

## **Identità di genere e procedimento penale: questioni problematiche**

*Prof. Lucio Camaldo – Università degli Studi di Milano*

*Milano, 28 gennaio 2016*

Nell'ambito del procedimento penale, il tema dell'identità di genere può assumere rilevanza con riferimento ad alcune attività svolte, nella fase delle indagini preliminari, dall'autorità giudiziaria o dalla polizia giudiziaria.

In particolare, si può fare riferimento ai mezzi di ricerca della prova, consistenti nelle ispezioni e nelle perquisizioni personali.

### **Ispezione personale (art. 245 c.p.p.)**

1. Prima di procedere all'ispezione personale l'interessato è avvertito della facoltà di farsi assistere da persona di fiducia, purché questa sia prontamente reperibile e idonea a norma dell'articolo 120.

2. L'ispezione è eseguita nel rispetto della dignità e, nei limiti del possibile, del pudore di chi vi è sottoposto.

3. L'ispezione può essere eseguita anche per mezzo di un medico. In questo caso l'autorità giudiziaria può astenersi dall'assistere alle operazioni.

### **Perquisizioni personali (art. 249 c.p.p.)**

1. Prima di procedere alla perquisizione personale è consegnata una copia del decreto all'interessato, con l'avviso della facoltà di farsi assistere da persona di fiducia, purché questa sia prontamente reperibile e idonea a norma dell'articolo 120.

2. La perquisizione è eseguita nel rispetto della dignità e, nei limiti del possibile, del pudore di chi vi è sottoposto.

### **Esecuzione di perquisizioni e ispezioni personali (art. 79 disp. att. c.p.p.)**

1. Le perquisizioni e le ispezioni personali sono fatte eseguire da persona dello stesso sesso di quella che vi è sottoposta, salvi i casi di impossibilità o di urgenza assoluta.

2. La disposizione del comma 1 non si applica quando le operazioni sono eseguite da persona esercente la professione sanitaria.

\*\*\*\*\*

## ***Alcune riflessioni***

### Elementi comuni a ispezioni e perquisizioni personali:

1) avvertimento all'interessato della facoltà di farsi assistere da **persona di fiducia**, purché prontamente reperibile e idonea secondo i canoni dell'art. 120 c.p.p.

- La “persona di fiducia” svolge un ruolo di assistenza e sostegno morale, diversamente dall'assistenza tecnico-giuridica fornita dal difensore.
- “Prontamente reperibile”: si deve considerare un lasso di tempo ragionevole (a discrezione dell'autorità procedente) per consentire la presenza della persona di fiducia, tenuto conto dei tempi tecnici per rintracciarla e per permetterle di raggiungere il luogo dell'ispezione o della perquisizione. Il superamento di questi tempi ragionevoli esclude il diritto all'assistenza, perché comprometterebbe la proficuità dell'atto.
- Persona “idonea” ad assumere il ruolo di testimone ad atti del procedimento (art. 120 c.p.p.), per l'eventualità che tale soggetto sia chiamato successivamente a deporre nel processo sulle attività a cui ha assistito.

Secondo l'art. 120 c.p.p. non possono intervenire come testimoni ad atti del procedimento:

- a) i minori degli anni quattordici e le persone palesemente affette da infermità di mente o in stato di manifesta ubriachezza o intossicazione da sostanze stupefacenti o psicotrope. La capacità si presume sino a prova contraria;
- b) le persone sottoposte a misure di sicurezza detentive o a misure di prevenzione.

2) esigenza che l'ispezione o la perquisizione venga eseguita nel **rispetto della dignità** e, se possibile, del **pudore** della persona.

Secondo alcuni autori si tratta di un dualismo apparente (dignità e pudore) perché la violazione del pudore si ripercuote inevitabilmente sulla dignità della persona.

Qualche perplessità suscita la previsione di una tutela “assoluta” della dignità e, invece, di una tutela soltanto “relativa” del pudore (che deriverebbe dall'espressione normativa “*se possibile*”).

Alcuni esempi di lesione della dignità della persona durante un'ispezione o una perquisizione personale:

- Corte europea dei diritti umani, 22.02.2007, Wieser c. Austria (pubblicata in *Dir. pen. proc.*, 2007, n. 4, p. 552): violazione dell'art. 3 CEDU poiché la polizia aveva operato una perquisizione personale spingendo il soggetto passivo a terra, ammanettandolo, denudandolo alla ricerca di armi, quindi rivestendolo e

buttandolo nuovamente al suolo, ove era stato mantenuto forzosamente con un ginocchio contro il collo. La perquisizione si è concretizzata in un trattamento ingiustificato, inumano e degradante.

