciliazione con il diritto, di riaffermazione del diritto e di educazione al diritto»<sup>83</sup>, divenga una zona di sospensione dello Stato di diritto, in cui le persone recluse vengono «spogliate» della propria dignità. Tuttavia, la «supremazia speciale»<sup>84</sup> alla quale i detenuti, sia pure in virtù di proprie azioni, si trovano sottomessi, non dovrebbe far venir meno la verifica del grado di effettività assicurato alla tutela della persona che la Costituzione direttamente collega all'affermazione della pari dignità sociale<sup>85</sup>.

Ciò, infatti, disconoscerebbe la centralità della figura del detenuto – protagonista del trattamento in istituto, all'interno del quale deve poter esprimere la propria personalità, sia pure compatibilmente con la situazione di privazione della libertà personale – attorno a cui ruota l'esecuzione penitenziaria che *deve* tendere alla sua rieducazione<sup>86</sup>. Disconoscerebbe altresì le consolidate posizioni della Consulta, da sempre rigorosa nell'affermare che «l'idea che la restrizione della libertà personale possa comportare conseguenzialmente il disconoscimento delle posizioni soggettive attraverso un generale assoggettamento all'organizzazione penitenziaria è estranea al vigente ordinamento costituzionale il quale si basa sul primato della persona umana e dei suoi diritti»<sup>87</sup>. Da ultimo, simile approccio rifiuterebbe di individuare e codificare dei limiti all'uso legittimo del potere coercitivo dello stato, posto che i confini previsti dalla normativa penitenziaria delineano una trama in più punti sfaldata, con clausole indeterminate e flessibili che ammettono un'incisiva azione delle prassi e lo sconfinamento nell'arbitrio<sup>88</sup>.

82 V. A. Pugiotto, *L'Urlo di Munch della magistratura di sorveglianza*, cit., p. 121.

83 S. Carnevale, *Morire in carcere e morire di carcere*, cit., p. 208.

84 M. Ainis, *I soggetti deboli nella giurisprudenza costituzionale*, in *Politica del diritto*, 1999, 1, p. 12.

85 Si pensi, ad esempio, alla sostanziale inappellabilità delle decisioni del vertice dell'amministrazione penitenziaria, in conflitto con l'art. 113 Cost. secondo cui contro gli atti dell'amministrazione pubblica è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa. Su questo profilo, v. A. Pennisi, *Il procedimento di sorveglianza e i principi del giusto processo*, in *Studi in onore di Mario Pisani*, AA.VV., III, Piacenza, La Tribuna, 2010, pp. 85-98.

86 Circa la valenza di doverosità del cd. finalismo rieducativo, v. nota 26 del presente scritto.

Peraltro, va ribadito che il trattamento previsto dall'ordinamento penitenziario (art. 1) ha una spiccata caratterizzazione individuale; questo aspetto tuttavia dovrebbe escludere differenziazioni lesive dei diritti di alcune "categorie" di detenuti, così come singolari e anomale considerazioni sulla singola personalità che potrebbero in ipotesi ammettere l'elusione e l'elisione dei diritti costituzionalmente garantiti.

87 Corte cost., 11 febbraio 1999, n. 26, con cui sono stati dichiarati parzialmente illegittimi gli artt. 35 e 69 o.p. nella parte in cui non prevedevano la possibilità per il detenuto di impugnare davanti ad un'autorità giurisdizionale un provvedimento dell'amministrazione penitenziaria lesivo dei propri diritti. La Corte aveva rinviato al legislatore il compito di colmare la lacuna, operazione giunta con considerevole ritardo, attraverso l'introduzione di un reclamo giurisdizionale (art. 35-bis o.p., ex d.l. 146/2013, conv. con legge 10/2014). V. A. Della Bella, *Un nuovo decreto-legge sull'emergenza carceri*, cit.

88 L'art. 41 o.p. ammette l'uso della forza solo quando sia indispensabile per prevenire o impedire atti di violenza, anche passiva, agli ordini impartiti. Ma i confini del "prevenire" e del "vincere la resistenza passiva" appaiono labili e fortemente

Al contrario, appare fondamentale recuperare la centralità della persona e delle sue esigenze anche se in stato di detenzione e anche se portatrice di una condizione personale peculiare come quella transessuale.

