

## DELLA CASTRAZIONE DI UN DIRITTO

### La proibizione della sessualità in carcere come problema di legalità costituzionale

di *Andrea Pugiotto\**

SOMMARIO: 1. Un diritto castrato. – 2. Anomia, indulgente narrazione, situazione di stallo. – 3. Un operante dispositivo proibizionista. – 3.1. Il parere negativo del Consiglio di Stato sulla proposta regolamentare Corleone-Margara. – 3.2. Il monito della sentenza costituzionale n. 301/2012. – 3.3. Un dato empirico di sicura capacità dimostrativa. – 3.4. Il principio della sorveglianza continua sul detenuto. – 3.5. Il permesso-premio come (apparente) eccezione alla regola. – 3.6. I cc.dd. matrimoni bianchi in carcere come sineddoche normativa. – 4. Strappi costituzionali. – 4.1. Violazione del principio di legalità delle pene (art. 25, comma 2, Cost.). – 4.2. Violazione della libertà di disporre del proprio corpo (art. 13, comma 1, Cost.). – 4.3. Violazione del diritto alla salute, individuale e collettivo (art. 32, commi 1 e 2, Cost.). – 4.4. Violazione della dignità personale del detenuto (art. 2 Cost.). – 5. Un illegittimo ostacolo alla risocializzazione (in violazione dell'art. 27, comma 3, Cost.). – 5.1. La dimensione bilaterale della pena e le sue conseguenze giuridicamente rilevanti. – 5.2. Regressione infantile e onanismo adolescenziale. – 5.3. La torsione della pena in penitenza. – 6. Il ritorno della pena corporale (in violazione dell'art. 27, comma 3, Cost.). – 6.1. La privazione della sessualità come parte integrante del contenuto giuridico della pena. – 6.2. Da pena a inumano castigo. – 7. Fattibilità e indicazioni di metodo. – 8. Prevedibili obiezioni polemiche. – 9. Un passo costituzionalmente necessitato, in tre mosse. – 9.1. Il deposito in Senato di un disegno di legge d'iniziativa popolare. – 9.2. Dieci, cento, mille reclami giurisdizionali *ex art. 35-bis o.p.* – 9.3. Una *quaestio* mirata ad ottenere dalla Corte costituzionale una sentenza additiva di principio. – 9.4. Il ruolo trainante della popolazione detenuta.

#### 1. Un diritto castrato.

Il binomio affettività-carcere stringe a tenaglia un problema intorno al quale è inutile circumnavigare: la possibilità di mantenere dietro le sbarre una relazione amorosa che non sia amputata della propria dimensione sessuale. Problema incandescente, perciò da sempre rimosso nonostante la reiterata richiesta dei detenuti ad avere in carcere, in condizioni di intimità, incontri con persone con le quali intrattengono un rapporto di affetto<sup>1</sup>. È un desiderio legittimo. È anche un diritto?

---

\* Professore ordinario di Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Ferrara.

<sup>1</sup> Il riferimento è, ad esempio, ai due convegni promossi presso la Casa di reclusione di Padova, rispettivamente il 10 maggio 2002 (*Carcere: salviamo gli affetti*) e il 1 dicembre 2014 (*Per qualche metro e un po' di amore in più*).

Fuori dal nostro cortile di casa, certamente sì. Albania, Austria, Belgio, Croazia, Danimarca, Francia, Finlandia, Germania, Norvegia, Olanda, Spagna, Svezia, Svizzera, taluni Paesi dell’Europa dell’est – solo per rimanere in ambito continentale – sono tra gli Stati ove è prevista la possibilità di usufruire di appositi spazi penitenziari all’interno dei quali, sottratti al controllo visivo del personale di custodia, il detenuto può trascorrere diverse ore in compagnia del proprio *partner*<sup>2</sup>. Il riconoscimento di un vero e proprio diritto soggettivo all’affettività-sessualità inframuraria è anche l’approdo auspicato da atti sovranazionali in materia penitenziaria: originariamente ignorato<sup>3</sup>, il problema emerge nelle Raccomandazioni del Consiglio d’Europa del 1997<sup>4</sup> ed è oggetto di precise linee guida in quelle approvate nel 2006<sup>5</sup>. Ma già il Parlamento europeo nel 2004<sup>6</sup> annoverava tra i diritti da riconoscersi ai detenuti quello ad «una vita affettiva e sessuale, attraverso la predisposizione di misure e luoghi appositi». Nel tempo, dunque, le fonti europee hanno progressivamente riconosciuto come la tutela dei rapporti familiari necessiti della possibilità di relazioni intime inframurarie (*conjugal visits*)<sup>7</sup>.

---

Del più recente si possono fruire i lavori in audio-video grazie al sito di Radio Radicale (<https://www.radioradicale.it/scheda/427506/per-qualche-metro-e-un-po-di-amore-in-piu>).

Del primo sono stati pubblicati gli atti *on line*, fruibili nel sito di *Ristretti Orizzonti* (<http://www.ristretti.it/convegni/affettivita/atti/index.htm>). Vedi, altresì, la raccolta di testimonianze a cura di RISTRETTI ORIZZONTI, *L’amore a tempo di galera*, Associazione il Granello di Senape, Padova, 2004 ed *ivi*, alle pp. 246-247, il testo della proposta di legge n. 3020, d’iniziativa dell’on. Boato e altri, frutto della prima giornata di studio padovana.

<sup>2</sup> L’illustrazione – Stato per Stato – delle differenti modalità atte a riconoscere un pieno diritto a relazioni sessuali inframurarie si può leggere ora in S. TALINI, *L’affettività ristretta*, in M. RUOTOLO-S. TALINI (a cura di), *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, Napoli, 2017, pp. 224-227, ma già in precedenza in P. BALBO, *Sesso e carcere*, in G. GULLOTTA-S. PEZZATI (a cura di), *Sessualità, diritto e processo*, Milano 2002, p. 86 ss.

<sup>3</sup> Cfr. Risoluzione ONU, 30 agosto 1955, *Regole minime per il trattamento dei detenuti*. Se ne faceva forte chi, in dottrina, mostrava evidente contrarietà a relazioni affettivo-sessuali intramurarie: G. VELOTTI, *Il problema sessuale nelle carceri*, in *Rass. St. Penit.*, 1974, pp. 285-286.

<sup>4</sup> Art. 6, Raccomandazione n. 1340(1997) dell’Assemblea generale del Consiglio d’Europa, sugli effetti sociali e familiari della detenzione.

<sup>5</sup> Regola n. 24.4, Raccomandazione n. R(2006)2 del Comitato dei Ministri agli Stati membri del Consiglio d’Europa, sulle regole penitenziarie europee.

<sup>6</sup> Art. 1, lett. c, Raccomandazione n. 2003/2188(INI) sui diritti dei detenuti nell’Unione Europea.

<sup>7</sup> Per una illustrazione di tali atti sovranazionali si rimanda a M. E. SALERNO, *Affettività e sessualità nell’esecuzione penale: diritti fondamentali dei detenuti? L’atteggiamento italiano su una questione controversa*, in *Giur. Pen Web*, 2017, n. 1, pp. 8-9, che fa

Dunque, si può fare. Anche da noi? La risposta è negativa: i detenuti in Italia possono amare solo platonicamente. Dietro le nostre sbarre si assiste alla «innaturale rimozione della sessualità di corpi giovani e meno giovani, ma sempre sottoposti ad astinenze sessuali forzate per lunghi anni, spesso decenni, a volte per sempre»<sup>8</sup>. Una sessualità estirpata<sup>9</sup>, che rappresenta «uno dei limiti più evidenti della nostra, peraltro avanzata, legislazione penitenziaria»<sup>10</sup>.

È necessario inoltrarsi lungo questo terreno accidentato. Andrà trivellato in profondità, come si fa con i carotaggi, per portare in superficie quello che – come vedremo – è un vero e proprio diritto costituzionalmente fondato eppure castrato dal nostro ordinamento penitenziario. Ci si dovrà, infine, ingegnare su come superare questo illegittimo stato di cose, a rimedio della (più che prevedibile) riluttanza del legislatore a cambiarlo. Ma proseguiamo con ordine.

## 2. Anomia, indulgente narrazione, situazione di stallo.

La sessualità è l'unico aspetto della vita intramuraria del detenuto che non è fatto oggetto di alcuna esplicita disciplina, legislativa o regolamentare: «non esiste norma [...] che tratti questo argomento»<sup>11</sup>. Questo è il dato di partenza.

---

riferimento anche alle “Regole di Bangkok”, adottate dall’Assemblea Generale dell’ONU il 21 dicembre 2010.

<sup>8</sup> S. LO GIUDICE, *Sesso e affetti in carcere: ne vogliamo parlare?*, in [www.huffingtonpost.it](http://www.huffingtonpost.it), 4 dicembre 2014.

<sup>9</sup> «Quintali di maschi inutili, ammuccinati a irrancidire» (M. TORCHIO, *Cattivi*, Torino, 2015, p. 79). Ovviamente, il problema è anche femminile, ed in tale ambito manda in cortocircuito il rapporto tra sessualità e identità di genere, tra controllo del ciclo riproduttivo e desiderio di maternità: «anche per questo l’espressione della femminilità in carcere appare preclusa persino in modo più netto rispetto all’espressione della virilità» (L. RE, *La sessualità rimossa nelle carceri italiane*, in *l’Altro Diritto Onlus*, p. 1). In tema cfr. E. CAMPELLI-F. FACCIOLI-V. GIORDANO-T. PITCH, *Donne in carcere. Ricerca sulla detenzione femminile in Italia*, Milano, 1992; L. RAVASI BELLOCCHIO, *Sogni senza sbarre. Storie di donne in carcere*, Milano, 2005; S. RONCONI-G. ZUFFA, *Recluse. Lo sguardo della differenza femminile sul carcere*, Roma, 2014.

Ulteriori problematiche – che esulano dall’economia del presente scritto – si pongono in riferimento alle esigenze affettive e sessuali dei detenuti *transgender*: ne offrono una panoramica, a partire da un’esperienza penitenziaria indagata sul campo, A. DIAS VIEIRA-S. CIUFFOLETTI, *Reparto D: un tertium genus di detenzione? Case-study sull’incarceramento di persone transgender nel carcere di Sollicciano*, in *Rass. Penit. e Crim.*, 2015, n. 1, p. 159 ss.

<sup>10</sup> C. RENOLDI, *Il diritto all’affettività delle persone detenute: la parola alla Corte costituzionale*, in *Quest. Giust.*, 2012, n. 4, p. 215.

<sup>11</sup> A. RICCI-G. SALIERNO, *Il carcere in Italia. Inchiesta sui carcerati, i carcerieri e l’ideologia carceraria*, Einaudi, Torino, 1972, 207. A conferma di quanto già detto in

Su tale anomia si è sedimentata un’indulgente narrazione. La si può così sintetizzare: l’ordinamento penitenziario (legge n. 354 del 1975) favorisce il diritto del detenuto alla relazione affettiva con l’altro, in primo luogo con i propri familiari. L’area entro cui tale diritto si esercita è molto ampia: va dalla corrispondenza epistolare alle telefonate, dai colloqui periodici o per motivi speciali alle visite negli spazi di socialità entro gli istituti penitenziari, dai permessi di necessità alle forme di assistenza alla famiglia del detenuto, fino alla preferenza per una detenzione in un istituto di pena territorialmente prossimo alla residenza familiare. In occasione di visite e colloqui, elementari e inderogabili ragioni di sicurezza rendono però obbligatorio il controllo a vista da parte degli agenti di custodia (art. 18, comma 2). Inevitabilmente sacrificato, il diritto alla sessualità del detenuto trova comunque soddisfacente compensazione attraverso la misura extramuraria dei permessi premio (art. 30-ter) e, secondo il principio di progressività del trattamento, nelle altre misure alternative alla pena detentiva. Il legislatore avrebbe così operato un bilanciamento tra beni contrapposti, trovando un punto di equilibrio costituzionalmente apprezzabile.

