

PAPER N. 42

a.a. 2019/2020

Impatto dell'identità di  
genere e  
dell'espressione di  
genere sulla realtà  
odierna

Trento BiLaw Selected Student Papers

BARTOLOMEO GUAGLIONE, CORINNA CICCARELLI

I paper sono stati selezionati a conclusione del corso *BioLaw: Teaching European Law and Life Sciences (BioTell)* a.a. 2019-2020, organizzato all'interno del Modulo Jean Monnet "BioLaw: Teaching European Law and Life Sciences (BioTell)", coordinato presso l'Università di Trento dai docenti Carlo Casonato e Simone Penasa.

# Impatto dell'identità di genere e dell'espressione di genere sulla realtà odierna

Bartolomeo Guaglione, Corinna Ciccarelli \*

ABSTRACT: This paper is a critical analysis of some aspects related to the transsexual condition. The condition of these people are often not taken into proper consideration. The lack of knowledge in this area is cause of discrimination against these people who live in a context where society often does not recognize their rights, their quality of life and their aspiration. What are the difficulties these people have to face during their life? How legislative discipline regulates the topic? What are European Union's actions in order to solve the critical points? Each person must have the opportunity to express his personality: this text offers a vision of the possible gaps in order to overcome them.

KEYWORDS: European Union; gender identity; healthcare; HiAP approach; prison

SOMMARIO: 1. I determinanti sociali della salute e l'approccio HiAP – 1.1 La condizione sociale della popolazione trans – 1.2 Lo stigma strutturale – 1.3 Lo stigma interpersonale – 1.4 Le cause della violenza anti-trans – 1.5 Lo stigma individuale – 1.6 Gli effetti negativi sulla salute delle persone trans e le lacune del diritto antidiscriminatorio a livello sovranazionale e nazionale 2. Le problematiche nel percorso di transizione verso la propria identità di genere – 2.1 La rettificazione chirurgica del sesso e la mobilità transfrontaliera dei pazienti – 2.2 La privacy e il diritto all'identità personale – 3. La realtà carceraria italiana: un esempio paradigmatico di stigma sulla popolazione trans e di influenza positiva del diritto internazionale e sovranazionale – 4. Conclusione

## Introduzione

Le riflessioni che seguono cercano di svolgere un'analisi critica di alcuni aspetti legati alla condizione delle persone trans, per dimostrare come il Biodiritto possa e debba assumere «una funzione non solo descrittivo-classificatoria ma anche normativo-assiologica»<sup>1</sup>. In particolare, il Biodiritto, a parere di chi scrive, non dovrebbe limitarsi a «descrivere in prospettiva critica le dimensioni giuridiche relative alle c.d. scienze della vita e della cura della salute dell'essere umano»<sup>2</sup>, ma dovrebbe atteggiarsi anche come «insieme di strumenti volti a garantire la persona proprio contro tutti i poteri variamente invasivi del suo corpo»<sup>3</sup>.

Da un'analisi della condizione sociale fortemente degradata delle persone trans, si passerà ad analizzare le modifiche necessarie in diversi campi della vita secondo un approccio HiAP, innanzitutto dal punto di vista generale del diritto antidiscriminatorio, per poi passare ai più specifici diritti alla salute e all'identità di genere. Infine, si riporta un esempio concreto e paradigmatico: la situazione carceraria non fa che amplificare all'ennesima potenza tutte quelle condizioni di vita svantaggiate (dalle discriminazioni e violenze, al mancato riconoscimento della propria identità di genere, alla difficoltà nell'accesso alle cure e ai farmaci) che già le

---

\*Studenti dell'Università di Trento, Facoltà di Giurisprudenza.

La redazione dell'articolo è terminata il 22 maggio 2020

<sup>1</sup> S. PENASA, *Biodiritto e Unione Europea: primi spunti di riflessione*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 3, 2018

<sup>2</sup> C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, II ed., Torino, 2012, 7

<sup>3</sup> S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2015

stesse persone vivono al di fuori del carcere, ed anzi spesso quest'ultimo è la normale conclusione delle prime.

Durante tutta la trattazione si cercherà di esporre la questione anche da un punto di vista sovranazionale ed internazionale, in quanto sono soprattutto questi ordinamenti ad integrare positivamente l'ordinamento giuridico italiano che sul tema rimane ancora inerte.

In limine si vuole, poi, dare conto di alcune scelte di carattere lessicale.

In primo luogo, si è scelto di utilizzare il più generale termine "trans", piuttosto che i termini "transgender" o "transessuale", in modo da ricomprendere il maggior numero possibile di manifestazioni dell'identità di genere e dell'espressione di genere. Ad eccezione del paragrafo 2.1 sulla rettifica chirurgica del sesso, tutta la trattazione può essere estesa anche a quelle persone che semplicemente non si ritengono cisgender, cioè appartenenti al genere di elezione, ma che riescono ad eliminare la Disforia di genere senza ricorrere alla modifica dei caratteri sessuali (ad esempio i/le cross-dresser). Alla stessa stregua si atteggia la condizione delle persone che rifiutano la visione binaria di genere (ad esempio genderfluid, queer e agender), per le quali sarebbe però necessario un approfondimento sulla questione dell'introduzione di un terzo genere nei documenti. Non è stato possibile invece analizzare la condizione socio-giuridica delle persone intersessuali, in quanto, sebbene per molti aspetti si atteggi in modo simile a quella delle persone trans, per altri ne differisce.

In secondo luogo, soprattutto per quanto riguarda il paragrafo 2.2 sul diritto all'identità personale, si vuole sottolineare che è stata utilizzata la perifrasi "rettificazione anagrafica del sesso" solo per allinearsi alla terminologia giuridica delle fonti analizzate, che sembra essersi ormai consolidata. Tuttavia si ritiene che espressione più corretta sia "rettificazione anagrafica del genere", in quanto, come si avrà modo di dimostrare, proprio nel recepimento giuridico di questa distinzione scientifica tra sesso e genere sta la prima e la maggiore novità nella tutela dell'identità delle persone trans (infatti le persone transgender hanno diritto a veder modificato il genere anagrafico e il nome, non essendo, al contempo, più obbligate a cambiare anche sesso biologico).

### **1. I determinanti sociali della salute e l'approccio HiAP**

I determinanti sociali sono quei fattori socio-economici che, al di là delle caratteristiche genetiche o dello stile di vita, influiscono sulla salute delle persone. Queste nuove variabili ineriscono ad una concezione moderna della funzione pubblica di tutela della salute stessa che evidenzia come i fattori determinanti il benessere delle persone non siano orientati solo al tradizionale ambito delle politiche sanitarie. Per questo la tutela e promozione della salute dovrebbe assumere dimensioni normative che vanno al di là della mera

erogazione di prestazioni sanitarie, le quali non esauriscono gli obblighi di natura istituzionale, amministrativa e normativa degli enti preposti al raggiungimento di questi obiettivi.<sup>4</sup> Il fondamento costituzionale<sup>5</sup> di tale approccio può essere rappresentato dalla natura trasversale del diritto alla salute, che la porta ad esprimere una dimensione ulteriore rispetto a quella medico-sanitaria: richiamando la giurisprudenza costituzionale in materia, la salute può essere intesa come diritto della persona a godere di «condizioni di vita, di ambiente e di lavoro che non pongano a rischio questo suo bene essenziale».<sup>6</sup>

Un approccio HiAP è fondamentale nell'analisi della tematica della salute relativa alle persone trans, in quanto queste ultime si trovano ad affrontare un clima socio-economico particolarmente ostile nella quasi totalità degli ambienti della vita quotidiana, dalla famiglia, alla scuola, al lavoro, ecc.<sup>7</sup> Il legislatore, quindi, dovrebbe porre urgente attenzione nel revisionare le legislazioni vigenti in diversi settori a tutela di questa (ed altre) minoranze su cui l'ambiente e la comunità circostanti incidono in modo prepotentemente negativo, in primis sulla salute psicologica ma non solo. Tant'è che l'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali rileva che le persone trans subiscono frequenti violazioni dei propri diritti fondamentali come discriminazione, violenza e molestie, addirittura ad un livello più intenso rispetto a quelle subite da altri intervistati lesbiche, gay e bisessuali<sup>8</sup> (il cui indice di gradimento in Italia è comunque sceso del 4% nel maggio 2019 rispetto allo stesso periodo del 2015).<sup>9</sup>

### 1.1 La condizione sociale della popolazione trans

Le persone trans esperiscono livelli sproporzionati di stigma nel corso della loro vita a causa della non conformità di genere. Lo stigma è un complesso processo psico-sociale che spinge le persone appartenenti ad una maggioranza identitaria ad attribuire ad un membro o ad un gruppo di una comunità una connotazione negativa, tale da declassarli ad un rango sociale inferiore. Il modello ecologico-sociale<sup>10</sup> preso in considerazione è particolarmente calzante per studiare una soluzione di HiAP perché divide le discriminazioni e violenze perpetrate in base alla provenienza (che può essere istituzionale o sociale), ne spiega l'origine e le conseguenze sulla salute psicologica e psichica del paziente, consentendo di formulare ipotesi di riforma mirate ed efficaci.

### 1.2 Lo stigma strutturale

---

<sup>4</sup> S. PENASA, *La «salute in tutte le politiche»: presupposti teorici e fondamento costituzionale. Il Trentino come laboratorio istituzionale.*, in *Federalismi. it*, 18 novembre 2015

<sup>5</sup> Interpretazione dell'art. 32 Cost. alla luce degli artt. 2, 3 e 9 della Cost.

<sup>6</sup> Corte costituzionale, sent. n. 218/1994.

<sup>7</sup> Vedi *infra* par. 1.3 ("Lo stigma interpersonale").

<sup>8</sup> European Union Agency for Fundamental Rights (FRA), "Essere trans nell'UE. Analisi comparativa dei dati del sondaggio LGBT dell'UE", 2014.

<sup>9</sup> European Commission, "Eurobarometer on Discrimination 2019: The social acceptance of LGBT people in EU", 23 settembre 2019.

<sup>10</sup> C. SCANDURRA, V. BOCHICCHIO, A.L. AMODEO, P. VALERIO, *Lo stigma anti-transgender da una prospettiva ecologico-sociale: effetti sulla salute psico-fisica e strategie di intervento*, in *Psichiatria e Psicoterapia*, 2018.

Lo stigma strutturale consiste in condizioni sociali, norme culturali e politiche istituzionali che limitano le opportunità, le risorse e il benessere delle persone stigmatizzate.<sup>11</sup>

Un esempio passato di stigma strutturale a livello internazionale, è stata la medicalizzazione della non conformità di genere ad opera del Manuale diagnostico dei disturbi mentali (DSM)<sup>12</sup>, fino alla pubblicazione della sua quinta edizione, dal momento che contribuiva a rafforzare la percezione sociale delle persone trans come devianti o patologiche.<sup>13</sup>

Un esempio di stigma strutturale testimoniato a livello europeo<sup>14</sup> ed italiano, è l'assenza di richiami espliciti all'identità di genere da parte delle leggi sovranazionali e statali sulla tutela antidiscriminatoria. Secondo l'European network of legal experts in gender equality and non discrimination<sup>15</sup>, tra le opzioni a disposizione degli Stati per tutelare le persone trans, la migliore richiederebbe di aggiungere agli ambiti della tutela antidiscriminatoria anche quello dell'identità di genere.<sup>16</sup> Infatti da una parte, visto il ruolo simbolico della legge, si getterebbe una luce positiva, in termini di visibilità, sulla popolazione trans; dall'altra una disciplina ad hoc consentirebbe di regolare meglio quegli ambiti in cui le tipologie di discriminazione subite dalle persone trans non siano perfettamente sovrapponibili a quelle subite in base al sesso.<sup>17</sup>

---

<sup>11</sup> *Idem*

<sup>12</sup> World Health Organization, *Ensuring an inclusive global health agenda for transgender people*, Bulletin 2017.