Posto che l'ordinamento dovrebbe garantire la tutela della salute e la centralità della persona durante l'intero percorso di transizione, e in modo specifico per quanto riguarda la modifica dei caratteri sessuali, dalla fase di inserimento nel programma di supporto, alle terapie medico-ormonali, all'autorizzazione all'intervento, sino all'intervento stesso e al periodo successivo, la condizione di detenzione non dovrebbe introdurre un elemento ostativo nel riconoscimento di diritti e garanzie individuali, piuttosto contribuendo a sollevare un muro di tutele a presidio della vicenda peculiare.

Infatti, valorizzando la *ratio* della legge che consente la modifica del sesso anatomico e anagrafico in nome del benessere della persona<sup>89</sup> e la *ratio* dell'ordinamento penitenziario che colloca al proprio centro la persona detenuta, la sua tutela e garanzia dovrebbero essere l'asse su cui incentrare ogni atto e iniziativa riguardanti il procedimento medico-sanitario funzionale al riallineamento del proprio corpo alla identità di genere percepita, senza alcun arretramento nelle garanzie costituzionali in ragione dello stato di privazione della libertà personale.

Sebbene si tratti di temi e questioni riguardanti una percentuale numericamente esigua di persone recluse e sebbene si inserisca in un contesto, quello carcerario, caratterizzato da un generale tasso di problematicità, va ribadita l'esigenza di garantire alla persona transessuale la tutela dei diritti e delle libertà sancite dalla Carta costituzionale, non *anche se* in stato di detenzione, ma *soprattutto in quanto* in stato di detenzione. Altresì, va respinta con forza l'idea che l'espiazione di una pena (o di una misura cautelare) risulti aggravata in ragione di una condizione personale, aspetto che genererebbe una frizione con l'impianto costituzionale previsto a garanzia della persona reclusa.

Le pure certamente complesse questioni poste dalla condizione transessuale potrebbero spesso essere risolte con un mero richiamo alla *ratio legis* della normativa penitenziaria (ordinamento penitenziario e regolamenti di esecuzione) e della normativa che autorizza al cambiamento di sesso anatomico e anagrafico (legge 164 del 1982), senza rendere necessario l'intervento della magistratura di sorveglianza per garantire quanto è già oggetto di previsione normativa, ad esempio, rispetto alla necessità di adattare il più possibile il contesto detentivo alle esigenze della persona transgenere reclusa.

Partendo dalla constatazione di come spesso gli istituti di pena non appaiano organizzati per un'accoglienza adeguata alle specifiche esigenze e peculiarità della condizione transessuale, sarebbe però di rilievo fissare una serie di presupposti a partire dai quali proporre un complessivo ripensamento della questione, primo dei quali la garanzia dell'incolumità fisica della persona reclusa e la tutela della sua *privacy*. Sarebbe inoltre di rilievo rendere effettivo l'accesso alle cure sanitarie e dunque l'effettività della salute intesa quale principio costituzionale, garantendo dunque non soltanto il supporto psicologico e clinico (colloqui costanti con operatori qualificati del settore psicologico e psichiatrico e con medici, accesso a terapie, visite ed esami), ma la sua effettività e l'erogazione dei servizi sanitari attraverso personale adeguatamente formato. Occorre infatti ricordare che la salute garantita dall'art. 32 della Costituzione non può essere limitata alla cura di patologie fisiche esistenti, ma si estende certamente anche alla fase della prevenzione, al contrasto di patologie di natura mentale e, in generale, alla garanzia di un benessere complessivo della persona (anche se, o meglio *soprattutto* se in stato detentivo). In questo senso depongono non soltanto il dato storico per cui, proprio in nome della garanzia del benessere psico-fisico, è stata riconosciuta rilevanza giuridica (e dunque tutela) alla condizione transessuale con l'approvazione della legge 164 del 1982, ma l'idea stessa che propala dal tessuto costituzionale, volto a riconoscere una centralità assoluta alla persona, alle sue esigenze e al fascio di diritti e libertà individuali, tra cui certamente va annoverata la pienezza della salute<sup>90</sup>.

connotati dal carattere subiettivo degli autori. Similmente, l'art. 53 c.p.

89 L. 14 aprile 1982, n. 164, «Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso», come modificata, dal D. lgs. 1° settembre 2011, n. 150.

90 B. Pezzini, *La decisione sui diritti sociali. Indagine sulla struttura costituzionale dei diritti sociali*, Milano, Giuffrè, 2001; M. Luciani, *Salute (Diritto alla salute –Diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma 1991, XXVII, p. 5; M. Luciani, *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Diritto e società*, 1980, pp. 770 ss.