Tale bilanciamento legislativo trova in sé le ragioni per autopertuarsi giuridicamente, salvo che la legge – e soltanto la legge – non intervenga a ricalibrarlo. Infatti, impedisce all’amministrazione penitenziaria soluzioni regolamentari o prassi più avanzate, frenate dal rispetto del principio di legalità<sup>12</sup>. Non consente margini di manovra per interpretazioni giurisprudenziali evolutive o adeguatrici, in ragione della formulazione inequivoca dell’art. 18, comma 2, e della frammentarietà del quadro normativo vigente in materia<sup>13</sup>. Preclude interventi manipolativi della Corte costituzionale, paralizzata dal doveroso rispetto della discrezionalità legislativa<sup>14</sup>. Quella stessa ampia discrezionalità che la Corte di Strasburgo riconosce in materia agli Stati parte, escludendo che gli artt. 8§1 e 12 della CEDU impongano di normare la possibilità di rapporti sessuali intramurari<sup>15</sup>.

---

apertura (*supra*, §1), il silenzio normativo sulla *sessualità* in carcere, e la preferenza mimetica ed esorcizzante per la parola *affettività* (che echeggia, ad esempio, agli artt. 7 e 30-ter dell’ordinamento penitenziario e negli artt. 27 e 94 del suo regolamento di esecuzione) rivelano sul piano semantico quanto il problema sia oggetto di rimozione (così F. CERAUDO, *La sessualità in carcere. Aspetti ambientali, psicologici e comportamentali*, in A. SOFRI-F. CERAUDO, *Ferri battuti*, Pisa, 1999, p. 70).

<sup>12</sup> Lo dimostra la vicenda della (mancata) introduzione per via regolamentare dei cc.dd. permessi d’amore in carcere: vedi, *infra*, §3.5.

<sup>13</sup> Vedi, *infra*, §3.4.

<sup>14</sup> Come testimonia la sentenza n. 301/2012: vedi, *infra*, §3.2 e §9.2.

<sup>15</sup> Cfr. Corte EDU, 4 dicembre 2007, *Dickson c. Regno Unito* (ric. n. 44362/04), §81; Corte EDU, 29 luglio 2003, *Aliev c. Ucraina* (ric. n. 41220/08), §§188-189; Commissione EDU, 22 ottobre 1997, *E.L.H. e P.B.H. c. Regno Unito* (ric. n. 32095/96, n. 32568/96), §4. Non mancano, in tema, raccomandazioni egualmente orientate del Comitato per la prevenzione

È una di quelle «situazioni di stallo»<sup>16</sup>, non infrequenti in ambito penitenziario, capaci di misurare – mettendola alla prova come certi *stress-test* – la reale dinamica interna all’ordinamento carcerario.

### 3. Un operante dispositivo proibizionista.

Questa indulgente narrazione va revocata in dubbio perché occulta l’autentico dato ordinamentale con il quale è necessario misurarsi. Nel momento in cui il silenzio della legge n. 354 del 1975 trova la sua traduzione concreta, si rivela per ciò che realmente è: non tanto una «carezza dell’ordinamento carcerario»<sup>17</sup>, né una «sorta di zona grigia»<sup>18</sup>, né un’implicita «scelta negazionista» da parte del legislatore<sup>19</sup>. C’è ben altro. L’apparente anomia in tema di diritto alla sessualità intramuraria cela, in realtà, un *operante dispositivo proibizionista*.

Infatti, ciò che conferisce al precetto legislativo il suo effettivo valore nella vita giuridica è la sua applicazione, se è vero – come è vero – che le norme sono non quali appaiono formulate in astratto, ma quali sono applicate nella quotidiana opera del giudice e dell’amministrazione, intesa a renderle concrete ed efficaci<sup>20</sup>.

---

della tortura e i trattamenti inumani e degradanti: cfr. A. MARTUFI, *Diritti dei detenuti e spazio penitenziario europeo*, Napoli, 2015, p. 106, nota 193.

<sup>16</sup> Cfr. A. DI MARTINO, “Rivoltarsi nella feccia di Romolo”. *Lessico di legge, situazioni di stallo, aporie del “trattamento”*, in *Dir. Pen. Cont.*, 19 giugno 2015, p. 4.

<sup>17</sup> Come argomenta la difesa erariale nel processo costituzionale poi risolto con sentenza n. 301/2012 (cfr. *ritenuto in fatto*, punto 2). Di «assenza di un esplicito riconoscimento» parla A. PIROZZOLI, *I diritti dei detenuti nell’ordinamento penitenziario italiano*, in *Rass. Parlam.*, 2012, p. 503; specularmente, C. BRUNETTI, *Il diritto all’affettività per le persone recluse*, in *Rass. Penit.*, 2008, p. 116, sottolinea la mancanza di un espresso divieto normativo.

<sup>18</sup> F. FIORENTIN, *Detenzione e tutela dell’affettività dopo la sentenza costituzionale n. 301 del 2012*, in *Giur. Merito*, 2013, p. 978. Lo stesso Autore, altrove, nega un qualche problema di compatibilità costituzionale in assenza di «espliciti divieti» legislativi (ID., *Affettività e sessualità in carcere: luci ed ombre di una pronuncia che rimanda al difficile dialogo con il legislatore*, in *Giur. Cost.*, 2012, p. 4730).

<sup>19</sup> Così il Magistrato di Sorveglianza di Firenze nel suo atto di promovimento alla Corte costituzionale (ord. 23 aprile 2012, est. Fiorillo, pubblicata in *Quest. Giust.*, 2012, n. 4, p. 221 ss.) in sintonia con un ampio segmento dottrinale: A. MARTUFI, *Diritti dei detenuti*, cit., p. 105; G.M. NAPOLI, *Salute, affettività, libertà di corrispondere e comunicare. I diritti fondamentali alla prova del carcere*, Torino, 2014, e-book, Cap. III, §1.2; A. PENNISI, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, Torino, 2002, p. 175; M. E. SALERNO, *Affettività e sessualità*, cit., p. 13; S. TALINI, *Famiglia e carcere*, Relazione al Convegno annuale dell’Associazione “Gruppo di Pisa” (Catania, 7-8 giugno 2013), *La famiglia davanti ai suoi giudici*, in [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it), p. 3.

<sup>20</sup> Così, fin dagli esordi della propria giurisprudenza, la Corte costituzionale nella sua sentenza n. 3/1956. È questa la logica di fondo della nota teoria del c.d. diritto vivente,

Analogamente, l’ordinamento penitenziario, che nulla dice nelle sue disposizioni circa il diritto alla sessualità inframuraria del detenuto (anomia), opera concretamente come se ne prevedesse il divieto (norma vivente). Non lo ignora semplicemente. Né lo nega soltanto. Proibendolo, lo reprime. È agevole dimostrarlo, attingendo a una pletera di argomenti.

### **3.1. Il parere negativo del Consiglio di Stato sulla proposta regolamentare Corleone-Margara.**

Il primo elemento di prova emerge da una corretta interpretazione del parere negativo, espresso dal Consiglio di Stato<sup>21</sup>, sul progetto governativo dell’attuale regolamento di esecuzione dell’ordinamento penitenziario (d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230), laddove introduceva una particolare tipologia di permesso intramurario, attribuito alla competenza del direttore dell’istituto di pena, concedibile se la pena detentiva superava i sei mesi, in numero complessivamente non superiore a dodici volte in un anno.

Nelle intenzioni dei proponenti<sup>22</sup>, si prevedeva la possibilità per detenuti e internati di trascorrere con i propri familiari fino a ventiquattr’ore consecutive in apposite unità abitative, da realizzare all’interno dell’istituto penitenziario, sottoposte ad una sorveglianza esterna da parte degli agenti di polizia penitenziaria, legittimati ad

---

elaborata da T. ASCARELLI, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell’interpretazione*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1957, p. 351 ss., nel tempo affermatasi e sviluppata per opera del Giudice delle leggi: cfr., almeno, A. ANZON, *La Corte costituzionale e il «diritto vivente»*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, I, Padova, 1985, p. 1 ss.; V. MARINELLI, *Studi sul diritto vivente*, Napoli, 2008; C. MEZZANOTTE, *La Corte costituzionale: esperienze e prospettive*, in AA.VV., *Attualità e attuazione della Costituzione*, Laterza, Bari, 1979, p. 149 ss.; L. MENGONI, *Diritto vivente*, in *Jus*, 1988, p. 14 ss.; M.R. MORELLI, *Il «diritto vivente» nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Giust. Civ.*, 1995, II, p. 169 ss.; A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e “diritto vivente”. Genesi, uso, implicazioni*, Milano, 1994; G. ZAGREBELSKY, *La dottrina del diritto vivente*, in *Giur. Cost.*, 1986, I, p. 1148 ss., nonché – in chiave comparatistica – A.S. BRUNO, M CAVINO (a cura di), *Esperienze di diritto vivente. La giurisprudenza negli ordinamenti di diritto legislativo*, voll. I e II, Milano, 2009 e 2011.

<sup>21</sup> Sezione consultiva, ad. 17 maggio 2000, n. 61.

<sup>22</sup> L’impulso alla riforma venne dall’allora Sottosegretario alla Giustizia, Franco Corleone, e dall’allora Capo del DAP, Alessandro Margara: cfr. F. CORLEONE *La Giustizia come metafora*, Edizioni Menabò, Ortona (Ch), 2001, pp. 100-102. Per le ragioni a supporto della proposta, esposte da Margara in audizione parlamentare (Camera dei deputati, 11 marzo 1999) cfr. C. BRUNETTI, *Il diritto all’affettività*, cit., p. 118; per la relativa relazione illustrativa cfr. A. PULVIRENTI, *Diritti del detenuto e libertà sessuale*, in *Annali del Seminario giuridico*, Università di Catania, 2001, I, pp. 212-214.



effettuare verifiche e controlli al loro interno solo in situazioni di comprovata emergenza.

Com'è noto, la soluzione normativa venne stralciata dal regolamento poi emanato perché ritenuta *contra legem*: secondo il Consiglio di Stato, infatti, simili scelte presuppongono il «contemperamento tra i diritti più intimi della persona da un lato e la configurazione di fondo del trattamento penitenziario dall'altro» e, dunque, postulano «il responsabile intervento del legislatore, al quale solo spetta il potere di adeguare sul punto una normativa penitenziaria che sembra diversamente orientata»<sup>23</sup>.

Non interessa qui testare la persuasività di tale strategia argomentativa<sup>24</sup>, semmai mettere in luce il significato di fondo dell'intera vicenda: comunemente ricostruita come un episodio di eccesso di potere regolamentare, testimonia piuttosto l'esistenza di un implicito divieto normativo di rango primario che proibisce qualsiasi autorizzazione a rapporti sessuali inframurari. Come volevasi dimostrare.

### 3.2. Il monito della sentenza costituzionale n. 301/2012.

È stato detto che, con il citato parere del Consiglio di Stato, la sentenza costituzionale n. 301/2012 converge su un punto essenziale: «la previsione dei cc.dd. “permessi d'amore” in carcere non può che scaturire da una scelta parlamentare»<sup>25</sup>. Vedremo più avanti se e quanto ciò corrisponda al vero<sup>26</sup>. Fin d'ora va messa a valore, invece, la portata monitoria della pronuncia della

<sup>23</sup> A tale argomentazione, la Sezione consultiva di Palazzo Spada aggiungeva anche il «forte divario fra il modello trattamentale teorico» prospettato e l'inadeguatezza del «carcere reale»: cfr. C. BRUNETTI, *Il diritto all'affettività*, cit., p. 118.