<sup>13</sup> Nonostante la de patologizzazione del Disturbo dell'identità di genere a Disforia di genere, in Italia, come nella stragrande maggioranza dei Paesi europei, la Disforia di genere richiede ancora una diagnosi medica, il che continua a reiterare una concezione errata del fenomeno quale patologia. La FRA (vedi *infra* nota n. 11) ha più volte incoraggiato gli stati europei a seguire l'esempio della Danimarca. «In 2014, Denmark passed legislation allowing legal gender recognition for trans people based on their self-determination. According to this legislation, which was welcomed by fundamental rights activists, the requirements for legal gender recognition are a minimum age of 18 and a six-month waiting period. The process requires applicants to request a change of legal gender and to confirm the application six month later but does not require any medical intervention or opinion or diagnosis by an external expert. Denmark's law has been ranked second in the world (after Argentina) when it comes to the relevant procedures' level of simplification and can be considered a promising practice in the EU regarding respect for the Recommendation of the Committee of Ministers of the Council of Europe to Member States on measures to combat discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity (paras. 20 and 21) ».

<sup>14</sup> European Commission, "Legal aspects of LGBTI equality". European network of legal experts in gender equality and nondiscrimination, "Trans and intersex equality rights in Europe - a comparative analysis", European Commission, novembre 2018. FRA, "Protection against discrimination on grounds of sexual orientation, gender identity and sex characteristics in the EU. Comparative legal analysis.", 2015: «EU non-discrimination law currently does not specifically prohibit discrimination on the ground of a person's gender identity and gender expression. Only the Victims' Rights Directive explicitly prohibits discrimination on the ground of gender indignity, although the Qualification Directive also refers to gender identity. At EU level, trans people receive protection against discrimination on the ground of sex. Framing discrimination on the ground of gender reassignment as a form of sex discrimination has substantial consequences. At minimum, it means that EU instruments prohibiting sex discrimination work and employment and in the access to and supply of goods and services apply to discrimination arising from the gender reassignment. The Court of Justice of European Union (CJEU) has established that the instruments implementing the principle of equal treatment between men and women should be interpreted broadly to cover discrimination on grounds of intended or actual reassignment of gender. This approach has also been embraced by the Gender Equality Directive. Its recital 3 includes a reference to discrimination arising from a person's gender reassignment. This is the first explicit mention of gender reassignment in an EU directive. »

<sup>15</sup> Vedi *supra* nota n. 11.

<sup>16</sup> Durante la XVI legislatura sono stati tre i tentativi di introdurre un'apposita legge a contrasto dell'omotransfobia, nessuno dei quali è andato a buon fine. Al momento è in corso l'iter legislativo per l'approvazione del D.D.L. 1176 rubricato "Modifiche degli artt. 604-bis e 604-ter del c.p. e istituzione della Giornata internazionale contro l'omotransfobia nonché dei centri antiviolenza per le vittime di omofobia e transfobia".

<sup>17</sup> Vedi *infra* par. 2.1 ("La rettificazione chirurgica del sesso e la mobilità transfrontaliera dei pazienti").

### 1.3 Lo stigma interpersonale

Le norme sociali che perpetuano lo stigma strutturale spesso finiscono per tradursi in forme di stigma agite a livello interpersonale con le modalità dell'abuso verbale, della violenza fisica e sessuale e della discriminazione in generale.<sup>18</sup> Le persone trans hanno un'alta probabilità di subire tale tipologia di stigma a causa di segni immediatamente riconoscibili che consentono ai terzi di includerli con facilità nella categoria stigmatizzata di appartenenza (quando la visibilità delle persone discriminate è alta lo stigma si dice "discreditato"). In altre parole, la maggior parte delle persone trans, in particolare le donne transgender, sono spesso molto visibili e per questo esperiscono un elevato rischio di subire processi di stigmatizzazione.<sup>19</sup>

### 1.4 Le cause della violenza anti-trans<sup>20</sup>

La violenza anti-trans sarebbe costituita dall'intreccio di tre dimensioni:

- Il genderismo, cioè un atteggiamento culturale negativo, un'ideologia strutturale dentro ognuno di noi che ci spinge a valutare negativamente ogni atteggiamento che non si rifà alla logica del binario di genere (cioè la credenza di base per cui esistono solo due generi e chi vi si discosta è fortemente malato e perverso).
- La transfobia, cioè la controparte individuale del genderismo: quando si ha a che fare con un gruppo sociale o una persona non immediatamente individuabile quale aderente alle rappresentazioni stereotipate del maschile o del femminile, la reazione immediata può essere quella del disgusto, della paura e dell'odio. Quel gruppo sociale o persona sono percepite come dei "gender outlaw", dei fuorilegge, dei trasgressori di quel binario di genere che è funzionale ad un supposto e desiderato ordine sociale e morale, insito in ciascuno di noi come un automatismo.

Genderismo e transfobia spesso esistono in espressioni nascoste di discriminazione ed antipatia

- Il *gender-bashing*, cioè l'espressione violenta del genderismo e della transfobia

### 1.5 Lo stigma individuale

Le minoranze, in questo caso di genere, sono sottoposte ad uno stress particolare denominato "minority stress" a causa della continua stigmatizzazione sociale proveniente da ogni settore della vita. Questo

---

<sup>18</sup> Per i dati sulla percezione sociale in Italia del fenomeno della Disforia di genere si rinvia all'Eurobarometer on Discrimination del 2019 (vedi *supra* nota n. 6).

In mancanza di statistiche ufficiali italiane, per i numeri su discriminazioni e violenze perpetrate all'indirizzo delle persone trans nell'UE si rinvia all'Analisi comparativa dei dati del sondaggio LGBT dell'UE, della FRA (vedi *supra* nota n. 5).

Si segnala l'unica ricerca statistica italiana, anche se non ufficiale e riguardante il solo ambito lavorativo, condotta da Arcigay nel 2011 "Io sono lo lavoro".

<sup>19</sup> Al contrario si dice "discredicabile" lo stigma che non è subito riconoscibile, quindi la probabilità di subire lo stigma è inferiore, almeno fino a quando quella data caratteristica non si renda visibile (come nel caso del coming out per le persone LGB).

<sup>20</sup> A.L. AMODEO, C. SCANDURRA, P. VALERIO, *Appunti sul genere. Riflessioni sulle linee-guida di intervento psicologico e dintorni*, Edizione Ordine Psicologi della Campania, 2014, cap. 5

particolare tipo di stress è unico, cioè rappresenta un fattore aggiuntivo di stress a quello generale vissuto da tutte le persone e quindi richiede uno sforzo di adattamento sociale maggiore; cronico, cioè è strettamente collegato a sovrastrutture sociali stabili indipendenti dell'individuo che lo preesistono; socialmente basato, cioè deriva dallo stigma strutturale ed interpersonale anche in questo caso indipendente dall'individuo. L'ambiente stigmatizzante è infatti costituito da una serie di processi distali, cioè oggettivi e indipendenti dall'individuo, e prossimali, cioè soggettivi che dipendono dalle percezioni dell'individuo.<sup>21</sup> I principali *stressors*, dai più oggettivi ai più soggettivi, sono:

- Eventi e condizioni stressanti esterni ed oggettivi, cronici ed acuti, come lo stigma vissuto e perpetrato tramite violenze fisiche o verbali, che, come dimostrano le statistiche<sup>22</sup>, è molto diffuso nella popolazione trans;
- Aspettative che gli eventi prima espliciti si realizzino e vigilanza che questa aspettativa comporta. Questo particolare stressor produce uno stigma c.d. "percepito" ed influisce molto sulla possibilità di accesso alle risorse delle persone trans. Per esempio, se una persona trans si è sentita discriminata dal personale sanitario per evitare il ripetersi di questo evento spiacevole con ogni probabilità non ricorrerà più al servizio sanitario stesso<sup>23</sup>;
- Occultamento della propria identità di genere.

Un esempio di transfobia interiorizzata è il fenomeno del "passing", cioè del massiccio investimento di tempo delle persone trans per passare come cisgender, cioè corrispondenti al proprio sesso di elezione<sup>24</sup>;

- Transfobia interiorizzata, cioè l'interiorizzazione degli atteggiamenti negativi della società aventi a che fare con l'identità di genere.

### **1.6 Gli effetti negativi sulla salute delle persone trans e le lacune del diritto antidiscriminatorio a livello sovranazionale e nazionale**

In definitiva, sussiste un legame diretto tra la sequenza di violenze subite e la depressione e l'ansia in persone trans: tanto più è elevata la frequenza degli eventi transfobici, tanto più aumenta anche la probabilità che queste persone sviluppino sintomatologia ansiosa e depressiva. Tra coloro che hanno subito eventi traumatici, il 17% ha riportato sintomi di disturbo post-traumatico da stress e il 64% sintomi depressivi.<sup>25</sup> Da uno studio dell'*European Journal of Endocrinology* risulta che per le donne transgender (nel caso di specie in

---

<sup>21</sup> *Idem.*

<sup>22</sup> Vedi *supra* nota n. 5.

<sup>23</sup> Secondo le statistiche FRA (vedi *supra* nota n. 5) più di una persona trans su cinque si è sentita discriminata dal personale sanitario.

<sup>24</sup> Secondo le statistiche FRA (vedi *supra* nota n. 5) il 32% delle persone trans evita di esprimere il proprio genere attraverso l'aspetto fisico o l'abbigliamento, il 30% evita determinati posti o luoghi, il 20% evita di dichiararsi a casa, il 60% evita di esprimere il proprio genere sui mezzi pubblici.

<sup>25</sup> E. LOMBARDI, *Varieties of Transgender/Transsexual Lives and Their Relationship with Transphobia*, in *Journal of Homosexuality*.



cura ormonale) la mortalità è circa del 50% più alta rispetto al resto della popolazione, ma secondo l'Osservatorio Malattie Rare<sup>26</sup>, attestata la sicurezza a lungo termine delle terapie ormonali, la causa è da ricercare nella diffusa mancanza di accettazione da parte della società e nella transfobia interiorizzata che ha importanti ricadute sul benessere psico-fisico.

Visti gli sproporzionati livelli di stigma subiti dalle persone trans e i risvolti gravemente negativi che tale condizione sociale riversa sulla loro salute psico-fisica, come anticipato, si ritiene necessario un profondo ripensamento a livello europeo e nazionale della legislazione in tema di tutela antidiscriminatoria. Allo stato, tale legislazione, sia a livello nazionale che sovranazionale, non fa che reiterare una concezione di genere binaria, di fatto alimentando lo stigma strutturale già gravante sulle persone trans invece di prendere posizione a tutela della loro identità di genere.