- Cass., Sez. I, 4.02.2004, Zagaria (pubblicata in *Cass. pen.*, 2004, p. 4217, m. 527): il pieno rispetto della dignità della persona è il limite posto dall'art. 34 ord. penit. alla perquisizione personale del detenuto. Ne consegue l'illegittimità del provvedimento dell'amministrazione penitenziaria che aveva disposto ispezione e perquisizione del detenuto mediante denudamento totale.

#### Con riferimento soltanto all'ispezione:

- l'ispezione deve essere eseguita personalmente ad opera dell'autorità giudiziaria ovvero può essere eseguita anche per mezzo di un **medico**: ad esempio quando è necessario accertare l'esistenza di lesioni personali o di malattie.

Secondo alcuni autori, si può ricorrere al medico anche quando è necessario rispettare il *pudore* della persona interessata.

Quando interviene il medico, l'autorità giudiziaria può astenersi dall'assistere allo svolgimento delle operazioni.

Secondo alcuni autori, l'autorità giudiziaria avrebbe il dovere (e non la mera facoltà) di astenersi quando l'atto incida sulla dignità e sul pudore, a meno che vi siano serie ragioni che richiedano la presenza del magistrato.

#### Con riferimento all'esecuzione di perquisizioni e ispezioni personali (art. 79 disp. att. c.p.p.):

Regola: le perquisizioni e le ispezioni sono fatte eseguire da "**persona dello stesso sesso**" di quella che vi è sottoposta.

Deroghe:

1) "impossibilità o urgenza assoluta": è ammissibile la perquisizione o l'ispezione personale ad opera di un soggetto di sesso diverso dal soggetto passivo soltanto in ipotesi di impossibilità di trovare, in un ragionevole lasso di tempo, una persona dello stesso sesso, oppure in caso di perentoria indifferibilità dell'esecuzione delle operazioni (decreto motivato);

2) se le operazioni vengono eseguite da un "esercitante la professione sanitaria", quest'ultimo non deve essere necessariamente dello stesso sesso della persona sottoposta alle operazioni, poiché la sua qualifica professionale è garanzia sufficiente di un'attività idonea a tutelare la dignità e il pudore della persona sottoposta a perquisizione o ispezione.

Nel caso di dubbi sull'identità sessuale del perquisendo, la soluzione corretta sembra essere quella di rimettersi alle indicazioni fornite dallo stesso soggetto passivo sul sesso di chi dovrà effettuare la perquisizione.

In ogni caso, le attività investigative non devono dar luogo a fenomeni discriminatori fondati sull'*omofobia*. A tale riguardo risulta di particolare importanza la Risoluzione del Parlamento europeo sull'omofobia in Europa, approvata il 18 gennaio 2006 (consultabile anche in [www.europarl.europa.eu/sides/get.Doc.do](http://www.europarl.europa.eu/sides/get.Doc.do)).

Secondo l'atto europeo, considerando che l'omofobia deve essere definita come una paura o un'avversione irrazionale nei confronti dell'omosessualità e di persone gay, lesbiche, bisessuali e transessuali (GLBT), basata sul pregiudizio e analoga al razzismo, alla xenofobia, all'antisemitismo e al sessismo, deve essere condannata con forza ogni discriminazione fondata sull'orientamento sessuale.

Ne deriva, pertanto, che la necessità di evitare *ogni forma di discriminazione* deve essere il canone che deve guidare l'operatore nello svolgimento delle sue attività investigative.

### **Per curiosità: cosa accade in Ontario?**

Una donna transessuale viene sottoposta a perquisizione corporale da parte di un poliziotto maschio, anche se aveva chiesto di essere perquisita da una donna. La polizia giustifica l'accaduto dicendo che la perquisizione andava affidata a un uomo perché la persona perquisita non aveva ancora effettuato l'operazione di cambiamento di sesso. Il Tribunale dell'Ontario per i Diritti Umani ha stabilito che, in situazioni di questo tipo, alla persona sottoposta alla perquisizione devono essere date tre alternative: perquisizione eseguita soltanto da un agente maschio, soltanto da un agente femmina, oppure da una coppia di agenti, maschio e femmina.