Il parere contrario del Consiglio di Stato è ripercorso anche da P. CANEVELLI, *Emanato il regolamento dell'ordinamento penitenziario. Il commento*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2000, pp. 1321-1322.

<sup>24</sup> Ne dubita, ad esempio, G.M. NAPOLI, *Salute, affettività*, cit., Cap. III, §3.2, sull'assunto che lo schema di regolamento proposto introducesse una normativa *praeter legem*, non incompatibile con l'art. 18, comma 2, o.p., che «disciplina solamente l'istituto dei colloqui visivi e non anche tutte le altre possibili tipologie di controllo diretto e personale tra il detenuto e i familiari».

Si può anche aggiungere – a supporto – che la soluzione patrocinata da Corleone e Margara trovava il suo aggancio legislativo nell'art. 28 della legge n. 354 del 1975, rubricato «*rapporti con la famiglia*», a tenore del quale «particolare cura è dedicata a mantenere, migliorare o ristabilire relazioni dei detenuti e degli internati con le famiglie»: tale previsione – a un tempo generica e dinamica – ben poteva giustificare in sede di attuazione-integrazione la norma regolamentare in esame.

<sup>25</sup> S. TALINI, *Diritto inviolabile o interesse cedevole? Affettività e sessualità dietro le sbarre* (secondo la sentenza n. 301 del 2012), in *Studium Iuris*, 2013, p. 1092.

<sup>26</sup> Vedi, *infra*, §9.3.

Consulta, in ciò spintasi ben oltre il parere consultivo di Palazzo Spada: da essa, infatti, si ricava un altro elemento di prova circa l’operatività dietro le sbarre di un vero e proprio dispositivo proibizionista.

Secondo i giudici costituzionali, «permettere alle persone sottoposte a restrizione della libertà personale di continuare ad avere relazioni affettive intime, anche a carattere sessuale» rappresenta «una esigenza reale e fortemente avvertita», la quale «trova attualmente, nel nostro ordinamento, una risposta solo parziale» nell’istituto dei permessi premio. Trattasi, dunque, di «un problema che merita ogni attenzione da parte del legislatore», in linea con le convergenti indicazioni provenienti da atti sovranazionali e dall’esperienza comparatistica, confortate dai relativi apprezzamenti più volte espressi nella giurisprudenza della Corte EDU<sup>27</sup>.

Un simile monito scavalca la mera sollecitazione rivolta al legislatore affinché superi le proprie pigrizie e le proprie reticenze. Riconosce, infatti, il diritto alla sessualità inframuraria come «in sé non incompatibile con lo stato di reclusione»<sup>28</sup>, annoverandolo così tra quei residui di libertà personale di cui il detenuto resta comunque titolare<sup>29</sup>. Mostra, poi, di considerare la risoluzione alla persistente lacuna normativa come «non semplice ma doverosa»<sup>30</sup>, impegnandosi a tracciarne le linee-guida<sup>31</sup>. Soprattutto, certifica l’insufficienza del dato normativo vigente che, collocando in una dimensione esclusivamente extramuraria la risposta ad un bisogno primario, finisce per negarlo a quella larga parte della popolazione carceraria cui *de jure* o *de facto* è preclusa la fruizione dei permessi premio<sup>32</sup>. Se si considera, infine, che sarebbe stato agevole fermarsi all’inammissibilità della *quaestio*<sup>33</sup>, è facile dedurre la volontà del Giudice delle leggi di non sprecare

<sup>27</sup> Considerato in diritto, punto 3.

<sup>28</sup> M. RUOTOLO, *Tra integrazione e maieutica: Corte costituzionale e diritti dei detenuti*, in *Rivista AIC*, 6 agosto 2016, p. 30.

<sup>29</sup> «La sanzione detentiva non può comportare una totale ed assoluta privazione della libertà della persona; ne costituisce certo una grave limitazione, ma non la soppressione. Chi si trova in stato di detenzione, pur privato della maggior parte della sua libertà, ne conserva sempre un residuo, che è tanto più prezioso in quanto costituisce l’ultimo ambito nel quale può espandersi la sua personalità individuale»: così la sent. n. 394/1993 che, sul punto, ricalca pressoché alla lettera le parole di un’autorevole dottrina penalistica (cfr. P. NUVOLONE, *Esecuzione della pena detentiva e diritti dell’individuo*, in *Indice Pen.*, 1973, p. 19).

<sup>30</sup> F. FIORENTIN, *Detenzione e tutela dell’affettività*, cit., 975.

<sup>31</sup> Vedi, *infra*, §7.

<sup>32</sup> Ciò in ragione dei presupposti, soggettivi e oggettivi, richiesti dalla legge n. 354 del 1975 per poterne beneficiare: vedi, *infra*, §3.5.

<sup>33</sup> Già evidente in sede di commento del relativo atto di promovimento, al netto della pregevole argomentazione di merito: cfr. C. RENOLDI, *Il diritto all’affettività*, cit., p. 215 ss.; S. TALINI, *Un diritto “sommerso”: la questione dell’affettività in carcere approda alla*



l’occasione per allertare tutti: proibire il diritto alla sessualità tra le mura del carcere – avverte la Corte – pone un serio problema di spessore costituzionale.

### 3.3. Un dato empirico di sicura capacità dimostrativa.

C’è poi un dato empirico, apparentemente semplicistico ma di sicura capacità dimostrativa: dal 1975 ad oggi *mai* l’amministrazione penitenziaria o la magistratura di sorveglianza ha autorizzato un qualunque detenuto in un qualsiasi istituto penitenziario ad avere relazioni sessuali con il proprio *partner*.

Ciò in ragione di un orientamento giurisprudenziale che riduce la castrazione del diritto in un mero pregiudizio di fatto, come tale giuridicamente non apprezzabile. Secondo la Cassazione, infatti, «il vigente ordinamento penitenziario esclude, per i detenuti, la facoltà di rapporti sessuali, anche tra persone unite in matrimonio, nel carcere; tale esclusione è una conseguenza diretta della privazione della libertà personale, propria della reclusione e, pertanto, il nostro ordinamento giuridico non attribuisce al condannato in espiazione della pena inflittagli, il potere di contrastare, in tale suo stato, la detta limitazione opponendo un diritto civico della sua personalità privata, in contrapposizione alla privazione della libertà personale»<sup>34</sup>.

In linea con tale insegnamento è anche l’accidentato epilogo del “caso Cutolo”<sup>35</sup> con la sua richiesta di paternità, alla fine riconosciuta ma esclusivamente attraverso l’autorizzato prelievo di liquido seminale e soltanto perché la moglie – affetta da una patologia prevista dalla legge n. 40 del 2004 – poteva accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita<sup>36</sup>.

La morale è presto tratta: l’operante dispositivo proibizionista non ammette eccezioni di sorta e dimostra, ad oggi, tutta la sua resilienza.

### 3.4. Il principio della sorveglianza continua sul detenuto.

---

*Corte costituzionale*, in *Forumcostituzionale.it*, 18 ottobre 2012, p. 1 ss. Sul punto, più analiticamente, vedi, *infra*, §9.2 e §9.3.

<sup>34</sup> Cass. Pen., sez. I, 10 aprile-22 giugno 1992, n. 1553, *Ponti*, in *Mass. Cass. Pen.*, 1992, n. 11, p. 66 (il corsivo è mio).

<sup>35</sup> La vicenda è nota ed è ripercorsa, nelle sue tappe giurisdizionali, da C. BRUNETTI, *Il diritto all’affettività*, *cit.*, pp. 111-113.

<sup>36</sup> Cass. Pen. Sez. I, sent. 30 gennaio 2008, n. 7791. Sulla problematica relazione tra stato di detenzione e accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita cfr. G.M. NAPOLI, *Salute, affettività*, *cit.*, Cap. III, §3.2; S. Talini, *L’affettività ristretta*, *cit.*, p. 209.

L’architrave dell’operante dispositivo proibizionista della sessualità inframuraria è individuabile, senza dubbio, nel principio di sorveglianza continua sul detenuto, declinato nella regola inderogabile del suo controllo visivo, sia durante i colloqui sia durante le visite familiari. Sul punto la legge n. 354 del 1975 è inequivoca: «i colloqui si svolgono in appositi locali, sotto il controllo a vista e non auditivo del personale di custodia» (art. 18, comma 2). Il principio è poi confermato da diverse norme regolamentari che con la citata disposizione legislativa si trovano in un rapporto di connessione logica<sup>37</sup>.

La *ratio* del principio di sorveglianza continua sul detenuto è intuibile. Va correlata a ragioni generali di sicurezza sociale, ordine pubblico e prevenzione dei reati, dentro e fuori le mura del carcere. Opera inoltre a garanzia del diritto di ogni detenuto a svolgere il colloquio all’interno di spazi comuni dove siano assicurate adeguate condizioni di ordine e tranquillità. Inevitabile, però, è il suo effetto inibitorio, dato che in tutte le modalità di incontro regolate dall’ordinamento penitenziario diventa concretamente impossibile «assicurare la riservatezza indispensabile a mantenere e sviluppare relazioni familiari quanto più normali e, *a fortiori*, a consentire al detenuto di avere rapporti intimi con il proprio *partner*»<sup>38</sup>.

Dunque, i corpi carcerati sono inesorabilmente esposti alla vista dei carcerieri, né possono evitare di essere sottoposti allo sguardo altrui. Uno sguardo che li accompagna dovunque e in ogni momento del giorno, che li attraversa da parte a parte, anche durante le azioni fisiologicamente più intime<sup>39</sup>. Non conosce intermittenza, né eclissi, né pause, né interruzioni. Sempre vigile, tutto vede. L’incapacità del detenuto di sottrarsi a questo ineliminabile controllo molto ci racconta della proibizione sessuale inframuraria. Un corpo perennemente guardato, infatti, non appartiene più soltanto a chi lo abita. Fatto oggetto di continua e forzata esibizione, vive l’apparente paradosso di essere un corpo sempre “nudo” pur non potendo mai essere realmente nudo. E poiché «l’erotizzazione del corpo necessita

<sup>37</sup> Il riferimento è agli artt. 37 comma 5 (relativo ai colloqui) e 61 (relativo alle visite) del d.P.R. n. 230 del 2000. Anche la c.d. Carta dei diritti e dei doveri dei detenuti e degli internati (d.m. 5 dicembre 2012, attuativo del d.P.R. 5 giugno 2012, n. 136) ribadisce che i colloqui si svolgono «in appositi locali senza mezzi divisorii e sotto il controllo visivo e non auditivo del personale di polizia penitenziaria».

<sup>38</sup> G.M. NAPOLI, *Salute, affettività, cit.*, Cap. III, §3.2.

<sup>39</sup> «Al bagno la accompagna una guardia [...]. La porta non ha chiave. Si tira giù i pantaloni, il peso sui polpacci, la schiena piegata in avanti, le dita alla maniglia per tenersi in equilibrio. D’improvviso una paura si arrampica per la spina dorsale. Deve rivestirsi, subito, la guardia è dietro la porta, la guardia può aprire, è nel suo diritto, aprire, e vederla spogliata, è un suo diritto umiliarla, la chiave non esiste, in galera chiunque può vederti pisciare. Milena vuole rivestirsi subito ma non può arrestare la pipì, il tempo passato con il culo nudo a mezz’aria è lunghissimo, la inonda una vergogna piena, sazia, familiare, la sua certezza quasi consola» (R. POSTORINO, *Il corpo docile*, Torino, 2013, p. 225).

la sua velatura»<sup>40</sup>, ha cioè bisogno di non essere visto ossessivamente e ripetitivamente, semmai di essere celato agli occhi dell’altro, la vita sessuale che occasionalmente e clandestinamente si consuma all’interno di un carcere non può che ricalcare le forme della pornografia: «qui dentro l’amore è un atto osceno», testimonia – non a caso – il detenuto intervistato<sup>41</sup>.