Il diritto antidiscriminatorio europeo, attualmente, non include espressamente l'identità di genere o l'espressione di genere quali fattori di discriminazione vietati. Anche quando la Carta europea dei diritti fondamentali, all'art. 21, ha inteso menzionare esplicitamente alcuni fattori di discriminazione vietati, aggiuntivi rispetto a quelli contemplati nelle direttive europee antidiscriminatorie, non ha fatto riferimento all'identità di genere.<sup>27</sup>

È vero che la CdG ha da tempo riconosciuto che le discriminazioni eventualmente subite da una persona trans rientrano tra le discriminazioni fondate sul "genere" e, dunque, sono proibite dalle direttive europee sul divieto di discriminazioni tra uomo e donna<sup>28</sup>, ma persistono problemi di effettività sotto almeno due profili. Innanzitutto, come si dimostrerà in seguito<sup>29</sup>, la condizione delle persone trans richiede spesso una legislazione specifica che si adatti alle peculiarità proprie soltanto della loro condizione socio-giuridica.

In secondo luogo, come già a suo tempo fatto presente dall'Avvocato generale nelle sue conclusioni sulla causa P. c. S.<sup>30</sup>, una lettura letterale della giurisprudenza europea risulterebbe eccessivamente restrittiva e lesiva del principio di uguaglianza. Tale giurisprudenza è infatti maturata in un contesto storico in cui il trattamento chirurgico veniva ancora considerato come prerequisito necessario per accedere al procedimento giuridico di rettificazione. Ciò potrebbe portare a ritenere come rientranti nel divieto di discriminazioni fondate sul genere appunto solo quei comportamenti a danno delle persone che intendono o hanno affrontato un percorso di rettificazione anagrafica del sesso, previ eventuali interventi chirurgici e/o

---

<sup>26</sup> OMAR, *Disforia di genere, nasce una rete endocrinologica nazionale*, 2019.

<sup>27</sup> Nel diritto Ue, si fa espressa menzione dell'identità di genere e dell'espressione di genere solo in due strumenti: la direttiva 2011/95/UE (recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta) e la direttiva 2012/29/UE (recante norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato).

<sup>28</sup> Caso P. c. S. e Cornwall Country Council, causa C-13/94. Vedi *supra* nota n. 11.

<sup>29</sup> Vedi *infra* paragrafo 2.1 ("La rettificazione chirurgica del sesso e la mobilità transfrontaliera") e paragrafo 3 ("La realtà carceraria italiana: un esempio paradigmatico di stigma sulla popolazione trans e di influenza positiva del diritto internazionale e sovranazionale").

<sup>30</sup> Vedi *supra* nota n. 25.

trattamenti medico-farmacologici sui caratteri sessuali. Mentre la tutela antidiscriminatoria dovrebbe comprendere anche coloro che non desiderano affrontare un percorso di rettificazione del sesso, ma esprimono il loro genere elettivo in altri modi (come il travestitismo o l'adozione di comportamenti associati al sesso biologico opposto rispetto a quello di appartenenza).<sup>31</sup>

Neanche l'Italia, nel recepire le direttive europee sull'uguaglianza di genere, fa espresso riferimento all'identità di genere. Questo, secondo Rete Lenford<sup>32</sup>, è una delle cause principali della mancanza di una significativa attuazione del sistema di tutela antidiscriminatoria e di una prassi giurisprudenziale pressoché assente rispetto a situazioni discriminatorie vissute da persone trans. Si spera che nel prossimo futuro<sup>33</sup> anche l'ordinamento giuridico italiano si allinei alla tendenza positiva riscontrata in altri Paesi comunitari dall'Agenzia dell'UE per i Diritti Fondamentali<sup>34</sup>, impegnandosi nella lotta alle discriminazioni che, come ricordato dal Presidente della Repubblica Sergio Mattarella, "costituiscono una violazione del principio di eguaglianza e ledono i diritti umani"<sup>35</sup>.

## 2. Le problematiche del percorso di transizione verso la propria identità di genere

La legge n. 164/1982 regola solo il momento finale del percorso di transizione, cioè la rettifica chirurgica del sesso. In realtà però, esso si compone di una serie di fasi precedenti e necessarie, che non sono disciplinate dalle norme suddette: perciò interamente rimesse a strumenti di *soft law*, come le c.d. linee guida a carattere operativo.<sup>36</sup> L'assenza di una normativa che, nel dettaglio, disciplini le fasi antecedenti del percorso (come la terapia ormonale e il "real life test"), rende possibile la massiccia presenza di verifiche e autorizzazioni testualmente non previste dalla legge (ma concretamente richieste dalla prassi) e ha l'effetto di sottrarre la persona a qualsiasi forma di tutela durante simili fasi, che, spesso, si protraggono per anni. Le valutazioni negative sulle verifiche di controllo, da parte dell'equipe medica, impediscono di poter accedere al cambio di sesso. Si tratta, però, di decisioni concretamente inappellabili: l'interessato può solo cambiare consulente o ricominciare il percorso in altra sede, dovendo di nuovo, in molti casi, sostenere spese ingenti. Lo strapotere

---

<sup>31</sup> In tal senso si è espressa anche la Commissione europea in un rapporto del 5 maggio 2015 sullo stato di attuazione della direttiva 2004/113.

<sup>32</sup> Consiglio regionale della Regione autonoma Friuli Venezia Giulia, "La condizione transessuale: profili giuridici, tutela antidiscriminatoria e buone pratiche", Quaderni dei diritti, 2017, in collaborazione con Rete Lenford, Avvocatura per i diritti LGBTI

<sup>33</sup> Vedi *supra* nota n. 13.

<sup>34</sup> FRA, "Protection against discrimination on grounds of sexual orientation, gender identity and sex characteristics in the EU. Comparative legal analysis.", 2015 Per quanto rilevato fino al 2015, dieci Paesi membri hanno espressamente incluso nella legislazione antidiscriminatoria il fattore dell'identità di genere o dell'espressione di genere, ampliando l'ambito di protezione rispetto al tradizionale concetto di "riassegnazione di sesso". Nel frattempo si sono aggiunti altri Paesi tra cui la Repubblica di Slovenia e i Paesi Bassi (questi ultimi in via di interpretazione giurisprudenziale).

<sup>35</sup> <https://www.quirinale.it/elementi/49210> "Dichiarazione del Presidente Mattarella in occasione della Giornata mondiale contro l'omofobia, la transfobia e la bifobia".

<sup>36</sup> WPATH, "Standards of Care", 7a versione. ONIG, "Standard sui percorsi di affermazione di genere nell'ambito della presa in carico delle persone transgender e gender non conforming (TGNC)".

dell'equipe medica può facilmente veicolare, tra le altre cose, un comportamento fortemente paternalistico, piuttosto che un corretto rapporto di fiducia con i pazienti.<sup>37</sup>

In secondo luogo, il percorso previsto dai protocolli medici è in gran parte fornito a titolo gratuito, posto che i costi per l'accesso e la fornitura delle prestazioni mediche sono a carico del SSN. Sussistono però delle differenze territoriali poiché alcuni centri richiedono il pagamento di una somma predefinita per ogni seduta dallo psicologo e per ogni visita dall'endocrinologo.

Inoltre, in concreto, i suddetti centri sono solo dodici in tutto il territorio nazionale<sup>38</sup> concentrati in solo nove province, e questo impone alle persone trans di spostarsi dal proprio territorio di riferimento con costi non indifferenti. Oltretutto molti di questi centri riescono ad assicurare la sola cura psicologica e non anche endocrinologica.<sup>39</sup>

Le tempistiche molto lunghe previste dalle linee guida e la scarsità di endocrinologi specializzati sul suolo nazionale spesso portano le persone trans ad iniziare autonomamente la cura ormonale. Secondo uno studio pubblicato sul Journal of Sexual Medicine, il 25% delle donne transgender si autoprescriverebbe la terapia ormonale procurandosi i farmaci su internet.<sup>40</sup>

Infine, le cure ormonali richiedono l'assunzione di farmaci specifici che non sono sempre dispensati dal SSN. In molti casi si tratta di farmaci rientranti nella c.d. "fascia A", cioè nella fascia dei farmaci gratuiti perché ritenuti indispensabili per garantire le cure previste nei LEA<sup>41</sup>, ma non rientrando la Disforia di genere tra le loro indicazioni terapeutiche (in quanto tale condizione non è prevista nell'elenco delle patologie del Ministero della Salute), non sono prescrivibili da parte dei medici curanti a pazienti transessuali<sup>42</sup>. In altri casi

---

<sup>37</sup> N. POSTERARO, *Il diritto alla salute delle persone transessuali e la rettificazione chirurgica del sesso biologico: problemi pratici*, in *Rivista di medicina legale*, 2017; N. POSTERARO, *Transessualismo, rettificazione anagrafica del sesso e necessità dell'intervento chirurgico sui caratteri sessuali primari: riflessioni sui problemi irrisolti alla luce della recente giurisprudenza nazionale*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale (e del Diritto in campo sanitario)*, fasc. 4, 1° agosto 2017, pag. 1349: «È chiaro, però, che i giudici non potranno essi stessi né rinvenire previamente la presenza di questo disallineamento soma-psiche, né valutare, successivamente, l'opportunità della modifica [...] richiesta. Inevitabilmente incapaci di operare un esame di merito, essi dovranno tener necessariamente conto dei certificati medici che, rilasciati dagli specialisti del settore, saranno stati esibiti e allegati da parte attrice a sostegno della domanda», A. ASTONE, *Autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento nella legge 22 dicembre 2017 n. 219*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone* (II), fasc. 4, 1 dicembre 2018, pag. 1508: «La relazione di cura rappresenta allora il fulcro intorno al quale ruota l'intero provvedimento, essendo le problematiche relazionali particolarmente avvertite in ambito sanitario, dove per l'appunto si verifica quella che è stata definita una comunicazione diseguale, stante la manifesta disuguaglianza tra sanitari e pazienti nel contesto di cura. In questo ambito la vicenda comunicativa presenta un evidente vulnus in ragione della disparità di posizioni tra medico e paziente, riconducibile non tanto ad una fisiologica disomogeneità conoscitiva, quindi di competenze, quanto piuttosto ad un atteggiamento potestativo del sanitario che pretende di decidere per il paziente, oggettivamente vulnerabile per le condizioni di salute nelle quali versa, con una conseguente non comune fragilità emotiva.»

<sup>38</sup> <http://www.onig.it/drupal8/>.

<sup>39</sup> S. ALLIVA, *Farmacie vuote e acquisti online: così gli uomini trans rischiano la vita*, in *L'Espresso*, 18 marzo 2019.

«Per Daniele, che vive a Catania ed è in terapia ormonale da un anno e mezzo, il consiglio sembra insensato: "Ma qui non ci sono le strutture, non sanno nulla di disforia di genere". L'endocrinologo più vicino che potrebbe fargli una certificazione vive a Trapani, 400km di distanza».

<sup>40</sup> Vedi *supra* nota n. 23.

<sup>41</sup> I Livelli essenziali di assistenza (LEA) sono le prestazioni e i servizi che il Servizio sanitario nazionale (SSN) è tenuto a fornire a tutti i cittadini, gratuitamente o dietro pagamento di una quota di partecipazione (ticket), con le risorse pubbliche raccolte attraverso la fiscalità generale (tasse).

