

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 ‘transioning’. 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"¹ che, pure ridotto con alcuni recenti interventi legislativi², 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 sociali³.

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 genere⁴.

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 persona⁵, come confermato da recenti studi⁶, 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; 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.

alcuni fatti di cronaca⁷, 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%)⁸. All'incirca, dunque, il dato percentuale sembra corrispondere all'incidenza statistica complessiva della popolazione transessuale rispetto alla popolazione *cisgender*⁹ 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 travestite¹⁰; 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 penitenziario¹¹ e al suo regolamento di esecuzione¹², 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-detenuiti-transessuali>; <http://www.diritto.net/psicogiuridico/11189-stuprano-detenuiti-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 regolamentare¹³, 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)¹⁴.

Peraltro, è la stessa normativa a prevedere un sistema di separazione sulla base del sesso; infatti, sia l'ordinamento penitenziario¹⁵, sia le Regole Penitenziarie Europee impongono che la reclusione avvenga in istituti o in sezioni separate per uomini e donne¹⁶.

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.

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 recluse¹⁷. 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 occupazionali¹⁸.

Una ulteriore soluzione che mira a tenere conto della specificità della condizione transessuale nella detenzione è la previsione, in alcune strutture penitenziarie, di sezioni riservate¹⁹, 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 maschile²⁰, 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»²¹; 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 carcerario²². 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 comunità²³. 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»²⁴. 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.

nei loro confronti»²⁵. 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'espiazione²⁶. 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 pena²⁷.

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 transessualità²⁸, 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 reclusi²⁹, rispetto alle specificità richieste o imposte dallo stato di privazione della libertà personale³⁰; 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. Meshelemiah, *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 penitenziarie³¹.

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 salute³². 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 arreca³³.

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 materia³⁴ – colloca la figura del detenuto al centro del sistema penal-punitivo³⁵, 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 riabilitazione³⁶; 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 mentale³⁷, 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. 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 pratica³⁸, 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 salute³⁹.

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»⁴⁰. 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»⁴¹ di libertà che il detenuto mantiene e che si affievolisce soltanto laddove vi sia l'esigenza di non compromettere la salute della comunità carceraria⁴².

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 proporzionalità⁴³.

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 sorveglianza⁴⁴. 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'HIV⁴⁵. 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 genere⁴⁶, 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 psichica⁴⁷. 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.)⁴⁸.

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 vitale⁴⁹, 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 carceraria⁵⁰. 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 tortura⁵¹. 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 reclusa⁵².

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. 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, 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).

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 norme⁵³ e la legalizzazione di una prassi da più parti considerata ai limiti della legittimità⁵⁴ 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 provenienti⁵⁵ e alla condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo⁵⁶, di recente è stato approvato un testo normativo⁵⁷ teso al superamento della situazione critica, stigmatizzata peraltro anche dalla Corte costituzionale⁵⁸, 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 libere⁵⁹. 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, 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, 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 sconfiggere il sovraffollamento*, in *Diritto penale contemporaneo*, 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; 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.

posizione del singolo privato della libertà personale⁶⁰. La realtà, infatti, restituisce frequenti casi di omissioni di cure e attività di prevenzione, con vistosi scostamenti dalle previsioni normative⁶¹.

A questa situazione di conflitto non è riuscito a porre rimedio il trasferimento delle funzioni al Sistema sanitario nazionale⁶², peraltro non ancora compiutamente realizzato⁶³, 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 sesso⁶⁴. 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 transgenderi 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.)⁶⁵. 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.associazioneanfigone.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 genere⁶⁶, 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)⁶⁷, 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 Regioni⁶⁸ 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 pena⁶⁹. Tuttavia, questo requisito ha comunque generato l'esclusione di quanti, soprattutto di cittadinanza straniera e/o irregolarmente presenti sul territorio italiano⁷⁰, 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 riepilogato, 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.

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 gratuità⁷¹; 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 libertà⁷².

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 detenuti⁷³.

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 pena⁷⁴ 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 detenzione⁷⁵, come pure la possibilità di accedere a misure alternative alla detenzione⁷⁶, 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 sesso⁷⁷, 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*)⁷⁸, 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 sanitarie⁷⁹ 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 riabilitative⁸⁰. 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 detenzione⁸¹. 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 riconosciuti⁸².

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»⁸³, divenga una zona di sospensione dello Stato di diritto, in cui le persone recluse vengono «spogliate» della propria dignità. Tuttavia, la «supremazia speciale»⁸⁴ 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 sociale⁸⁵.

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 rieducazione⁸⁶. 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»⁸⁷. 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'arbitrio⁸⁸.

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 persona⁸⁹ 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 salute⁹⁰.

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.