### 3.5. Il permesso-premio come (apparente) eccezione alla regola.

Apparentemente l’istituto dei permessi-premio rappresenta l’eccezione alla regola che qui si intende invece dimostrare: esso, in realtà, ci dice che solo in una dimensione extramuraria può trovare soddisfazione il diritto alla sessualità del detenuto, non anche in carcere. L’operatività di un dispositivo proibizionista intramurario, dunque, ne esce confermata appieno, nel momento in cui la soluzione al problema si esaurisce dentro «eventuali parentesi extrapenitenziarie»<sup>42</sup>.

D’altra parte, è la stessa cronistoria legislativa di tale beneficio penitenziario a testimoniare la volontà parlamentare di non garantire a tutti i detenuti il diritto alla sessualità o, comunque, di ostacolarne il possibile esercizio. Basta saperla ripercorrere, quella storia. A cominciare dal disegno di legge di riforma dell’ordinamento penitenziario, approvato in Senato il 18 dicembre 1973, che prevedeva la possibilità per i detenuti «di usufruire di permessi speciali della durata di cinque giorni al fine di mantenere le loro relazioni umane»: misura poi soppressa alla Camera ed infine esclusa dal testo finale della legge n. 354 del 1975<sup>43</sup>. Per poi

<sup>40</sup> M. RECALCATI, *I tabù del mondo. Figure e miti del senso del limite e della sua violazione*, Einaudi, Torino, 2017, p. 94. È facile a capirsi: in un corpo continuamente esibito non può esserci erotismo «perché esso si può affermare solo quando il nudo è colto attraverso l’abito, intravisto, svelato, denudato» (ID., *Contro il sacrificio. Al di là del fantasma sacrificale*, Milano, 2017, p. 28). Dunque, solo un corpo *non visto* può essere realmente nudo.

<sup>41</sup> Cfr. G. BOLINO-A. DE DEO, *Il sesso nelle carceri italiane. Inchiesta e documenti*, Milano, 1970, p. 25.

<sup>42</sup> A. PULVIRENTI, *Diritti del detenuto*, cit., p. 172.

<sup>43</sup> Sarà la legge 10 ottobre 1986, n. 633 (c.d. Gozzini) a riconoscere gli attuali permessi premio, introducendo l’art. 30-ter nell’ordinamento penitenziario. Sulla mancata previsione dei permessi speciali cfr. E. BERNARDI, *I colloqui del detenuto fra Costituzione italiana e Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in *Giur. It.*, 1983, IV, p. 349; E. DI SOMMA, *L’affettività in carcere*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 1997, p. 866, G. DI GENNARO-M. BONOMO-R. BREDI, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, Milano, 1977, p. 172 ss.; A. PENNISI, *Diritti del detenuto*, cit., p. 170. Ha ragione E. FORTUNA, *Il sesso nel carcere italiano e la condizione giuridica del detenuto*, in *Giur. Merito*, 1976, IV, p. 75, a chiosare quella vicenda come «una decisione motivata da una precisa scelta di politica-legislativa che lasciava e lascia integre la natura e la gravità del problema che si dovrà presto o tardi inevitabilmente affrontare».

proseguire con il tentativo giurisprudenziale di veicolare le esigenze affettivo-sessuali del detenuto tra i «gravi e accertati motivi» cui l’art. 30 dell’ordinamento penitenziario subordinava il c.d. permesso di necessità: opzione interpretativa fatta propria da taluni giudici di sorveglianza, stroncata per via legislativa attraverso la modifica in senso restrittivo delle condizioni per la concessione del beneficio<sup>44</sup>.

Oggi, attraverso l’istituto dei permessi premio concedibili «per consentire di coltivare interessi *affettivi*, culturali o di lavoro»<sup>45</sup>, il problema della sessualità extramuraria dei detenuti trova una soluzione dall’«evidente carattere residuale»<sup>46</sup>, principalmente in ragione della ridotta platea dei possibili beneficiari. *De jure*, non possono usufruirne i detenuti in attesa di giudizio né i definitivi socialmente pericolosi o in regime di 4-*bis* o di 41-*bis*; quanto ai recidivi vi sono ammessi a condizioni particolarmente selettive<sup>47</sup>. *De facto*, ne risultano esclusi i ristretti che sono privi di risorse socio-familiari o abitative esterne (come, ad esempio, la più larga parte dei detenuti stranieri) come anche coloro che non hanno tenuto regolare condotta<sup>48</sup>, giacché nessuno ne beneficia in automatico ma solo su decisione discrezionale del magistrato di sorveglianza, previo parere del direttore del carcere<sup>49</sup>.

Il risultato finale è che «la quota restante dei detenuti, astrattamente, ammissibili, ne fruisce in misura senz’altro minoritaria»<sup>50</sup>, dopo molti anni di detenzione<sup>51</sup> e per

<sup>44</sup> La controriforma interviene con legge 20 luglio 1977, n. 450, che introduce i criteri della «eccezionalità» del permesso e solo per eventi familiari di «particolare gravità». Tutta la vicenda è raccontata, minuto per minuto, da I. CAPPELLI, *Il carcere controriformato*, in Magistratura Democratica (a cura di), *Il carcere dopo le riforme*, Milano, 1979, pp. 16-22.

<sup>45</sup> Art. 30-*ter*, comma 1, legge n. 354 del 1975.

<sup>46</sup> S. TALINI, *Diritto inviolabile*, cit., p. 1090.

<sup>47</sup> *Ex art. 7*, legge 5 dicembre 2005, n. 251 (c.d. Cirielli).

<sup>48</sup> Ai sensi dell’art. 30-*ter*, comma 8, «La condotta dei condannati si considera regolare quando i soggetti, durante la detenzione, hanno manifestato costante senso di responsabilità e correttezza nel comportamento personale, nelle attività organizzate negli istituti e nelle eventuali attività lavorative o culturali».

<sup>49</sup> Siamo, dunque, in presenza di un beneficio premiale che è parte integrante del programma di trattamento del condannato, dalla natura risocializzante e special-preventiva (A. PENNISI, *Diritti del detenuto*, cit., p. 171; A. PULVIRENTI, *Diritti del detenuto*, cit., pp. 190-191), solo strumentalmente piegato alla soddisfazione di una pulsione sessuale primaria di ogni detenuto.

<sup>50</sup> Così, nel suo atto di promovimento, il giudice *a quo* della sentenza n. 301/2012 (vedi, *supra*, nota 19).

<sup>51</sup> Variabili a seconda del reato commesso e della pena comminata. Che fareste, ad esempio, se da ergastolani, dopo vent’anni ininterrotti di carcere, vi fossero concesse solo undici ore – dalle 11.00 alle 22.00 – per rivedere le persone che amate, grazie a un permesso premio riconosciutovi per sostenere l’esame di laurea? Cfr. C. MUSUMECI, *Undici ore d’amore di un uomo ombra*, Verona, 2012.

un numero limitato di volte, come «una caramella da assaggiare per quarantacinque giorni all’anno (al massimo)»<sup>52</sup>. Per tutti gli altri, e sono i più, opera ininterrottamente un dispositivo proibizionista sia dentro che fuori dal carcere: «il loro annientamento sessuale è assoluto»<sup>53</sup>.

### 3.6. I cc.dd. matrimoni bianchi in carcere come sineddoche normativa.

Ce n’è abbastanza, quindi, per riempire fino all’orlo l’anomia della legge penitenziaria, del suo regolamento e della stessa Carta dei diritti e dei doveri dei detenuti e degli internati (d.m. 5 dicembre 2012) con la concretissima realtà di un vero e proprio dispositivo proibizionista.

E’ una situazione ordinamentale riassumibile in una sineddoche normativa: la «paradossale mistificazione, mercé il formalismo legale»<sup>54</sup> dei cc.dd. matrimoni *bianchi* in carcere (art. 44, legge n. 354 del 1975), celebrati ma non consumati. Infatti per la Cassazione, secondo un ragionamento che si attorciglia su sé stesso, «non costituisce motivo grave che, se accertato, può legittimare la concessione di permesso al detenuto a norma dell’art. 30, legge n. 354 del 1975 [...] la necessità di trascorrere un breve periodo di tempo con il coniuge al fine di consumare il matrimonio celebrato in carcere», né «vi è alcuna illegittimità costituzionale di una norma che ha come scopo ben altro che non un’esigenza naturale ed affettiva, sacrificata per lo stato di detenzione», dato che «tra gli eventi di particolare gravità

---

Anche in condizioni meno estreme, la soluzione del permesso premio finisce per essere parte del problema, perché «pensare alla persona detenuta come uno che ha represso per tanti anni la propria sessualità e ha quindi bisogno di sfogarla, è sbagliato in partenza. A forza di reprimerla impari a farne a meno e dopo non è così semplice ricominciare, devi essere rieducato pure da questo punto di vista. Non soltanto una rieducazione dal punto di vista sessuale, ma anche affettivo» (RISTRETTI ORIZZONTI, *L’amore a tempo di galera*, cit., p. 156). È capace di narrarlo con grande efficacia M. TORCHIO, *Cattivi*, cit., p. 3: «Conviene andare con una donna che conosca il carcere: perché ce l’hanno rinchiusa, o la portavano da bambina a trovare un padre, un fratello. Forse il marito è ancora lì. Ci sono ragazze che hanno fretta, e non capiscono. Pensano che se non vedi una donna da vent’anni vorrai ingozzarti per strada. Invece chi conosce il carcere ti porterà a casa, ti alimenterà goccia a goccia. Ci andrete di pomeriggio, sperando faccia buio presto. Ti offrirà un caffè. E parlerai. Parlerai. Devi svuotarti la bocca. Far uscire un po’ di carcere. Se non parli, non c’è spazio per altro».

<sup>52</sup> N. VALENTINO, *L’ergastolo. Dall’inizio alla fine*, Sensibili alle foglie, 2009, 47; infatti – ai sensi dell’art. 30-ter, comma 1 – i permessi premio possono avere una durata non superiore ogni volta a quindici giorni, né possono superare complessivamente i quarantacinque giorni in ciascun anno di espiazione.

<sup>53</sup> A. SOFRI, *Note sul sesso degli uomini prigionieri*, in A. SOFRI-F. CERAUDO, *Ferri battuti*, cit., p. 106.

<sup>54</sup> G. BOLINO-A. DE DEO, *Il sesso nelle carceri*, cit., p. 22.

può rientrare tutto ciò che ha il carattere dell'eccezionalità e non il diritto ad avere rapporti sessuali, che per sua natura, non ha alcun carattere di eccezionalità»<sup>55</sup>. Vale per tutti gli esseri umani, è vero, purché non reclusi in carcere.

#### 4. Strappi costituzionali.

L'operatività di un simile dispositivo proibizionista produce diversi e profondi strappi al tessuto costituzionale di cui pure l'intero ordinamento penitenziario dovrebbe essere foderato. Eccone il repertorio, parametro per parametro.

##### 4.1. Violazione del principio di legalità delle pene (art. 25, comma 2, Cost.).

Ad essere violato è, innanzitutto, il principio costituzionale di legalità delle pene, sancito all'art. 25, comma 2, Cost.