<sup>42</sup> Anche in questo caso si hanno differenze territoriali: per esempio la Regione Toscana con Deliberazione della Giunta regionale 29 maggio 2006 n. 396 sul Trattamento ormonale dei soggetti affetti da Disforia di genere, ha sancito la gratuità anche del percorso

i farmaci sono inseriti in fascia C, con conseguente aumento non controllato dei prezzi e quindi dei costi a carico delle persone trans, di fatto introducendo una discriminazione in base al reddito.<sup>43</sup>

## 2.1 La rettificazione chirurgica del sesso e la mobilità transfrontaliera dei pazienti

Dal numero limitato delle strutture ospedaliere che effettuano questa tipologia di cure derivano (oltre ad un aggravio delle spese di viaggio e alloggio) tempi di attesa molto lunghi (mediamente due anni), destinati poi ad essere ulteriormente dilatati ad libitum in quanto considerate come operazioni non urgenti e quindi rimandabili ad oltranza. Inoltre, si aggiunge il non meno importante problema (indice dello stigma strutturale presente in Italia<sup>44</sup>) della scarsa specializzazione e insufficiente preparazione del personale medico-sanitario nel trattamento dei casi in parola, il quale provoca spesso danni permanenti ai pazienti operati.<sup>45</sup>

---

ormonale. Si segnala che il presente paper è stato redatto in data antecedente l'1 ottobre 2020, giorno in cui sono entrate in vigore la determina dell'AIFA, a seguito di pubblicazione in GU, che pone totalmente a carico del SSN l'erogazione delle terapie ormonali "ai sensi della legge 23 dicembre 1996, n. 648 [...] previa diagnosi di disforia di genere/incongruenza di genere formulata da una équipe multidisciplinare e specialistica dedicata. Si segnalano i link: [https://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie\\_generale/caricaDettaglioAtto/originario?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2020-09-30&atto.codiceRedazionale=20A05244&elenco30giorni=false](https://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie_generale/caricaDettaglioAtto/originario?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2020-09-30&atto.codiceRedazionale=20A05244&elenco30giorni=false); [https://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie\\_generale/caricaDettaglioAtto/originario?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2020-09-30&atto.codiceRedazionale=20A05245&elenco30giorni=false](https://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie_generale/caricaDettaglioAtto/originario?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2020-09-30&atto.codiceRedazionale=20A05245&elenco30giorni=false).

<sup>43</sup> M. PROCOPIO, *Farmaco per la transizione ormonale rincarato del 300%, le associazioni al ministro Speranza: «Tuteli la salute delle persone trans»*, *Il Fatto quotidiano*, 9 ottobre 2019. Si segnala, che l'AIFA ha accettato di spostare il Progynova in fascia C, a seguito di richiesta dell'Azienda produttrice, asserendo la presenza in fascia A di valide alternative terapeutiche (vedi *Quotidiano sanità*, "Terapia ormonale sostitutiva per transessuali. Il Governo chiarisce: «Il Progynova è in classe C su richiesta dell'azienda e Aifa ha accettato perché esistono valide alternative terapeutiche rimborsate dal Ssn»", 1° novembre 2019), alternative però scomparse d'un tratto dal mercato italiano mettendo in serio pericolo la salute delle persone trans (vedi sul punto S. Alliva in nota n. 23; S. Alliva, "Emergenza trans: i farmaci salva-vita sono ancora fuori commercio", *L'Espresso*, 20 novembre 2019; Interrogazione parlamentare di D. Viotti con richiesta di risposta scritta E-001399/19 alla Commissione; M. PIGNATTI, "L'immissione in commercio di dispositivi medici: l'attività contrattuale delle Aziende Sanitarie e profili di responsabilità", *Foro amm. CDS*, fasc. 4, 2010, pag. 751, nota a Corte giustizia UE, 19 novembre 2009, n. 288, sez. II, in cui si spiega che all'interno dell'ordinamento italiano l'AIFA svolge, oltre a compiti tecnici, anche «vere e proprie mansioni volte a bilanciare la tutela della salute dei cittadini, mediante una corretta politica di accesso ai prodotti farmaceutici, con le esigenze statali di razionalizzazione della spesa e contenimento dei costi.»

In tema di bilanciamento tra tutela dei pazienti e spesa farmaceutica si vedano: in giurisprudenza: Tar Lazio, Roma, sez. III ter, 21 settembre 2005, n. 7240 e 7242; In dottrina: A. GIUFFRIDA, "Il Tar del Lazio ribadisce che gli sconti imposti dall'AIFA sui prezzi di alcuni medicinali della classe A del Prontuario Farmaceutico Nazionale sono improntati al rispetto dei principi di razionalità, di non contraddittorietà e di equità", *Foro amm. TAR*, fasc. 9, 2005, pag. 2863; in cui si chiarisce che tra i principi che l'AIFA deve seguire in questo bilanciamento vi è anche il principio di equità, che di fatto vieta discriminazioni in base al reddito. Si segnala che il presente paper è stato redatto in data antecedente l'1 ottobre 2020, giorno in cui sono entrate in vigore la determina dell'AIFA, a seguito di pubblicazione in GU, che pone totalmente a carico del SSN l'erogazione delle terapie ormonali "ai sensi della legge 23 dicembre 1996, n. 648 [...] previa diagnosi di disforia di genere/incongruenza di genere formulata da una équipe multidisciplinare e specialistica dedicata."

[https://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie\\_generale/caricaDettaglioAtto/originario?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2020-09-30&atto.codiceRedazionale=20A05244&elenco30giorni=false](https://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie_generale/caricaDettaglioAtto/originario?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2020-09-30&atto.codiceRedazionale=20A05244&elenco30giorni=false).

[https://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie\\_generale/caricaDettaglioAtto/originario?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2020-09-30&atto.codiceRedazionale=20A05245&elenco30giorni=false](https://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie_generale/caricaDettaglioAtto/originario?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2020-09-30&atto.codiceRedazionale=20A05245&elenco30giorni=false).

<sup>44</sup> Vedi *supra* paragrafo 1.2 ("Lo stigma strutturale").

<sup>45</sup> L. MARCHIÒ, *Una transessuale risarcita per un'operazione fallita per il cambio di sesso*, in *La Repubblica*, 10 ottobre 2019; A. SCIOTTO, *Cambio di sesso, la denuncia di 4 transgender «Rovinate a vita da una tecnica sperimentale»*, in *L'Espresso*, 16 luglio 2014. Questo secondo articolo riporta un caso, verificatosi al Policlinico Umberto I di Roma, di particolare rilevanza per due motivi: il primo riguarda il fatto che risulta inaffidabile anche uno dei centri più rinomati in Italia per la cura delle persone trans; il secondo perché si tratta di una violazione della disciplina del consenso informato e del divieto di sperimentazioni non autorizzate sui pazienti.

In definitiva, tenuto conto di tali difficoltà, sembra che il bene salute, bene fondamentale della persona ex art. 32 della Costituzione, venga assoggettato a tempi e scelte capaci chiaramente di comprometterlo e diventi, in quest'ottica, un diritto per soli ricchi: unicamente chi vive una condizione economica agiata, infatti, riesce a superare le varie problematiche di cui si è detto, ricorrendo a specialisti privati e/o a spostamenti, non rimborsati, all'estero.

Ci si è chiesti, di conseguenza, se sia applicabile al caso di specie la disciplina europea della mobilità transfrontaliera dei pazienti, regolata dalla Direttiva 2011/24/UE<sup>46</sup> che trova applicazione nell'ordinamento italiano in forza del D.lgs. n. 38/2014. La sua applicazione sarebbe auspicabile in quanto, come ricorda la stessa Corte di Giustizia, gli spostamenti transfrontalieri si verificano proprio e soprattutto «per il trattamento di patologie specifiche»<sup>47</sup> a cui può essere assimilata la Disforia di genere.<sup>48</sup>

L'applicazione di tale Direttiva non è, tuttavia, affatto pacifica, in quanto da una parte l'esistenza di liste d'attesa, secondo la giurisprudenza della stessa CdG<sup>49</sup>, non configura di per sé un'illegittima limitazione alla libera circolazione dei pazienti (che, se inseriti in tali liste, non possono recarsi all'estero a spese del SSN solo per il fatto di dover attendere); dall'altra la Direttiva di cui si questiona l'applicabilità comprende tra i requisiti anche quello di reciprocità (cioè la Direttiva è applicabile solo se il servizio sanitario richiesto è garantito da entrambi i sistemi sanitari, quello d'origine del paziente e quello estero).

Dal primo punto di vista, rileva l'interpretazione che la CdG dà della nozione di "indebito ritardo". Nel già citato caso Watts, la Corte del Lussemburgo afferma che l'istituzione competente per l'autorizzazione a recarsi all'estero è tenuta a «stabilire che tale tempo [ndr di attesa] non superi il periodo accettabile in base ad una valutazione medica oggettiva dei bisogni clinici dell'interessato, alla luce del complesso dei parametri che caratterizzano la sua situazione clinica al momento in cui la domanda di autorizzazione è proposta o, eventualmente, rinnovata».<sup>50</sup> Successivamente, nel caso Petru<sup>51</sup>, la CdG ha colto l'occasione di specificare che la carenza di materiali medici può costituire un motivo valido a qualificare come "irragionevole" il tempo di attesa per accedere ad una cura necessaria per il paziente.

Alla luce dell'interpretazione della CdG sembra che il trattamento di riconversione chirurgica del sesso soddisfi il requisito dell'indebito ritardo: da un lato, la Disforia di genere ha un impatto fortemente negativo sulla salute psico-fisica delle persone transessuali<sup>52</sup>, il quale non può che aumentare al dilatarsi dei tempi di

---

<sup>46</sup> La Direttiva individua nell'art. 114 TFUE la propria base giuridica e, contemporaneamente, alla luce dell'art. 168, par. 1, TFUE, si prefigge ambiziosi obiettivi per il raggiungimento di un alto livello di protezione della salute umana.

<sup>47</sup> Caso Müller-Fauré e van Riet, C-385/99, par. 96.

<sup>48</sup> Il dato è confortato dallo Special Eurobarometer n. 425, secondo il quale per il 53% dei pazienti europei intervistati e disponibili a recarsi all'estero per ottenere un trattamento sanitario, la ragione della mobilità è da individuarsi nella ricerca di una prestazione di migliore qualità.

<sup>49</sup> Caso Watts, C.372/04 in cui la CdG chiarisce che il sistema delle liste d'attesa è lecito in quanto necessario per garantire un assetto allocativo di risorse scarse adeguato in base a criteri di priorità ed urgenza.

<sup>50</sup> *Idem*.

<sup>51</sup> Caso Petru, C-268/13.

<sup>52</sup> Vedi *supra* paragrafo 1.6 ("Gli effetti negativi sulla salute delle persone trans e le lacune del diritto antidiscriminatorio a livello sovranazionale e nazionale").

attesa; dall'altro, le lunghe liste sono dovute soprattutto all'assenza sul territorio nazionale di un numero sufficiente di cliniche specializzate<sup>53</sup>.

Per quanto riguarda il principio di reciprocità, è certamente vero che le operazioni di riattribuzione chirurgica del sesso non rientrano nei LEA, come richiederebbe il D.lgs. n. 38/2004 per l'applicazione della Direttiva, ma è altrettanto vero che secondo il caso Elchinov<sup>54</sup> la previa autorizzazione non può essere negata quando, pur in mancanza di un'espressa indicazione della cura specifica richiesta dal paziente all'interno dell'elenco delle prestazioni garantite, sia possibile accertare «in applicazione dei consueti principi ermeneutici e in seguito ad un esame basato su criteri oggettivi e non discriminatori, prendendo in considerazione tutti gli elementi medici pertinenti e i dati scientifici disponibili, che tale metodo di trattamento corrisponde a tipologie di prestazioni menzionate in detto elenco».

Ciò che ne risulta è la statuizione di un'obbligazione statale a garantire cure adeguate e conformi all'avanzamento tecnologico della scienza medica.<sup>55</sup>

Altra discriminazione in base al reddito si verifica spesso per quanto riguarda i caratteri sessuali secondari. Nell'assenza di un'espressa previsione legislativa questi possono essere modificati senza autorizzazione del giudice, che però diventa necessaria qualora si voglia accedere a queste operazioni chirurgiche a spese del SSN. Alcuni giudici non accordano però l'autorizzazione ritenendo queste operazioni chirurgiche meramente estetiche<sup>56</sup>, mentre, in realtà, «rappresenterebbero dei veri e propri interventi di chirurgia plastico-ricostruttiva intesi, in senso atecnico, quali interventi che incidono sul corpo dell'interessato non al fine di "modificare" esteticamente organi sani, bensì al fine di riparare ciò che la natura, in concreto, ha errato nell'attribuire»<sup>57</sup>.

Sul punto si constata una notevole incertezza anche a livello dell'Unione europea<sup>58</sup>, incertezza che alimenta quella già esistente in tema di mobilità transfrontaliera e del diritto al rimborso delle spese sostenute all'estero da parte del SSN. In particolare non sembrerebbe applicabile la Direttiva 2004/113/CE, che attua il

---

<sup>53</sup> Vedi *supra* paragrafo 2 ("Le problematiche del percorso di transizione verso la propria identità di genere").

<sup>54</sup> Caso Elchinov, C-173-09.

<sup>55</sup> L. BUSATTA, *La cittadinanza della salute nell'Unione Europea: il fenomeno della mobilità transfrontaliera dei pazienti, dalla libera circolazione alla dimensione relazionale dei diritti*, in *DPCE online*, 3, 2015.

Questa linea interpretativa sembra in qualche modo essere avallata dal Tribunale di Treviso che, come riporta N. Posteraro nel già citato saggio "Il diritto alla salute delle persone transessuali e la rettificazione chirurgica del sesso biologico: problemi pratici" (pag. 1093, nota n. 28) e l'ANSA.it nell'articolo "Cambio di sesso in Usa, Usl paga tutto" (Redazione ANSA, Treviso, 17 febbraio 2018), con la sentenza n. 577/2015 ha riconosciuto il diritto di una persona transessuale ad essere rimborsata per le spese sostenute all'estero per l'operazione chirurgica di rettificazione del sesso.

<sup>56</sup> Vedi ad es. Trib. di Ancona, sent. n. 936/2019.

<sup>57</sup> Vedi *supra* nota n. 33, N. POSTERARO, *Il diritto alla salute delle persone transessuali e la rettificazione chirurgica del sesso biologico: problemi pratici*.

<sup>58</sup> La base giuridica che consente l'intervento dell'UE in ambito sanitario è l'art. 168 TFUE, che ne limita la competenza ad una funzione di completamento delle politiche nazionali, al fine di migliorare la sanità pubblica, di prevenire malattie e di eliminare le fonti di pericolo per la salute fisica e mentale.

principio di parità di trattamento tra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso a beni e servizi e la loro fornitura, in quanto fermamente basata su una concezione del sesso binaria: ciò mostra come talvolta sia fallace utilizzare le norme che vietano le discriminazioni in base al sesso per tutelare le persone trans.<sup>59</sup> Infatti la rettifica chirurgica del sesso è un'operazione medico-sanitaria specificamente destinata alle sole persone trans ("trans specific"), di conseguenza la discriminazione nell'accesso ai servizi non è perpetrata in base al sesso del paziente ma esclusivamente in base alla sua identità di genere.

Ad esempio, l'operazione chirurgica per aumentare il seno è spesso ritenuta per le persone trans un'operazione puramente estetica, eppure le donne cisgender a seguito di mastectomia causata da un tumore al seno hanno diritto alla ricostruzione a spese del SSN. Questo porta a chiedersi se le persone transessuali MtF siano comparabili con le donne che hanno subito una mastectomia a causa di tumore al seno, oppure alle donne cisgender che semplicemente desidererebbero un seno più grande, oppure addirittura se tutte le donne abbiano diritto indiscriminatamente a sottoporsi a carico del SSN ad un'operazione chirurgica di aumento del seno.

La disciplina italiana non è sufficientemente chiara sul punto, perché la legge n. 164/1982, così come modificata dal D.lgs. n. 150/2011, si limita a stabilire che «quando risulta necessario un adeguamento dei caratteri sessuali da realizzare mediante trattamento medico-chirurgico, il tribunale lo autorizza con sentenza passata in giudicato»<sup>60</sup>, senza specificare se si stia parlando dei soli caratteri sessuali primari o anche secondari, e quali tra questi ultimi, lasciando di fatto ampia discrezionalità interpretativa ai giudici.

Questo è solo un esempio paradigmatico che evidenzia come alcune problematiche riguardanti le persone trans necessitino di una disciplina ad hoc.<sup>61</sup>

## 2.2 La privacy e l'identità personale

Per la Società italiana di psicoterapia per lo studio delle identità sessuali (Sipsis), l'identità di genere "indica l'identità complessiva della persona, l'insieme dei piani, delle dimensioni e degli aspetti – dal corpo, alla mente, al modo di presentarsi agli altri – con cui la persona si identifica, viene identificata e si fa identificare dagli altri. Si tratta quindi di una realtà a più dimensioni, che non smette di specificarsi e definirsi, dalla nascita all'età adulta e oltre".<sup>62</sup>

---

<sup>59</sup> Vedi *supra* nota n. 11.

<sup>60</sup> D.lgs. n. 150/2011, art. 31, co. 4.

<sup>61</sup> Per altri esempi si veda il già citato saggio (vedi *supra* nota n. 32) di N. POSTERARO, *Transessualismo, rettificazione anagrafica del sesso e necessità dell'intervento chirurgico sui caratteri sessuali primari: riflessioni sui problemi irrisolti alla luce della recente giurisprudenza nazionale*, pag. 18: «Infine, tenuto conto delle evoluzioni, bisognerebbe a) agire a livello legislativo per coordinare legge e realtà concreta, ad esempio assicurando la pienezza di certi altri diritti che, per tradizione, dipendono dall'appartenenza a un determinato sesso anagrafico: colui che, nato femmina, ora anagraficamente uomo, ha mantenuto gli organi sessuali femminili e ha, quindi, poi, procreato, non gode, allo stato, della tutela della maternità, posto che questa risulta essere riservata alle donne anagrafiche, piuttosto che essere costruita come tutela dello stato interessante in quanto tale; b) regolare gli aspetti relativi al doppio cambio di sesso, al fine di evitare che la mancanza di una norma esplicita sul punto possa comportare la messa in forse dei diritti del singolo».

<sup>62</sup> Comitato Nazionale per la Bioetica, "I disturbi della differenziazione sessuale nei minori: aspetti bioetici", 25 febbraio 2010.



Il riconoscimento dell'importanza dell'identità di genere come di una situazione complessa e mutevole ha comportato in Italia un cambiamento di prospettiva per quel che riguarda la possibilità di cambiare genere sui documenti anagrafici. Infatti, negli ultimi anni in seguito alla storica sentenza della Corte Costituzionale n. 221 del 21 Ottobre 2015, le persone trans possono ottenere la rettificazione anagrafica del sesso e del nome sui documenti senza l'obbligo di sottoporsi all'intervento di riattribuzione chirurgica del sesso.<sup>63</sup>

Volendo ripercorrere l'iter della storica sentenza sopra citata si ricorda come la questione veniva sollevata dall'ordinanza n. 288 del Tribunale di Trento datata 20 agosto 2014, la quale sollevava la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 della legge n. 164/1982 (Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso) primo comma, rispetto agli artt. 2, 3 e 32 Cost. e all'art. 117 Cost. in relazione alla violazione dell'art. 8 della CEDU.<sup>64</sup> L'articolo oggetto di censura prevedeva che la rettificazione avvenisse in forza di sentenza del tribunale a seguito di intervenute modificazioni dei caratteri sessuali.<sup>65</sup>

Il caso riguardava una domanda di rettificazione anagrafica avanzata da una persona non sposata e senza figli, intenzionata a ottenere il riconoscimento di una nuova identità maschile.

Il tribunale di Trento si doleva del fatto che la rettificazione anagrafica del sesso, subordinata alla modifica dei caratteri sessuali attraverso l'intervento chirurgico, comportasse un'ingiustificata invasione nella sfera più intima del soggetto, oltre a costituire un grave pericolo per la salute dello stesso.<sup>66</sup>

---

Secondo il CNB la sessualità ha componenti fisiche (somatiche, anatomo-fisiologiche, gonadiche e genetiche) e psichiche. Pertanto l'assegnazione del sesso deve tenere conto degli indici somatici e degli indici psichici.

<sup>63</sup> Prima di tale sentenza era invece necessario un intervento chirurgico. In alcuni Paesi comunitari neppure questo risultava sufficiente per riconoscere la nuova identità: ex case Goodwin vs. United Kingdom: Mr Goodwin, who had undergone gender confirmation surgery, was denied an amended birth certificate showing her preferred female gender. As a result she was unable to access core legal and social benefits in the United Kingdom including retirement guarantees and marriage (vedi *supra* nota n. 11 European network of legal expert in gender equality and non-discrimination). Nella sentenza la Corte di Strasburgo ha dichiarato la violazione dell'art. 8 CEDU (diritto al rispetto della vita privata e familiare) da parte del Governo britannico, ravvisando l'insussistenza di motivi di ordine pubblico tali da impedire il riconoscimento legale della riassegnazione del sesso anagrafico della ricorrente.

Sulla stessa linea si è espressa la CdG nel caso K.B. (causa C-117/01): questa sentenza costituisce un esempio interessante di dialogo tra le Corti di Lussemburgo e Strasburgo. Dapprima nella sentenza Goodwin la Carta dei diritti fondamentali dell'UE è stata utilizzata dalla Corte EDU a sostegno di un'interpretazione evolutiva del novero dei beneficiari del diritto di contrarre matrimonio, e successivamente nella sentenza K.B. l'orientamento Charted oriented della Corte di Strasburgo è stato re-importato nell'ordinamento dell'Unione, in una fase nella quale la Carta non era ancora vincolante e non veniva citata direttamente dalla CdG. Dopodiché alcuni Stati si sono spinti fino alla possibilità di auto-riconoscimento della nuova identità tramite una dichiarazione in cui si afferma il legame stabile con il genere percepito mentre in altri sono attualmente ancora necessari determinanti prerequisiti come il divorzio, atti di medicalizzazione (sterilizzazione, intervento chirurgico, diagnosi medica) o rileva l'età. Si segnala la recentissima approvazione in Ungheria della riforma che stralcia dall'ordinamento giuridico la possibilità di ottenere la modifica del genere sui documenti anagrafici. Il genere è infatti definito come "sesso biologico basato sulla nascita e sul genoma".

<sup>64</sup> C.M. REALE, *Corte costituzionale e transgenderismo: l'irriducibile varietà delle singole situazioni*, in *BioLaw Journal- Rivista di BioDiritto*, n. 1/2016, pag. 287.

<sup>65</sup> «La rettificazione di cui all'articolo 454 del Codice civile si fa anche 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 genitali».

<sup>66</sup> Si è valorizzato, quindi, il dato personale rispetto a quello prettamente biologico, assicurando così la prevalenza di un concetto di salute comprensivo anche della sfera psicologica, escludendo la necessità di interventi chirurgici modificativi e particolarmente invasivi.