La detenzione in carcere a seguito di condanna comporta la privazione della libertà personale, non anche la mutilazione di tutte le libertà della persona<sup>56</sup>. È certamente vero che il concetto di privazione è connaturato a quello di pena, traducendosi nella compressione di altri diritti del detenuto, con la decisiva avvertenza, però, che la legittimità costituzionale di tali ulteriori restrizioni «dipende dalla loro inevitabilità»<sup>57</sup>, correlata allo stato detentivo. Non altro, né nulla di più. Fuori da tale perimetro non c'è spazio per effetti sanzionatori aggiuntivi che, esorbitando dal tipo e dall'entità della pena passata in giudicato, sarebbero privi di un valido titolo esecutivo<sup>58</sup>.

<sup>55</sup> Cass. Pen., sez. I, sent. 26 novembre 2008, n. 48165. Sempre la Cassazione ebbe a valutare manifestamente infondata la *quaestio legitimitatis* avente ad oggetto gli artt. 18, comma 2, e 30-ter, legge n. 354 del 1975, nella parte in cui non prevedono la concessione di permessi da trascorrere in carcere, sollevata con riferimento agli artt. 3, 13, 27, 31 e 32 Cost.: nella fattispecie, il condannato aveva chiesto un incontro in condizioni di detenzione con la moglie, in alternativa al permesso premio (Cass. Pen., sez. I, 9 aprile 1992, dep. 12 maggio 1999, *Guagliardo*, in *Cass. Pen.*, 1993, pp. 1549-1550).

<sup>56</sup> Sulla differenza concettuale tra libertà *personale* e *della persona* cfr. M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino, 2002, p. 47 ss.; ID., *Dignità e carcere*, Napoli, 2014, p. 51 ss. Sulla stessa lunghezza d'onda è la giurisprudenza costituzionale, laddove riconosce che, della libertà personale, lo stato detentivo «costituisce certo una grave limitazione, ma non la soppressione» (sentenze costituzionali nn. 349/1993 e 526/2000).

<sup>57</sup> A. PULVIRENTI, *Diritti del detenuto*, cit., p. 173, che opportunamente ricorda come la privazione di diritti ulteriori del detenuto «potrebbe, semmai, derivare dall'applicazione di diverse ed autonome pene».

<sup>58</sup> Con conseguente violazione delle riserve di legge e di giurisdizione che l'art. 13, comma 2 e 3, Cost. impone per qualsiasi forma di limitazione della libertà personale: così A. PULVIRENTI, *Diritti del detenuto*, cit., p. 174 nota 5, sulla scia di P. NUVOLONE, *Esecuzione*



La domanda da porsi, allora, è la seguente: tra gli effetti afflittivi a traino della sanzione detentiva, rientra legittimamente anche la compressione del diritto alla sessualità del detenuto? Certamente sì, ma solo nella misura imposta da esigenze di ordine e sicurezza e di prevenzione dei reati. Esorbitando da queste, «la limitazione acquisterebbe unicamente un valore afflittivo supplementare rispetto alla privazione della libertà personale, non compatibile» con la Legge fondamentale dello Stato<sup>59</sup>.

Eppure è quanto, oggi, accade per *tutti* i detenuti cui è indistintamente negato il diritto alla sessualità intramuraria, in ragione di un’organizzazione penitenziaria che – se diversamente normata, come pure è possibile e come già accade in altri paesi – consentirebbe di annullare tale permanente proibizione, frutto dunque di una scelta normativa (illegittima) e non di un’inevitabile situazione di fatto. La forzata astinenza sessuale intramuraria rivela così i tratti di una vera e propria pena *accessoria* «che attualmente si infligge ai detenuti uomini e donne, giovani o adulti, coniugati o meno in conseguenza automatica della esecuzione della condanna alla pena» detentiva<sup>60</sup>.

Tutto ciò è particolarmente grave in caso di condanna all’ergastolo. È vero che anche agli ergastolani sono stati estesi il beneficio penitenziario del permesso premio e le misure alternative alla pena (inclusa la liberazione condizionale). Tuttavia, per l’ergastolano comune, l’accesso a benefici e misure extramurarie rappresenta un’eventualità remota e possibile solo per concessione largamente arbitraria. Quanto all’ergastolano senza scampo, perché sottoposto al regime ostativo dell’art. 4-*bis* dell’ordinamento penitenziario, il ritorno in libertà (temporaneo o definitivo) è addirittura precluso per legge, salva l’ipotesi di una possibile e utile collaborazione con la giustizia. In ambo le ipotesi, *de facto* o *de jure*, il diritto alla sessualità non è semplicemente circoscritto, semmai *integralmente* negato sia dentro che fuori dal carcere: «per loro la castrazione affettiva e sessuale è sancita in modo definitivo e senza appello»<sup>61</sup>. Ma quando la prevalenza di uno degli interessi in gioco comporta il totale sacrificio dell’altro, siamo certamente fuori dalla logica di un corretto bilanciamento costituzionale.

---

*della pena, cit.*, p. 24. Analogamente L. RE, *La sessualità rimossa, cit.*, p. 1, secondo la quale «nella castità forzata vi è una violenza istituzionale che nessuna legge ha formalmente autorizzato».

<sup>59</sup> Sentenza costituzionale n. 153/2013. Per analoghe conclusioni cfr. Corte EDU, 21 febbraio 1975, *Golder c. Regno Unito*, §39; Corte EDU, 13 gennaio 2013, *Torreggiani c. Italia*, §65; Corte EDU, 6 ottobre 2005, *Hirst c. Regno Unito*, §§69-70; Corte EDU, 12 novembre 2002, *Ploski c. Polonia*, §§30-31.

<sup>60</sup> E. FORTUNA, *Il sesso nel carcere, cit.*, p. 71.

<sup>61</sup> N. VALENTINO, *L’ergastolo, cit.*, p. 44; di «ergastoli sessuali» parla anche A. SOFRI, *Note sul sesso, cit.*, p. 99.

#### 4.2. Violazione della libertà di disporre del proprio corpo (art. 13, comma 1, Cost.).

Lo stesso spartito argomentativo conduce a individuare una compressione oltremisura della libertà personale del detenuto, intesa nel senso più stretto e autentico di libera disponibilità del proprio corpo (art. 13, comma 1, Cost.) anche a fini sessuali. Diversamente, declinando la reclusione corporale in negazione del godimento sessuale, «la persona viene privata di sé stessa»<sup>62</sup> e la pena si trasforma in una sorta di obbligazione penitenziale<sup>63</sup>.

Contro tale deriva anche qui ritorna utile richiamare l’insegnamento di una consolidata giurisprudenza costituzionale secondo cui «chi si trova in stato di detenzione, pur privato della maggior parte della sua libertà, ne conserva sempre un residuo, che è tanto più prezioso in quanto costituisce l’ultimo ambito nel quale può espandersi la sua personalità individuale»; un residuo esercitabile compatibilmente con le limitazioni che lo stato di detenzione necessariamente comporta<sup>64</sup>.

Vale certamente per il diritto al godimento sessuale del proprio corpo, che – come dimostra l’esperienza comparata – può trovare soddisfazione all’interno di appositi spazi carcerari secondo modalità compatibili con le esigenze di ordine e di sicurezza proprie dello *status* detentivo. Un diritto che – come già visto<sup>65</sup> – la stessa Corte costituzionale, nella sua sentenza n. 301/2012, ha ritenuto non incompatibile con la detenzione. Dunque il libero esercizio della propria sessualità dovrebbe risultare «invulnerabile alla sanzione giuridica»<sup>66</sup>, nel rispetto del principio del

<sup>62</sup> G. SILVESTRI, *La dignità umana dentro le mura del carcere*, in [www.dirittopenitenziarioecostituzione.it](http://www.dirittopenitenziarioecostituzione.it), 28 maggio 2014, p. 5. Analogamente, A. PULVIRENTI, *Diritti del detenuto*, cit., p. 186, include nella libertà personale in senso stretto anche «il diritto di gestire il proprio corpo, nei limiti imposti dal rispetto dell’altrui libertà sessuale».

<sup>63</sup> Che l’impossibilità di rapporti sessuali inframurari «corrispond[a] appieno alla funzione penitenziale del regime detentivo» è la convinzione di F. CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, vol. IV, Roma, 1949, p. 94. A me, invece, viene in mente l’«annichilimento d’ogni odore di carnalità» propria di determinate tradizioni monastico-penitenziali indagate da P. CAMPORESI, *L’officina dei sensi*, Milano, 1991, p. 78. O il trittico del modello canonico della penitenza (*confessio oris, contritio cordis, satisfactio operis*) scandito dai tre momenti del riconoscimento della colpa, della purificazione nel pentimento e dell’emenda (G. BOLINO-A. DE DEO, *Il sesso nelle carceri*, cit., p. 16).

<sup>64</sup> Cfr. sentenze nn. 204/1974, 185/1985, 312/1985, 374/1987, 53/1993, 349/1993 (da cui è tratta la citazione testuale).

<sup>65</sup> Vedi *supra*, §3.2.

<sup>66</sup> L’espressione è di G. BOLINO-A. DE DEO, *Il sesso nelle carceri*, cit., p. 34. Che la dimensione affettiva e sessuale rientri tra «gli spazi di libertà-autodeterminazione che non possono mai essere sottratti al detenuto» è anche il parere di V. ONIDA, *Prefazione*, in M.

minor sacrificio della sfera soggettiva del detenuto che – secondo Costituzione – deve ispirare le scelte normative in ambito penitenziario.

**4.3. Violazione del diritto alla salute, individuale e collettivo (art. 32, commi 1 e 2, Cost.).**

Violato è anche l’art. 32, commi 1 e 2, Cost., posto a garanzia del diritto alla salute, sia individuale che collettiva.

Quanto al profilo individuale, non v’è dubbio alcuno sulla titolarità del diritto alla salute da parte del soggetto recluso in carcere<sup>67</sup>, qualunque sia la pena cui è stato condannato: fino al paradosso – narrato da Foucault – per cui negli ordinamenti non abolizionisti anche il condannato a morte, in attesa dell’esecuzione capitale, riceve tutte le cure e l’assistenza di cui abbisogna. Anche qui, la legittima pretesa punitiva dello Stato deve coordinarsi sempre con la tutela della salute del recluso: salute che (secondo i dettami della Organizzazione Mondiale della Sanità, recepiti nella giurisprudenza costituzionale e di legittimità) non è da intendersi semplicemente come assenza di malattia, bensì come uno stato complessivo di benessere fisico e di equilibrio psichico. Ora, non serve una laurea in medicina o in psichiatria per comprendere che l’astinenza coatta e prolungata, in persone che hanno ormai superato l’età puberale, inibisce uno sviluppo normale della sessualità

---

RUOTOLO, *Dignità e carcere*, cit., XIII-XIV, e di A. MARTUFI, *Diritti dei detenuti*, cit., p. 100.

<sup>67</sup> Esplicito ne è il riconoscimento nell’art. 11, legge n. 354 del 1975; la sua garanzia ne esce rafforzata a livello costituzionale dalle prescrizioni degli artt. 13, comma 4, e 27, comma 3, Cost. In argomento, tra molti, F. CECCHINI, *La tutela del diritto alla salute in carcere nella giurisprudenza della Corte EDU*, in *Dir. Pen. Cont.*, 23 gennaio 2017; C. FIORIO, *Libertà personale e diritto alla salute*, Padova, 2002; G.M. NAPOLI, *Salute, affettività*, cit., Cap. II, §2.1; M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, cit., p. 83 ss.; su tutti resta fondamentale, anche per la sua base empirica, il volume di D. GONIN, *Il corpo incarcerato*, trad. it. E. Gallo, Edizioni Gruppo Abele, Torino, 1994.

con nocive ricadute stressanti di ordine sia fisico che psicologico<sup>68</sup>, perché «il sesso solo pensato mutila, inibisce e disadatta»<sup>69</sup>.