Nell'ottica di una valorizzazione della dignità umana<sup>67</sup>, la necessità dell'intervento chirurgico collide con il concetto di salute psicofisica: diritto alla salute da considerarsi come "stabile equilibrio psico-fisico", alla luce di una connotazione personalistica dell'equilibrio in questione<sup>68</sup>

Con la formula "la questione non è fondata nei sensi di cui in motivazione", la Corte emana una sentenza interpretativa di rigetto tracciando una linea di continuità con la propria precedente sentenza in materia.<sup>69</sup>

Secondo la Corte la mancanza del riferimento testuale alle modalità attraverso cui può compiersi il cambiamento di sesso (chirurgiche, ormonali o conseguenti ad una situazione congenita) esclude la necessità del trattamento chirurgico. La Corte statuisce così l'importanza della disposizione impugnata: è l'approdo di quel diritto all'identità di genere<sup>70</sup>, espressione del diritto all'identità personale ampiamente riconosciuto nell'art. 2 della Cost. e nell'art. 8 della CEDU.

Sembrerebbe emergere una sorta di principio di proporzionalità in ambito medico-scientifico: la necessità del trattamento medico-chirurgico si gradua differentemente a seconda dell'esigenza di tutelare il fondamentale diritto alla salute psico-fisica del soggetto. Tale bilanciamento si instaurerebbe tra il diritto all'autodeterminazione personale da un lato e la tutela dell'interesse pubblico alla certezza delle situazioni giuridiche soggettive dall'altro: attorno a tale bilanciamento il giudice costituzionale sembra far ruotare tutto l'asse argomentativo della pronuncia.<sup>71</sup>

Tale impostazione è stata fatta propria anche dalla recente giurisprudenza di legittimità. Nella sentenza del 20 luglio 2015, n. 15138, la Corte di cassazione, sezione prima civile, ha affermato, infatti, che la scelta di sottoporsi alla modificazione chirurgica dei caratteri sessuali non può che essere il risultato di «un processo di autodeterminazione verso l'obiettivo del mutamento di sesso» e che dunque «il ricorso alla chirurgia costituisce solo uno dei possibili percorsi volti all'adeguamento dell'immagine esteriore alla propria identità personale, come percepita dal soggetto»<sup>72</sup>.

---

<sup>67</sup> Sul punto si è espressa la Corte di Giustizia nella sentenza P. c. S. e Cornwall County Council del 30 aprile 1996 (causa C-13/94) in tema di licenziamento operato dal datore di lavoro per cambiamento di sesso del lavoratore, nella quale si ribadisce l'esigenza di tutelare la dignità umana e dunque la necessità di sanzionare una simile discriminazione.

Questa pronuncia è la prima che vede la CdG impegnata con una questione del biodiritto e nella quale si trova un riferimento alla dignità della persona quale diritto tutelato nell'ordinamento europeo.

<sup>68</sup> I. RIVERSA, *Le suggestioni del diritto all'autodeterminazione personale tra identità e diversità di genere. Note a margine di Corte Cost. n. 221 del 2015*, Consulta online 12 aprile 2016.

<sup>69</sup> Corte costituzionale, sent. n. 161/1985.

<sup>70</sup> Identità di genere da non confondersi con il concetto affine di "identità sessuale": mentre per identità sessuale si intende l'attrazione fisica e sentimentale verso un individuo dello stesso sesso o del sesso opposto o verso entrambi i sessi, con l'espressione "identità di genere" si fa riferimento alla corrispondenza tra il sesso percepito nella propria psiche e quello attribuito alla nascita in base ad evidenze morfologiche. La Corte costituzionale con la sentenza n. 161/1985 chiarisce come il diritto al perseguimento dell'identità sessuale costituisca espressione del più generale diritto all'autodeterminazione, in relazione al quale sussiste l'obbligo in capo alla collettività di assicurarne un adeguato rispetto "per dovere di solidarietà sociale". Il concetto di identità di genere è stato ulteriormente chiarito dalla Corte di Cassazione con sentenza n. 15138, che lo ha ritenuto sacrificabile solo nel caso in cui si renda necessario preservare interessi di rilievo superiore (tra questi non possono annoverarsi né l'esigenza di tutela dei rapporti giuridici né la necessaria diversità sessuale nelle relazioni familiari). Sull'esigenza di tutelare il diritto all'identità di genere si è espressa anche la Corte EDU nella sentenza Oliari c. Italia del 21 luglio 2015 in tema di riconoscimento giuridico delle unioni omosessuali.

<sup>71</sup> Vedi *supra* nota n. 65.

<sup>72</sup> L. BUSATTA, *Corte Costituzionale sentenza n. 221/2015: rettifica dell'attribuzione del sesso*, in *BiLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 21 ottobre 2015.

Tale approccio non è di poco conto se si considera che la sopravvenuta incapacità procreativa veniva richiesta come prerequisito essenziale in taluni ordinamenti europei ed è stata sanzionata dal giudice di Strasburgo<sup>73</sup>, nel caso Y.Y. c. Turchia, proprio in ragione dell'intangibilità riconosciuta all'essere umano. Dopo aver ribadito la facoltà per gli Stati membri del Consiglio d'Europa di adottare la disciplina normativa che ritengano più opportuna, la Corte osserva che la scelta operata con l'art. 40 dal Codice civile turco di imporre la procedura di sterilizzazione quale requisito per la successiva rettifica anagrafica non costituisce un'ingerenza statale "necessaria" e giustificata, così violando l'art. 8 CEDU.

Nel 2011 il decreto legislativo del 1° settembre n. 150 abrogava il sistema processuale della legge n. 164/1982 e all'art. 31 rimodellava il rito stabilendo che «con la sentenza che accoglie la domanda di rettificazione di attribuzione di sesso il tribunale ordina all'ufficiale di stato civile del comune dove è stato compilato l'atto di nascita di effettuare la rettificazione nel relativo registro» e che «essa determina lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio celebrato con rito religioso». Per l'evoluzione di tale disposizione, fondamentale è stato il giudizio promosso da una coppia sposata per ottenere la cancellazione dell'annotazione di "cessazione degli effetti civili del loro matrimonio", che l'ufficiale di Stato aveva apposta in calce all'atto di matrimonio contestualmente all'annotazione della rettifica (da maschile a femminile) del sesso del marito. La Corte costituzionale con sentenza 11 giugno 2014 n. 170 ha dichiarato illegittima la normativa che prevede lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio per effetto della registrazione della sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso, senza rendere possibile alla coppia di accedere ad altra forma di convivenza registrata che tuteli i diritti ed obblighi della coppia medesima, con le modalità da statuirsi dal legislatore.<sup>74</sup>

La Corte aveva infatti posto l'attenzione sul pregresso vissuto familiare della coppia, che, sebbene non più tutelabile ai sensi dell'art. 29 Cost., in ragione del carattere eterosessuale dell'istituto matrimoniale, era ugualmente meritevole di tutela come forma stabile di convivenza ai sensi dell'art. 2 Cost.<sup>75</sup>

L'invito della giurisprudenza è stato accolto nel 2016, anno in cui è stata promulgata la Legge 20 maggio 2016 n. 76 che ha istituito le unioni civili fra persone dello stesso sesso.

---

<sup>73</sup> Sentenza Y.Y. c. Turchia del 10 marzo 2015.

La Corte EDU specifica, inoltre, che sussiste un obbligo in capo agli Stati membri del Consiglio d'Europa di garantire il pieno godimento di tutti gli aspetti della vita privata, compreso quello alla realizzazione psicologica della propria identità di genere, a mente dell'art. 8 CEDU (sentenza L. c. Lituania 11 settembre 2007).

<sup>74</sup> Anche la Corte di Cassazione con sentenza n. 8097/2015 si è pronunciata in merito alla prosecuzione della vita coniugale del soggetto sottoposti all'intervento di adeguamento dei caratteri sessuali mantenendo fermo l'orientamento assunto dalla Corte costituzionale.

<sup>75</sup> Ha fatto seguito a tale pronuncia la sentenza n. 8097/2015 della Corte di cassazione, con la quale il giudice è pervenuto ad affermare il mantenimento del vincolo matrimoniale tra soggetti coniugati, impedendo lo svilimento del pregresso vissuto familiare della coppia nelle more dell'intervento del legislatore a disciplina delle unioni tra persone dello stesso sesso.

In definitiva, l'iter giuridico che le persone trans devono seguire per ottenere il cambio di sesso anagrafico e il nome nei documenti senza ricorrere all'intervento chirurgico, è il seguente: si deve, con atto di citazione, richiedere al giudice ordinario civile l'autorizzazione a rettificare il proprio sesso anagraficamente e il cambio del nome, sia nel certificato di nascita, che nel codice fiscale, sulla carta d'identità e sul passaporto.<sup>76</sup> Nel corso del giudizio è necessario dimostrare che vi sia un equilibrio psicofisico del/della richiedente attraverso una Consulenza Tecnica d'Ufficio (CTU) e a volte anche tramite prove testimoniali. Dunque a tal fine, stante l'attuale prassi e normativa, sarà sempre e comunque necessario allegare alla propria domanda giudiziale idonea documentazione medica: solitamente una diagnosi psichiatrica di disforia di genere, nonché relazioni di tipo psicologico o psichiatrico che attestino l'eventuale terapia seguita e la compiutezza del percorso.<sup>77</sup> Il tutto a discapito del rapporto tra medico e paziente che, così improntato, non garantisce quella relazione di fiducia che dovrebbe essergli propria.<sup>78</sup> L'attore che pertanto vedesse rigettata la propria domanda di modifica del sesso, nel caso ritenga illegittima o infondata nel merito la decisione del Tribunale dovrà, a parere di chi scrive, impugnare la decisione e procedere eventualmente fino ad una nuova pronuncia della Corte di Cassazione, al fine di vedere nuovamente chiarito il proprio caso concreto.

Allo stato dell'arte, emerge, dunque, l'insufficienza nell'ordinamento giuridico italiano del solo elemento volontaristico al fine di fondare una pronuncia giudiziale di accoglimento della domanda di rettificazione anagrafica di sesso. Ecco perché una parte della dottrina spinge per un'ulteriore semplificazione dell'iter mediante un cambiamento della natura, da giurisdizionale ad amministrativa, del procedimento di rettificazione anagrafica.<sup>79</sup>

La giurisprudenza di legittimità e quella di merito hanno spesso richiamato nei loro dicta il concetto di identità di genere, facendo espresso riferimento alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, nonché a documenti internazionali e comunitari, nell'intento di sottolineare la mutata concezione del fenomeno del transgenderismo e prendendo atto dell'evoluzione, medica e sociale, nella materia de qua. Tale orientamento si è concretizzato in una semplificazione ad impulso pretorio della procedura di rettificazione anagrafica di sesso.

In particolare, mente nei documenti emanati dalle istituzioni comunitarie il diritto all'identità di genere non appare ben delineato<sup>80</sup>, al contrario la maggior parte dei documenti internazionali prendono esplicita

---

<sup>76</sup> L'instaurazione di un giudizio civile con rito ordinario di cognizione porta a spese legali non indifferenti e a tempi della giustizia troppo lunghi. Le persone trans spesso si rifiutano di esercitare il diritto all'identità di genere in quanto consci che ciò potrebbe rappresentare più un aggravio dello stress emotivo che una soluzione del problema. Prima del 2011 era stato introdotto nell'ordinamento un procedimento camerale ad hoc per disciplinare i giudizi di rettificazione di attribuzione di sesso in quanto si riteneva il più idoneo a soddisfare le note esigenze di accelerazione processuale. Nel 2011, invece, il legislatore ha motivato la scelta del rito ordinario, come si evince dalla Relazione illustrativa del Governo al decreto di modifica, sostenendo la mancanza di elementi che consentissero di ritenere il procedimento de quo connotato da peculiari esigenze di concentrazione processuale, di officiosità dell'istruzione, di semplificazione della trattazione e di istruzione della causa.