Quanto al profilo dell’interesse della collettività, è sufficiente il richiamo al parere del Comitato Nazionale di Bioetica, approvato all’unanimità il 27 settembre 2013<sup>70</sup>, per la dimostrazione di come e perché la tutela della salute negli istituti penitenziari si ripercuota sulla salute dell’intera comunità. Ciò è particolarmente vero se solo si pone mente agli effetti collaterali dell’astinenza eterosessuale cui è costretto il detenuto. Favorendo il ricorso a pratiche omosessuali – indotte o addirittura coercite – tale forzata astinenza è responsabile di un’intensificazione dei rapporti a rischio, che incrementa in maniera significativa la diffusione tra i ristretti di malattie infettive sessualmente trasmissibili: il parere del Comitato Nazionale di Bioetica conferma, ad esempio, i tassi di morbilità più elevati tra i detenuti (rispetto alla popolazione generale) con riferimento ai livelli di HIV (oltre che di patologie psichiatriche e, purtroppo, di morti suicidarie).

L’operante dispositivo proibizionista concorre così a un paradosso: quello per cui il carcere «fa ammalare anche chi è in buona salute. Non a caso la prigione è l’unico luogo in cui si apre una cartella clinica a una persona sana, che non è malata, ma che probabilmente lo diventerà»<sup>71</sup>.

---

<sup>68</sup> Cfr. C. BRUNETTI-M. ZICCONI, *Manuale di diritto penitenziario*, Piacenza, 2005, pp. 333-334. In tema, con approcci diversificati, cfr. G.A. BELLONI, *L’eros incatenato. Studio sul problema sessuale penitenziario*, Milano, 1939; L. BOCCADORO-S. CARULLI, *Il posto dell’amore negato. Sessualità e psicopatologie segrete*, Tecnoprint, Ancona, 2008; D. CLEMMER, *Carcere e società liberale*, trad. it. E. Santoro, Giappichelli, Torino, 1997; I. GENGGHI, *L’espressione della sessualità nella restrizione della libertà*, in C. Serra (a cura di), *Devianza e difesa sociale*, Franco Angeli, Milano, 1981, p. 33 ss.; G. PANIZZARI, *Il sesso degli angeli. Nei labirinti della sessualità carceraria*, Milano, 1991; G. SALIERNO, *La repressione sessuale nelle carceri italiane*, Roma, 1973.

<sup>69</sup> RISTRETTI ORIZZONTI, *L’amore a tempo di galera*, cit., p. 164. Lo nega A. DIDI, *Il diritto del detenuto a coltivare legami intimi con persone esterne al carcere: una questione antica e non (ancora) risolta*, in *Proc. Pen. e Giust.*, 2013, p. 104 nota 24, per il quale «mancano evidenze scientifiche che documentino danni alla salute conseguenti a tali situazioni». Come no. L’astinenza sessuale e la repressione della libido, specialmente se prolungate nel tempo, fanno bene alla salute e temprano lo spirito. Provare per credere.

<sup>70</sup> Cfr. *La salute “dentro le mura”*, Rapporto del Comitato Nazionale per la Bioetica sulla salute in carcere (27 settembre 2013), dove la salute è indagata non solo come diritto in sé ma quale concetto multifattoriale (inclusivo anche della sua dimensione affettivo-sessuale), concorrente alla finalità rieducativa della pena e quale presupposto e condizione per la stessa legalità della detenzione. A commento del parere vedi C. PICIOCCHI, «*La salute “dentro le mura”*»: commento al rapporto del Comitato Nazionale per la Bioetica sulla salute in carcere (27 settembre 2013), in *Studium Iuris*, 2014, p. 845 ss.

<sup>71</sup> L. CASTELLANO- D. STASIO, *Diritti e castighi. Storie di umanità cancellata in carcere*, Milano, 2009, p. 243.

#### 4.4. Violazione della dignità personale del detenuto (art. 2 Cost.).

Epitome di tutti questi strappi costituzionali è l’annichilimento della dignità personale del detenuto.

La sessualità è costitutiva di ciascun individuo, non essendoci data la possibilità di abbandonare la carne che ci rende umani: «noi non *abbiamo*, ma *siamo* un corpo»<sup>72</sup>. Ecco perché «l’invalidazione del corpo [...] diventa inevitabilmente invalidazione di tutta la persona»<sup>73</sup>, ed è proprio in ragione di ciò che «ogni situazione di estrema costrizione fisica, di mancanza di beni essenziali per una vita decente si converte in una lesione della dignità»<sup>74</sup>.

Lo sa bene la Corte costituzionale, che ha definito il diritto all’affettività – di cui l’attività sessuale è «indispensabile completamento e piena manifestazione» – come «uno degli essenziali modi di espressione della persona umana [...] che va ricompreso tra le posizioni soggettive direttamente tutelate dalla Costituzione ed inquadrato tra i diritti inviolabili della persona umana che l’art. 2 Cost. impone di garantire»<sup>75</sup>. Ed è proprio su questo assunto che il Parlamento ha inteso giustificare la ricollocazione nel codice penale dei delitti contro la libertà sessuale fra quelli contro la persona (e non più contro la morale), avvenuta con legge 15 febbraio 1996, n. 66<sup>76</sup>.

<sup>72</sup> A. SOFRI, *Altri Hotel. Il mondo visto da dentro 1997-2002*, Milano, 2002, p. 148 (i corsivi sono testuali).

<sup>73</sup> F. MAISTO, *Afflittività e affettività*, in S. ANASTASIA-F. CORLEONE-L. ZEVI (a cura di), *Il corpo e lo spazio della pena. Architettura, urbanistica e politiche penitenziarie*, Roma, 2011, p. 177.

<sup>74</sup> Così G. SILVESTRI, *La dignità umana*, cit., 5, con riferimento al sovraffollamento carcerario, ma – come argomento nel testo – è altrettanto vero anche per l’operante dispositivo proibizionista della sessualità inframuraria. Coglie egualmente il nesso tra dignità personale e negazione dei bisogni umani comuni a tutte le persone, tra i quali la sessualità, G.M. NAPOLI, *Salute, affettività*, cit., Cap. I, §1.2. Anche il Magistrato di Sorveglianza di Firenze nella sua ordinanza di rinvio (vedi, *supra*, nota 19), indicando a parametro di giudizio l’art. 2 Cost., prospettava la violazione del «principio supremo della libertà-dignità».

Sulla dignità personale quale «punto archimedeo» dell’ordinamento, con specifico riguardo alla condizione del detenuto, vedi ora la ricognizione giurisprudenziale e dottrinale di A. BONOMI, *Status del detenuto e ordinamento costituzionale. Le tecniche di bilanciamento nella giurisprudenza del Giudice delle leggi*, Bari, 2018, pp. 27-33.

<sup>75</sup> Sentenza n. 561/1987. Si veda anche la sentenza n. 26/1999, laddove collega la dignità della persona al bagaglio dei diritti inviolabili dell’uomo «che anche il detenuto porta con sé lungo tutto il corso dell’esecuzione penale».

<sup>76</sup> Il pertinente rilievo è di A. PULVIRENTI, *Diritto del detenuto*, cit., p. 186.

Né il diritto alla vita sessuale può essere negato al soggetto detenuto in ragione della sua condizione di cattività: anche il carcere è, infatti, una formazione sociale (sia pure coattiva) dove il detenuto continua a svolgere la propria personalità, e la cui organizzazione può non essere incompatibile con l’esercizio del diritto<sup>77</sup>.

Intendiamoci. Le modalità del sesso immaginato e solitario, come pure dell’omosessualità non vanno sindacate, rientrando indubbiamente tra le espressioni legittime della propria sessualità. Ma ad una condizione: che siano l’esito di una libera scelta. Se frutto, invece, di un consenso rassegnato alla situazione detentiva, il ricorso a pratiche masturbatorie o a rapporti omosessuali assume tutt’altro significato: quello di un avvilitamento del detenuto e del degrado della sua dignità personale. Perché un conto è cantare – come fa uno sconcolato e abbandonato Tiziano Ferro – «*ho levigato la tua assenza/solo con le mie braccia*». Un conto è ironizzare – come fa Woody Allen in *Manhattan* – sull’onanismo come «*uno dei miei hobby preferiti*». Altro è doverlo dire (e doverlo fare) perché costretti dall’assenza di alternative, come forma di «adattamento sessuale del recluso alla vita carceraria»<sup>78</sup>. Non diversamente, «nel microcosmo unisessuato del carcere» quasi mai l’omosessualità «può essere una scelta felice, e nemmeno una scelta»<sup>79</sup>, essendo il più delle volte praticata in funzione compensativa, vissuta con vergogna, forma di godimento mortifero e «fonte di sopraffazioni e costruzioni di gerarchie concorrenti»<sup>80</sup>.

<sup>77</sup> Esplicito, sul punto, è il già ricordato parere del Comitato Nazionale di Bioetica, secondo cui dovrebbe essere garantita «la possibilità di godere di intimità negli incontri tra detenuti e coniugi/partner, in modo da salvaguardare l’esercizio della affettività e della sessualità. In tal modo si sostanzia il principio etico della centralità della persona, anche in condizioni di privazione della libertà».

<sup>78</sup> A. RICCI-G. SALIERNO, *Il carcere in Italia*, cit., p. 207: «Non era facile tirare avanti in circostanze così ostili. Spesso l’astinenza sessuale portava i reclusi a essere meno esigenti in fatto di compagnia. Una volta, mentre andavo alle docce, ho visto due uomini fare l’amore. Decisi che quella doccia non era poi così indispensabile e me ne tornai da dov’ero venuto. Per non disturbare nessuno. Nemmeno i secondini che a turno si godevano lo spettacolo. Pensai a lungo a quello che avevo visto. Non era amore, non era sesso, forse era qualcos’altro. Mi era sembrata più una forma di sopravvivenza» (S. BONVISSUTO, *Dentro*, Torino, 2012, pp. 43-44).

<sup>79</sup> N. VALENTINO, *L’ergastolo*, cit., p. 51. È, la libertà di scelta, una pre-condizione indispensabile eppure assente nell’analisi controcorrente di P.P. PASOLINI, *Il carcere e la fraternità dell’amore omosessuale*, ne *Il Mondo*, 11 aprile 1974 (poi ripubblicato nei suoi *Scritti corsari*, Milano, 1975, p. 197 ss.) che, in ragione di tale omissione, non riesce a persuadere.

<sup>80</sup> A. SOFRI, *Note sul sesso*, cit., p. 107. Lo testimonia, ad esempio, S. LUPO, *Che cos’è la mafia*, Milano, 2007, p. 101, raccontando della protezione garantita in carcere dall’organizzazione mafiosa ai propri affiliati (e non solo) rispetto al «rischio di perdere la dignità ovvero la virilità» dietro le sbarre.



## 5. Un illegittimo ostacolo alla risocializzazione (in violazione dell’art. 27, comma 3, Cost.).

Più in generale, l’operante dispositivo proibizionista incide in profondità sul disegno costituzionale del diritto punitivo, mettendone a rischio innanzitutto la finalità.

Nell’affermare che tutte le pene «devono tendere alla rieducazione del condannato», l’art. 27, comma 3, Cost. detta direttive vincolanti per l’organizzazione e l’azione delle istituzioni penitenziarie che l’astinenza sessuale coatta elude o elide. «Prescindere dall’espressione anche fisica dell’affettività, parte integrante dell’identità di ogni individuo»<sup>81</sup>, infatti, allontana inutilmente l’obiettivo che la Costituzione assegna all’esecuzione penale. Così come, ostacolando il mantenimento di relazioni familiari insostituibili nel percorso di recupero del reo, rende altrettanto inutilmente più difficile il suo futuro reinserimento sociale<sup>82</sup>. In ambedue i casi nasce un problema perché «la pena, quando non riesce nel suo intento di piena “risocializzazione” del condannato, dovrebbe, quanto meno, non rappresentare un ulteriore fattore di desocializzazione»<sup>83</sup>. È quanto invece accade: vediamo come, vediamo perché.

### 5.1. La dimensione bilaterale della pena e le sue conseguenze giuridicamente rilevanti.

Bandito ogni rapporto sessuale intramurario con il *partner*, la detenzione rischia di produrre una desertificazione affettiva e relazionale che lascia sul campo solo vittime: il detenuto, condannato così ad un’ingiustificata solitudine causa di depressioni psicofisiche gravi; ma anche il con-sorte (*nomem omen*), vittima dimenticata la cui sfera affettiva inevitabilmente si comprime in ragione di un reato che non ha mai commesso, e di una condanna che non ha mai meritato.

<sup>81</sup> M. E. SALERNO, *Affettività e sessualità*, cit., p. 15.

<sup>82</sup> Sull’importanza delle relazioni e del tessuto familiare quale condizione necessaria per il riuscito reinserimento sociale del detenuto, *ex multis*, cfr. A. CIAVOLA, *Profili di diritto processuale e penitenziario in tema di coppie di fatto*, in *Dir. Pen. Cont.*, 17 gennaio 2014; F. DELLA CASA, *I rapporti del detenuto con la sua famiglia*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 1999, p. 122 ss.; G. MASTROPASQUA, *Esecuzione della pena detentiva e tutela dei rapporti familiari e di convivenza*, Cacucci, Bari, 2007. Lo conferma il dialogo letterario tra i due compagni di cella: «- Sai, sono contento di uscire...; - Certo che devi esserlo, ma è il momento più difficile. Ti salvi solo se c’è qualcuno che ti aspetta lì fuori, qualcuno che ti vuole bene. Se ce l’hai, puoi andare, sennò puoi anche rimanere qui. Perché, se fuori sarai da solo, è qui che tornerai» (S. BONVISSUTO, *Dentro*, cit., p. 88).

<sup>83</sup> A. PULVIRENTI, *Diritti del detenuto*, cit., p. 192.

Questa «dimensione “bilaterale” della pena»<sup>84</sup> è particolarmente devastante nei casi di detenzione a vita: «vista da chi resta fuori, la persona condannata all’ergastolo esiste e non esiste»<sup>85</sup> e questa sua esistenza virtuale, alla lunga, fiacca fino a consumare nella solitudine o nel rancore anche i legami più solidi, esito certamente agevolato dalla negazione – per sempre<sup>86</sup> – di ogni possibile vita sessuale di coppia.

Diversamente da quanto si è indotti a credere, tale «inevitabile frantumazione del rapporto emotivo-sentimentale»<sup>87</sup> non rappresenta un mero pregiudizio di fatto<sup>88</sup>, essendo invece conseguenza concreta di quell’operante dispositivo proibizionista di matrice normativa che abbiamo imparato a riconoscere. Ciò rende tale condizione materiale giuridicamente rilevante. Anche per i suoi profili di criticità rispetto ai diritti della famiglia e alla loro salvaguardia *ex artt.* 29 e 31 Cost., dato che il mantenimento delle relazioni familiari non è solo un fondamentale “valore sociale” ma corrisponde «a un vero e proprio diritto della persona e dei suoi congiunti che l’ordinamento intende preservare, in quanto tale, dai possibili “effetti collaterali” della detenzione»<sup>89</sup>.

## 5.2. Regressione infantile e onanismo adolescenziale.

Come lo spazio angusto del carcere, così anche l’amputazione della dimensione sessuale dietro le sbarre concorre al processo di regressione del detenuto,

---

<sup>84</sup> S. TALINI, *Diritto inviolabile*, cit., p. 1089. Si è parlato in proposito della detenzione come di un «proiettile a frammentazione», ad indicare la sua devastante capacità di colpire, insieme al detenuto, anche le persone a lui più prossime (cfr. S. MILAZZO-B. ZAMMITTI, *Affettività e carcere. Studio qualitativo sulla popolazione in regime di detenzione presso la Casa circondariale “Cavadonna” di Siracusa*, in *Rass. Penit. e Crim.*, 2012, n. 2, p. 115). In tal modo, «la galera inghiottisce e corrode gli animi, da una parte e dall’altra delle sbarre» (V. ASCIONE, *Carcere. Non resta che il corpo*, in *Gli Altri*, 20 maggio 2011).

<sup>85</sup> N. VALENTINO, *L’ergastolo*, cit., p. 38. Lo stesso Autore, più di recente, ha bene illustrato la condizione di chi, familiare di un condannato alla pena massima dell’ergastolo, si trova a doversi relazionare «con una persona morente con la quale non ha alcuna materiale prossimità», costretta ad «elaborare di fatto il lutto di un vivo», un lutto paradossale, dunque, e socialmente riprovato perché su quel morto vivente grava lo stigma per quanto ha commesso (ID., *Le istituzioni dell’agonia. Ergastolo e pena di morte*, Sensibili alle foglie, 2017, pp. 19-20).

<sup>86</sup> Nonostante il potenziale accesso ai benefici penitenziari e alle misure alternative alla pena: vedi, *supra*, §4.1.

<sup>87</sup> C. BRUNETTI, *Il diritto all’affettività*, cit., p. 108.

<sup>88</sup> Come erroneamente ritiene E. FORTUNA, *Il sesso nel carcere*, cit., p. 73.

<sup>89</sup> C. RENOLDI, *Il diritto all’affettività*, cit., p. 217.

orientando l’esecuzione penale in direzione opposta a quella imposta e pretesa dalla Costituzione<sup>90</sup>.

Gli spazi ristrettissimi dovuti al fenomeno del sovraffollamento, infatti, rispecchiano fedelmente (e ferocemente) la realtà di una pena che mira a ridurre ai minimi termini l’identità del recluso, costringendolo in una dimensione infantile. Perché in spazi ristretti il corpo rimpicciolisce e gli uomini rinchiusi, *obtorto collo*, ritornano bambini con le loro forcicine Chicco<sup>91</sup>. Come bambini, i reclusi godono di una limitata libertà d’azione, sono sorvegliati a vista, perdono la loro capacità di autodeterminazione, i loro stessi gesti quotidiani sono regolati da “superiori”, magari sollecitati dalle suppliche avanzate in apposito modulo che, fino a ieri, aveva un nome gergale – “domandina” – non a caso attinto dal vocabolario infantile<sup>92</sup>.

Non diversamente, la negazione di relazioni sessuali intramurarie con il proprio *partner* affettivo costringe a surrogarne l’assenza ricorrendo ad un ruminante autoerotismo<sup>93</sup>, consumato secondo modalità adolescenziali:

*«Spesso avere un attimo di intimità in carcere è più difficile che fare una rapina: devi pianificare tutto.*

*L’orario è importante, devi calcolare il tempo che la guardia passa per la terapia. Poi, con passo leggero, oserei dire astuto, ti guardi intorno ed entri in bagno, ti chiudi la porta per modo di dire, perché lo spioncino del bagno deve rimanere aperto per i controlli, ti sbottoni i pantaloni ed inizia la delicata operazione, ma sempre con un orecchio nel corridoio.*

*E così inizia la lotta titanica fra la voglia di concentrarsi e la paura che la guardia ti becchi in flagranza. Ci sono delle guardie che sono dei sadici nel prenderti in castagna, se vedo che c’è la guardia che passa*

<sup>90</sup> Riprendo di seguito, in buona parte, considerazioni già svolte in altra occasione, cui rinvio per l’indicazione delle relative fonti bibliografiche: A. PUGIOTTO, *Progettare lo spazio della pena: il fatto, il non fatto, il mal fatto*, in F. CORLEONE-A. PUGIOTTO (a cura di), *Volte e maschere della pena. Opg e carcere duro, muri della pena e giustizia riparativa*, Roma, 2013, pp. 72-76.

<sup>91</sup> «Afferro le forcicine Chicco dal manico di sdolcinata plastica celeste e dalle lame senza filo né punte – le uniche autorizzate, perché il prigioniero è come un fantolino che può farsi male, anche quando è mezzo morto – e col ghigno del boia di Riad che mozza la mano al ladruncolo, taglio le unghie. Le mie unghie» (A. SOFRI, *Altri Hotel*, cit., p. 102).

<sup>92</sup> L’infantile vezzeggiativo compare, ora, tra le espressioni del gergo penitenziario di cui la Circolare del 31 marzo 2017, firmata dal Capo del DAP Santi Consolo, comanda la ridenominazione: non più «domandina» bensì «modulo di richiesta».

<sup>93</sup> La masturbazione è la «vera regina della sessualità carceraria. Una regina meccanica, ossessiva, punitiva, eccedente e avvilita» (A. SOFRI, *Note sul sesso*, cit., p. 108).

*ogni cinque minuti, “rinuncio” e mi faccio una camomilla o una decina di flessioni.*

*Se tutto va bene non devi tirare l’acqua perché in una cella accanto all’altra si sente tutto [...]. E dà fastidio il pensiero che un compagno possa immaginare quando “ti fai una sega”.*

*Insomma l’amore in carcere è difficile in tutti i sensi: se sei allocato in cella singola, se sei una persona intelligente, sveglia, se hai esperienza, coraggio e tenacia ce la puoi fare con un minimo di riservatezza. Ma se sei in cella in compagnia persino con tre quattro persone praticamente è impossibile, ti senti osservato da tutte le parti sia dalle guardie che dai tuoi compagni.*

*È esperienza comune che gli atti migliori d’amore sono quando sei in punizione, in isolamento»<sup>94</sup>.*

Su tutto questo il diritto mette il suo carico da undici: molti detenuti non sanno, infatti, che masturbarsi configura la fattispecie penale di atto osceno in luogo pubblico, perché aperto al pubblico è lo spazio del carcere<sup>95</sup>. Si può dunque essere denunciati per il reato di cui all’art. 527 c.p., per il quale è prevista la pena da tre mesi a tre anni (essendo l’onanismo una condotta dolosa). Si può anche essere puniti con la perdita di un semestre dal computo della liberazione anticipata, e sono così quarantacinque giorni di galera in più (settantacinque, se ci va di mezzo la liberazione anticipata speciale).

Dunque, l’onanismo dietro le sbarre è una vera e propria trasgressione alla legge penale. Si sa, le seghe servono alla fuga. Perché permettono di tagliare le sbarre alla finestra della cella. Oppure, perché permettono – per un breve fazzoletto di tempo – di immaginare di essere altrove, con la persona desiderata. Servono per evadere, le seghe. Ecco perché sono vietate in carcere.

### **5.3. La torsione della pena in penitenza.**

L’operante dispositivo proibizionista di rapporti sessuali inframurari finisce così per sottoporre il vincolo teleologico dell’art. 27, comma 3, Cost. ad un’inaccettabile torsione. Esercitando una concreta (ancorché figurata)

<sup>94</sup> Così racconta Carmelo Musumeci (la cui testimonianza si legge in N. VALENTINO, *L’ergastolo*, cit., pp. 51-52).