<sup>77</sup> P. FIORE, *La modifica del sesso nella legge e nella giurisprudenza italiana*, *Quaderni dei diritti* 2017, par. 2.4, pag. 28.

<sup>78</sup> Vedi *supra* par. 2.1 ("L'accesso alle cure e ai farmaci") in riferimento allo strapotere dell'equipe medica.

<sup>79</sup> Vedi *supra* nota n. 10 sulle indicazioni della FRA.

<sup>80</sup> Vedi *supra* nota n. 24.

posizione rispetto alla questione del mutamento anagrafico del sesso, "invitando", ad esempio, gli Stati membri del Consiglio d'Europa<sup>81</sup> a facilitare tale cambiamento mediante l'abolizione del requisito dell'intervento chirurgico. Il passo decisivo verso l'affermazione del diritto all'identità di genere è stato compiuto dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo. La Corte EDU ha sottolineato come richiedere la sterilità della persona sia presupposto contrario al diritto alla vita privata e familiare, nonché al diritto alla salute, dichiarando perciò l'incompatibilità di tale requisito con la CEDU<sup>82</sup>.

In particolare, nel caso *Garçon e Nicot c. Francia*, la Corte di Strasburgo ha accertato una violazione dell'art. 8 CEDU da parte della Francia per aver quest'ultima subordinato la rettificazione del sesso anagrafico al requisito dell'irreversibilità della trasformazione delle apparenze, inteso come raggiungimento di una condizione di sterilità derivante da intervento chirurgico o trattamento medico. All'origine della decisione vi sono tre ricorsi, presentati a A.P., Émile Garçon e Stéphane Nicot, donne transgender, e vertenti sulle condizioni previste dall'ordinamento francese per l'ottenimento della rettificazione di nome e sesso. La Corte rileva l'applicabilità dell'art. 8 CEDU: la nozione di vita privata è da intendere in senso ampio, atta a includere e proteggere anche l'identità di genere della persona, come emerge anche da precedenti pronunce (tra cui la sopra citata fondamentale sentenza *Y.Y. c. Turchia*).<sup>83</sup>

Entrambe le sentenze affermano che il diritto all'autodeterminazione di ciascun individuo implica la necessità di riconoscere l'appartenenza al genere opposto rispetto a quello di elezione della persona transessuale: a quest'ultima sono riconosciuti dall'art. 8 CEDU sia il diritto alla realizzazione personale sia quello all'integrità fisica.

### **3. La realtà carceraria italiana: un esempio paradigmatico di stigma sulla popolazione trans e di influenza positiva del diritto internazionale e sovranazionale**

*«Io sono qui per scontare una pena, non per ricordarmi ogni giorno che prima ero un uomo»*

---

<sup>81</sup> Risoluzione n. 2048 del 2015 dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa in cui si parla di una vera e propria emergenza, vissuta dalle persone trans, a vedersi riconosciuta la propria identità di genere senza ricorrere ad interventi di medicalizzazione coatta. Tali preoccupazioni erano già state espresse nel 2013 all'interno del Rapporto del Relatore speciale delle Nazioni Unite in cui la sterilizzazione forzata viene annoverata tra i trattamenti disumani e degradanti (A/HRC/22/53, Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment). Sempre a livello internazionale, degni di menzione sono i "Principi di Yogyakarta" adottati per la protezione delle persone trans in occasione del Congresso internazionale tenutosi all'Università Gadjah Mada a Yogyakarta (Indonesia) nel novembre 2006. Tali interventi scontano tuttavia il limite della loro efficacia giuridica, essendo contenuti in documenti sforniti di valore normativo (si tratta cioè di fonti di soft law non giuridicamente vincolanti).

<sup>82</sup> Cedu 10 marzo 2015 ricorso n. 14793/08 (*Y.Y. c. Turchia*) e CEDU 6 aprile 2017 (*Garçon e Nicot c. Francia*).

<sup>83</sup> C.M. REALE, *Corte Europea dei Diritti dell'Uomo - A.P., Garçon e Nicot v. Francia: rettificazione del genere*, in *BioLaw Journal - Rivista di Biodiritto*, 6 aprile 2017.

Nell'ambito di un approccio HiAP personalizzazione e socializzazione sarebbero i cardini che dovrebbero orientare l'azione dei pubblici poteri per raggiungere soprattutto le categorie più esposte al rischio verso un'idea di salute intesa come benessere delle persone. Le categorie più esposte sono intese come quelle particolarmente svantaggiate dal punto di vista fisico, psichico o economico rispetto ad un adeguato livello di soddisfazione dei determinanti, sociali ed economici, della salute. Se la situazione detentiva è già limitativa di una serie di libertà, per il detenuto trans la situazione è doppiamente restrittiva rispetto agli altri individui e ciò è fonte di gravi discriminazioni: si può parlare di una "doppia reclusione" delle persone transgeneri.<sup>84</sup> I problemi ricadono principalmente sulla difficoltà ad ottenere gli ormoni necessari per il loro benessere fisico e, oltre alla difficoltà di richiesta e somministrazione, si aggiunge il fatto che le spese (spesso ingenti) sono a carico del singolo. I soggetti trans nella maggior parte dei casi vengono incarcerati per reati legati alla tossicodipendenza e allo sfruttamento della prostituzione, cioè illeciti da cui traggono un ritorno economico che consente loro di pagare le spese necessarie per cambiare il sesso.<sup>85</sup> Il SSN ha materialmente tolto dai LEA (Livelli Essenziali di Assistenza) ogni indicazione alla gratuita prescrizione di ormoni per le persone transgender con l'effetto di avere in molti casi anche vietato la prescrizione a pagamento.

In base all'art. 1 dell'ordinamento penitenziario si dovrebbe prospettare un "trattamento individualizzato" del detenuto che sia improntato ad assoluta imparzialità e non discriminazione ed inoltre in base all'art. 13 o.p. si impone la corrispondenza del trattamento sanitario ai particolari bisogni della personalità di ciascun detenuto. Ma la situazione che si verifica concretamente è ben diversa. Termine esemplificativo di tale condizione è quello di "salute reclusa": la realtà, infatti, restituisce frequenti casi di omissioni di cure e attività di prevenzione con scostamento dalle previsioni normative.<sup>86</sup> Spesso si assiste ad un diniego di somministrazione di ormoni in quanto risulta difficile riconoscere cure proprie di un sesso a persone che anagraficamente ne appartengono ad un altro. Le difficoltà aumentano se si considera che una delibera dell'Agenzia del Farmaco (AIFA) ha imposto come necessaria la prescrizione della terapia ormonale da parte di uno specialista e non più di un medico generico.<sup>87</sup> In aggiunta una ulteriore determinazione l'AIFA ha previsto la possibilità di prescrizione di ormoni maschili/femminili solo indirizzati al sesso anagrafico di riferimento.

*«Senza ormoni si assiste ad un abbruttimento del proprio corpo, ci si lascia andare, subentra la depressione, l'impossibilità di realizzarsi»*

*Porpora Marcasciano, presidente del Movimento Identità Transessuale (MIT)*

---

<sup>84</sup> A. LORENZETTI, "Carceri e transessualità: la doppia reclusione delle persone transgeneri in Genius", anno IV numero I, luglio 2017.

<sup>85</sup> A. GADALETA, S. LUPO, S. IRIANNI, "Le dimensioni dell'affettività", Ministero della Giustizia, pag. 70.

<sup>86</sup> Vedi *supra* nota n. 44.

<sup>87</sup> Delibera n. 1327/2015.

Sebbene in alcune strutture la spesa venga imputata al SSN, il costo della somministrazione grava di norma sulla persona detenuta. L'ordinamento penitenziario all'art. 18 o.p. prevede l'esonero dalle spese sanitarie (pagamento ticket) durante tutto il periodo della detenzione. Dunque, potrebbe ritenersi che la somministrazione di ormoni alle persone trans possa essere garantita a titolo gratuito. Ma in assenza di una normativa nazionale che disciplini l'erogazione e di una espressa previsione nei Livelli Essenziali di Assistenza (LEA) solitamente ciò non avviene. Eccezionale in tal senso è stata l'ordinanza del 13 luglio 2011 (Tribunale di Spoleto, Ufficio di Sorveglianza) che ha riconosciuto un vero e proprio diritto a proseguire il percorso ormonale a carico del SSN posto che si trattava di terapie ricollegabili al diritto soggettivo alla salute. Il DAP affermava che “pur non essendo la terapia per i disturbi di genere espressamente contemplata nei LEA si ritiene che l'interruzione improvvisa della stessa possa causare gravi danni alla salute psicofisica della persona, oltre ad essere foriera di disturbi del comportamento della stessa, che potrebbero comportare conseguenze per l'ordine e la sicurezza dell'istituto”. Alcune regioni (Toscana, Liguria, Emilia-Romagna) hanno avviato un'intesa con i Ministeri di riferimento al fine di garantire il trattamento ormonale gratuito. L'Associazione Antigone ritiene importante effettuare un lavoro di screening al fine di individuare quelle regioni che diano la maggiore copertura sanitaria ovvero che prevedano l'inserimento delle terapie ormonali, del supporto psicologico nella fase della transizione e delle visite specialistiche endocrinologiche tra i LEA, o che prevedano che tali cure vengano fornite in regime di esenzione alle persone detenute.

Altra problematica si riscontra nell'accesso all'intervento di riconversione chirurgica nel sesso percepito. Infatti, se la persona viene reclusa nell'imminenza dell'avvio del percorso di rettificazione vi è da supporre che soltanto con grandi difficoltà potrebbe essere garantito il pieno accesso all'assistenza sanitaria. E questo in contrasto con quanto affermato dall'ordinamento penitenziario in base al quale l'erogazione di servizi sanitari per le persone detenute è prevista “alla pari dei cittadini in stato di libertà” e viene inoltre riconosciuto all'art. 11 o.p. un servizio medico e farmaceutico adeguato alle esigenze di prevenzione, profilassi e cura. Si pensi ancora alla difficoltà di effettuare l'intervento quando la persona abbia già ottenuto la sentenza di autorizzazione a sottoporsi all'intervento ma sia stata reclusa prima di poterlo effettuare. In base all'art. 147 1° comma o.p. è previsto il rinvio facoltativo della pena nei confronti di chi si trova in condizione di grave infermità fisica. Sorgono spontanee alcune domande: la persona può interrompere il periodo detentivo per sottoporsi all'operazione chirurgica? o bisogna aspettare la fine del periodo della pena?

Tali problematiche e il non tener in considerazione i bisogni del detenuto trans mostrano, come fa notare Anna Lorenzetti, che il carcere da luogo “di riconciliazione del diritto” diventa una zona di sospensione dello Stato di diritto in cui le persone vengono “spogliate” della loro libertà.<sup>88</sup>

Va ribadita l'esigenza di garantire alla persona trans la tutela dei diritti soprattutto in un contesto dove già tali libertà sono limitate e inoltre va respinta l'idea che l'espiazione della pena sia aggravata in ragione di una condizione personale del detenuto.

Nell'ottica di uno stigma interpersonale, la personalità dell'individuo trans (tutelata dall'art. 2 Cost.) è ostacolata all'interno della realtà carceraria perché spesso nei suoi confronti si indirizzano atti di violenza, di derisione, di abuso che evidenziano come la sua condizione di vita sia ben lontana da quella auspicata nel concetto di solidarietà costituzionale. Messa in discussione è proprio l'identità di tali soggetti, che non riescono ad esprimersi, libertà che anzi viene costantemente limitata. Ciò si evidenzia se si considera il comma 4 dell'art. 1 o.p. che dispone che “I detenuti e internati sono chiamati o indicati con il loro nome”. Tale nome fa riferimento alla condizione anagrafica che riconduce il soggetto o al genere maschile o a quello femminile sulla base delle risultanze anagrafiche. Ma la persona trans sente come propria un'identità diversa da quella esteriore e il non riconoscimento della stessa, da parte della comunità carceraria come guardie e altri detenuti, è fonte per lui di grave disagio.

Le particolari caratteristiche personologiche dei detenuti trans suggeriscono l'opportunità di attuare nei loro confronti particolari cautele ed accorgimenti. È lo stesso articolo 27 comma 1 del regolamento esecutivo penitenziario a stabilire che “l'osservazione scientifica è diretta all'accertamento dei bisogni di ciascun soggetto connessi alle eventuali carenze fisio-psichiche, affettive, educative e sociali.”.

In tema di stigma individuale, è inevitabile l'aumento esponenziale del “minority stress” delle persone trans in carcere, che si vedono assegnare a sezioni particolari della struttura penitenziaria in base ai dati anagrafici “con situazioni paradossali e dubbie sotto il profilo del rispetto della dignità”.<sup>89</sup>

Laddove infatti sussiste, anche solo per esigenze organizzative, una separazione sulla base del sesso (documenti anagrafici) si è posti di fronte all'incapacità di riconoscere rilievo all'identità di genere.<sup>90</sup> È la stessa normativa a prevedere tale sistema di separazione (come recita l'art. 14 comma 5 o.p.) e anche le Regole penitenziarie europee prevedono che la reclusione avvenga in istituti o in sezioni separate per uomini e donne.

Inoltre, in alcune realtà penitenziarie, si è consolidata la prassi di accogliere in sezioni apposite detenuti che avrebbero potuto facilmente subire minacce o violenze da parte degli altri: le persone trans vengono dunque

---

<sup>88</sup> Vedi *supra* nota n. 44.

<sup>89</sup> W. CITTI, P. FIORE, A. LORENZETTI, F. SANDRI, G. VIGGIANI, *La condizione transessuale: profili giuridici, tutela antidiscriminatoria e buone pratiche*, in *Quaderni dei diritti* 2017, punto 4.5, pag. 57.

<sup>90</sup> The Committee against Torture has also addressed the position of trans communities noting the vulnerability of trans women who are inappropriately housed in male prisons. (vedi *supra* nota n. 10 European network of legal expert in gender equality and non.discrimination).

fatte rientrare nella categoria dei *sex offenders* (ossia coloro che hanno compiuto violenze sessuali o delitti di pedofilia) oppure ai reparti degli ex appartenenti alle forze dell'ordine e così via. La divisione dello spazio ambientale fra i detenuti trans rispetto agli altri non sempre è una possibile garanzia di benessere: il rischio è quello di sfociare in fenomeni di ghettizzazione. Non si tratta solo di una limitazione dell'identità ma degli effetti che tale isolamento provoca e che si riflettono direttamente sulla salute: lo sfociare in situazioni di depressione, ansia, turbamento sino a spingere il soggetto verso l'idea di suicidio.

Come ricordato all'inizio di questa trattazione, dal combinato disposto degli artt. 9 e 32 Cost. si estrapola il valore primario e assoluto della tutela dell'ambiente, inteso ai fini di questa trattazione come di un diritto all'ambiente salubre.

Ancora una volta si nota come la condizione in cui è posto l'individuo influenza le sue condizioni di salute e sia l'effetto di quello che può essere definito stigma strutturale. La diversità del soggetto trans, già poco compresa all'interno della società, sfocia in totale mancanza di empatia all'interno del carcere. Realtà carceraria intesa come ambiente di vita in un contesto dove l'individuo sembra quasi costretto a dover scontare due pene: l'una in base ai crimini compiuti l'altra per la sua identità di genere.

Tutte le modalità di detenzione oggi applicate risultano discriminatorie se si considerano gli spazi di movimento, le ore di aria concesse, l'accesso alla scolarizzazione, alla formazione, alla attività lavorativa, alle attività sportive dei detenuti trans rispetto agli altri.

Mauro Palma, Garante nazionale per le persone private della libertà, nel tredicesimo rapporto dell'Associazione Antigone si riferisce proprio al fatto che talvolta le sezioni specializzate creano un discrimine rispetto al trattamento effettuato verso gli altri detenuti. Riferendosi in tal caso agli omosessuali afferma che "Sebbene l'obiettivo sia tenerli al riparo da omofobia e violenze in questo modo i detenuti vengono però esclusi dalle attività di rieducazione e dalla vita detentiva quotidiana creando di fatto una situazione di isolamento ingiustificata, quando invece la protezione da garantire agli omosessuali detenuti che la richiedono espressamente non deve minimamente diminuire la loro partecipazione alla vita detentiva quotidiana e ai percorsi trattamentali".

A tal proposito era stato avviato un progetto apposito riguardo alla situazione detentiva delle persone trans: il progetto era stato pensato tra il 2008 e il 2010, poi arenatosi. La motivazione del Ministero della Giustizia supportante il diniego alla sua realizzazione fu che nel mondo penitenziario non poteva essere ammissibile il riconoscimento di una identità altra. Il progetto avrebbe previsto corsi di formazione per il personale di custodia, possibilità ricreative per le persone recluse e cure ormonali libere all'interno della casa circondariale di Pozzale (Empoli). Pur se la finalità di tale progetto era stata orientata a quella di proteggere l'interesse



dell'individuo trans si riconosceva il rischio di una possibile ghettizzazione oltre al fatto che la destinazione a tale istituto avrebbe significato l'espiazione di una pena in un luogo spesso distante dalla propria residenza. In alcune strutture (ad esempio Belluno, Bollate, San Vittore, Rebibbia, Rimini ma anche il CIE di Milano) si sono previste delle sezioni riservate per le persone trans. Queste iniziative si sono basate sull'art. 32 D.P.R. 30 giugno 2000 n. 230 ("Regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà") che 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".

Il dubbio che persiste è se queste misure siano realmente prese con l'obiettivo di tutelare la persona o quanto più per esigenze organizzative.

Inoltre, in base alla circolare D.A.P. n. 5000422 del maggio 2001 le persone trans vengono collocate nelle sezioni protette in quanto «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».

A tale quadro già problematico, si aggiunge la condizione di sovraffollamento carcerario che si traduce in un aggravio ulteriore per la persona trans che si trova a dover condividere spazi assai ristretti con persone di genere opposto a quello percepito.

Anche una serie di documenti internazionali impone di trattare le persone recluse nel rispetto della dignità e vieta discriminazioni fondate sulla propria condizione personale. Così la Convenzione per i diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali; la Risoluzione ONU del 30 agosto 1955 (recante Regole minime per il trattamento dei detenuti); il Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici 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 e Corte Edu Labita c. Italia). Viene così affermato che «gli Stati devono verificare la compatibilità delle condizioni detentive con il rispetto della dignità umana, nonché la garanzia della salute e del benessere assicurando che le modalità di esecuzione della misura non pongano l'internato ad un disagio o ad una prova d'intensità superiore all'inevitabile livello di sofferenza che la detenzione arreca». <sup>91</sup>

Simili garanzie sono radicate nella normativa interna e sovranazionale e dovrebbero essere dotate di effettività. Dovrebbero pertanto essere seguiti anche i criteri fissati nei protocolli come lo Standard of Care del WPATH (World Professional Association for Transgender Health). Una delle funzioni principali della WPATH è quella di promuovere il più alto livello di standard di cure individuali attraverso gli Standard di cura (SOC) per la Salute delle Persone Transessuali, Transgender e di Genere non-conforme.

L'attuale impegno dell'Italia nel contrasto alle discriminazioni basate sull'orientamento sessuale e sull'identità di genere è rappresentato inoltre dall'adesione al progetto sperimentale proposto dal Consiglio

---

<sup>91</sup> Vedi *supra* nota n. 44.

d'Europa per l'attuazione e l'implementazione della Raccomandazione del Comitato dei Ministri CM/REC (2010)5.<sup>92</sup>

#### 4. Conclusione

La condizione socio-giuridica delle persone trans in Italia è in definitiva, come si è avuto modo di dimostrare, fortemente svilita sotto numerosi punti di vista. Interessante risulta, però, notare come, in tutte le questioni analizzate a sfondo prettamente biogiuridico, centrale sia il ruolo del diritto internazionale e sovranazionale. A fronte di un importante attivismo del Consiglio d'Europa e della Corte EDU, si è più volte rilevato una certa inerzia a livello dell'Unione Europea. Tuttavia, si deve osservare come l'identità di genere, alla stregua dell'orientamento sessuale<sup>93</sup>, è uno di quei rari campi in cui il biodiritto europeo riesce ad intaccare l'ordinamento giuridico nazionale non tanto, o non solo<sup>94</sup>, in base all'elemento statico delle competenze, ma soprattutto in base all'elemento dinamico, ragionando a partire dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE per quanto riguarda il diritto antidiscriminatorio e il diritto alla salute. Infatti, se da una parte il diritto antidiscriminatorio dell'UE, come si è visto, presenta ancora importanti lacune, è altresì vero che la CdG si è confrontata più volte con il tema delle implicazioni giuridiche ad esempio della riassegnazione chirurgica del sesso.<sup>95</sup> Questo è, quindi, uno dei pochi ambiti in cui la giurisprudenza della CdG «ben evidenzia la possibilità che essa si confronti con temi e questioni del biodiritto che non potrebbero, allo stato attuale delle competenze dell'Unione, formare oggetto di un intervento da parte del legislatore europeo»<sup>96</sup>.

I diritti fondamentali garantiti dalla Carta di Nizza tagliano trasversalmente tutte le competenze attribuite all'UE, che devono quindi essere esercitate nel loro rispetto da parte delle istituzioni europee, nonché degli Stati membri quando attuano il diritto dell'Unione. «Le esigenze della protezione dei diritti fondamentali si intrecciano quindi con le dinamiche di interazione tra diritto dell'Unione e questioni bioetiche [...], determinandone, [...] una intensificazione della frequenza, della portata e degli effetti»<sup>97</sup>.

---

<sup>92</sup> La strategia Nazionale LGBT è un documento prodotto dal Dipartimento per le Pari Opportunità e da UNAR (Ufficio Nazionale contro le discriminazioni razziali) per fornire misure e azioni concrete per la prevenzione e il contrasto delle discriminazioni basate sull'orientamento sessuale e sull'identità di genere.

<sup>93</sup> Caso Léger (C-528/13).

<sup>94</sup> Vedi *supra* paragrafo 2.1 sulla mobilità transfrontaliera dei pazienti.

<sup>95</sup> Caso P. c. S. e Cornwall County Council (C-13/94). Caso K.B. (C-117/01).

<sup>96</sup> N. LAZZARINI, *Il contributo della Corte di Giustizia alla formazione, di un biodiritto europeo attraverso i diritti fondamentali*, *BioLaw Journal - Rivista di Biodiritto*, Special Issue 2/2019.

<sup>97</sup> *Idem*.