<sup>95</sup> Cfr., da ultima, Cass. Pen., sez. VI, 15 maggio-7 giugno 2018, n. 26028; in precedenza, *ex plurimis*, cfr. Cass. Pen., Sez. III, 1 marzo 1979; Cass. Pen., Sez. III, 29 settembre 1977, n. 2211; Cass. Pen., Sez. III, 30 gennaio 1976, n. 239. E poiché «anche i cessi hanno il loro spioncino», non è dato capire come mai la «evacuazione di un detenuto non debba anch’essa essere messa in forse da questo criterio» (A. SOFRI, *Note sul sesso*, cit., p. 108). Eppure sono ambedue necessità fisiologiche.

amputazione al corpo del detenuto, piega la pena detentiva verso un'emenda moralistica e punitiva, dove non c'è spazio alcuno per la sessualità, negata nella sua dimensione naturale perché ridotta a mero vizio e peccato da cui purificarsi. Non è certo questo il disegno laicizzato del diritto punitivo tracciato in Costituzione, che vuole la pena sempre orientata «allo scopo di favorire il cammino di recupero, riparazione, riconciliazione e reinserimento sociale» del reo<sup>96</sup>. Non alla sua penitenza. Ecco perché riconoscere la possibilità di relazioni sessuali in carcere non sarebbe un'ulteriore concessione, né l'attenuazione di una privazione, bensì «una necessità finora negata della rieducazione»<sup>97</sup>.

## 6. Il ritorno della pena corporale (in violazione dell'art. 27, comma 3, Cost.).

Dell'art. 27, comma 3, Cost., l'operante dispositivo proibizionista intramurario mette in discussione anche il divieto di pene contrarie al senso di umanità: generando un'«astinenza etero-sessuale forzata»<sup>98</sup> che colpisce il corpo del detenuto in una delle sue funzioni vitali essenziali, produce una vera e propria somatizzazione della pena.

In questa sua componente, la condanna è solo afflizione, la punizione recupera connotati premoderni propri delle antiche pene corporali, laddove «anche l'astinenza sessuale deve far parte integrante della pena, che è, e deve essere, soprattutto sofferenza»<sup>99</sup>. Certa, dunque, è la sua estraneità al «volto costituzionale della pena» che esige di contenere «la privazione della libertà e la sofferenza inflitta alla persona umana nella misura minima necessaria»<sup>100</sup> e comunque sempre allo scopo di favorire la risocializzazione del reo, non la sua agonia.

Non ne siete persuasi? Vi propongo allora un gioco di ruolo. Entrate per un istante nella vita degli altri. Immaginatevi, ad esempio, ergastolani ostativi, cioè nella condizione definitiva e senza scampo di una castrazione affettiva e sessuale, implicita in ogni condanna intramuraria senza fine e senza alternative, che

<sup>96</sup> Sentenza n. 179/2017, ora confermata dalla recentissima sent. n. 149/2018. Che «l'opzione repressiva» non possa mai «relegare nell'ombra il profilo rieducativo» è quanto afferma la sentenza n. 257/2006. Per le diverse declinazioni semantiche del concetto di rieducazione nella giurisprudenza costituzionale, cfr. G.M. FLICK, *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. Soc.*, 2012, pp. 190-191. Per il ruolo della medesima giurisprudenza nella valorizzazione della finalità rieducativa, declinata laicamente, cfr. M. RUOTOLO, *Tra integrazione e maieutica*, cit., p. 1 ss.

<sup>97</sup> A. SOFRI, *Note sul sesso*, cit., p. 96 (il corsivo è mio).

<sup>98</sup> E. FORTUNA, *Il sesso nel carcere*, cit., p. 71.

<sup>99</sup> C. D'AMELIO, *L'ambiente carcerario e la sua incidenza sulla personalità del detenuto*, in *Rass. Studi Penit.*, 1973, p. 14.

<sup>100</sup> Sentenza costituzionale n. 179/2017 (il corsivo è mio).

s'imprime così, in modo sconvolgente, nella carne del condannato<sup>101</sup>. Immaginatevi impossibilitati - per sempre - a rivivere l'esperienza del contatto fisico con la persona desiderata, della vostra pelle a contatto con la sua, mentre il trascorrere del tempo cancella anche la memoria sensoriale del vostro vissuto erotico. Provateci, se ne siete davvero capaci.

### **6.1. La privazione della sessualità come parte integrante del contenuto giuridico della pena.**

La metamorfosi della pena in una punizione corporale di ritorno trova dimostrazione, *per tabulas*, proprio nel regime giuridico del permesso premio. Come si è detto, al fine di coltivare i propri interessi affettivi, il detenuto può disporre di tale beneficio penitenziario, il primo nella scala della progressione trattamentale: ad esso può accedere, meritocraticamente, per regolare condotta. Ciò rivela che l'amputazione della sfera sessuale è *parte integrante del contenuto giuridico* della pena detentiva da scontare, in una fusione – costituzionalmente vietata, eppure legislativamente imposta – con la restrizione della libertà personale del condannato.

Concettualmente, non dovrebbe essere così. Rientrando «sicuramente tra i diritti inviolabili dell'uomo, che, in quanto “*riconosciuti*” e “*garantiti*” dall'art. 2 Cost., non necessitano di una esplicita *autorizzazione* da parte del legislatore ordinario»<sup>102</sup>, l'esercizio della propria sessualità non dovrebbe essere piegato ad una logica di scambio. La valutazione premiale potrà eventualmente determinarne il *quantum* (incrementandone le occasioni, extramurarie o intramurarie, se normativamente previste), non anche l'*an*.

Anche per questo, la soluzione ordinamentale di una «sessualità negoziata»<sup>103</sup> da soddisfarsi solo attraverso l'esperienza extramuraria del permesso premio, quale «parte integrante del programma di trattamento» (art. 30-*ter*, comma 3, l. n. 354 del 1975), è del tutto impropria oltre che inadeguata. Ciò vale *a fortiori* per le misure alternative alla pena detentiva, le cui regole di ammissione – rispetto al beneficio del permesso premio - sono anche maggiormente selettive e, richiedendo periodi di pena presofferta sempre più elevati, comportano un insostenibile protrarsi dell'astinenza sessuale inframuraria.

### **6.2. Da pena a inumano castigo.**

<sup>101</sup> Così, pressoché in termini, N. VALENTINO, *L'ergastolo, cit.*, pp. 38 e 47.

<sup>102</sup> A. PENNISI, *Diritti del detenuto, cit.*, p. 170.

<sup>103</sup> L'espressione è di A. PULVIRENTI, *Diritti del detenuto, cit.*, p. 211. Si dovrà ritornare su questo snodo di fondo: vedi, *infra*, §7.



In quanto (aggiuntiva) pena corporale, la forzata astensione sessuale del detenuto difficilmente può collocarsi sotto la soglia del trattamento inumano e degradante, il cui divieto è sancito quale vincolo *negativo* in Costituzione: direttamente dall’art. 27, comma 3; indirettamente dall’art. 117, comma 1 Cost., per il tramite del divieto di cui all’art. 3 CEDU<sup>104</sup>.

Essa rappresenta, inoltre, «un’evidente contraddizione all’interno dell’attuale ideologia penitenziaria»<sup>105</sup>, secondo la quale «il trattamento penitenziario deve essere conforme ad umanità e deve assicurare il rispetto della dignità della persona»: così l’art. 1, legge n. 354 del 1975 che traduce in vincolo *positivo* l’omologo divieto costituzionale<sup>106</sup>.

Segna anche un’inversione di rotta nell’evoluzione storica del diritto punitivo, scandita dal lento ma progressivo passaggio dalla pena corporale alla pena segregativa: allo stato del giure, in ragione dell’operante dispositivo proibizionista inframurario, la sentenza di condanna «si sostanzia, si fa corpo»<sup>107</sup> e la punizione si fa «castigo»<sup>108</sup>, supplizio che sul corpo estende la sua presa<sup>109</sup>.

## 7. Fattibilità e indicazioni di metodo.

Fin qui le molte e – a mio avviso – fondate criticità costituzionali dell’operante dispositivo proibizionista: «non si sfugge, insomma, alla necessità di istituzionalizzare, con tutti gli accorgimenti e le cautele che si vogliono, il diritto al rapporto sessuale» dietro le sbarre<sup>110</sup>.

A tale scopo esiste già un ventaglio di soluzioni normative possibili. Si ritrovano squadernate nell’esperienza comparata, nei numerosi progetti di legge presentati

<sup>104</sup> *Contra* A. DIDI, *Il diritto del detenuto*, cit., pp. 103 e 110.

<sup>105</sup> A. PULVIRENTI, *I diritti del detenuto*, cit., p. 198

<sup>106</sup> Il pertinente rilievo è di E. FORTUNA, *Il sesso nel carcere*, cit., p. 72. Sia come sia – positivo o negativo – per Costituzione, molto semplicemente, «i trattamenti contrari al senso di umanità non sono pene, le quali *non possono consistere* in essi» (G.M. FLICK, *I diritti dei detenuti*, cit., p. 5). Che la disumanità della pena, in quanto radicalmente contraria alla dignità umana, non possa essere «in alcun caso né ammessa né tollerata» è anche la convinzione di G. SILVESTRI, *La dignità umana*, cit., p. 5.

<sup>107</sup> N. VALENTINO, *Le istituzioni dell’agonia*, cit., 2017, p. 16, sia pure in riferimento alle pene capitali (ergastolo e pena di morte). Non diversamente, A. SOFRI, *Note sul sesso*, cit., p. 109, parla di «carcere come tormento sessuale».

<sup>108</sup> E. FORTUNA, *Il sesso nel carcere*, cit., p. 71.

<sup>109</sup> Così – sulla scia di Foucault – L. RE, *La sessualità rimossa*, cit., p. 1.

<sup>110</sup> Come già nel lontanissimo 1970 sostenevano G. BOLINO-A. DE DEO, *Il sesso nelle carceri*, cit., p. 91, a conclusione della loro pionieristica indagine sociologica sul comportamento sessuale dei detenuti.

alla Camera e al Senato nelle scorse legislature<sup>111</sup>, nelle proposte elaborate ai Tavoli 6 e 14 degli Stati Generali dell’Esecuzione penale<sup>112</sup> o in quella della Commissione ministeriale incaricata di elaborare il decreto legislativo delegato per la riforma dell’ordinamento penitenziario nel suo complesso, in attuazione della legge n. 103 del 2017<sup>113</sup>. Utile può ancora rivelarsi l’originario art. 61 del progetto di regolamento penitenziario del 2000<sup>114</sup>, a suo tempo bocciato dal Consiglio di Stato non per il contenuto normativo ma per l’impossibilità di veicolarlo, *contra legem*, mediante fonte secondaria.

La stessa Corte costituzionale – nella già ricordata sentenza n. 301/2012 – ha tracciato le linee guida per una futura legge possibile. Servirà «una disciplina che stabilisca termini e modalità di esplicazione del diritto di cui si discute: in particolare, occorrerebbe individuare i relativi destinatari, interni ed esterni, definire i presupposti comportamentali per la concessione delle “visite intime”, fissare il loro numero e la loro durata, determinarne le misure organizzative». Nel contempo, si tratterà anche di fare fronte alla «ineludibile necessità di bilanciare il diritto evocato con esigenze contrapposte, in particolare con quelle legate all’ordine e alla sicurezza nelle carceri e, *amplius*, all’ordine e alla sicurezza pubblica»<sup>115</sup>.

Nell’individuare le soluzioni a tutti questi problemi organizzativi può essere utile attenersi a due indicazioni di metodo.

---

<sup>111</sup> Indicazioni esaustive in C. RENOLDI, *Il diritto all’affettività*, cit., 215-216 nota 2, con riferimento alla X, XIII, XIV, XV e XVI Legislatura. Quanto all’attuale XVIII Legislatura, non risultano ad oggi iniziative legislative simili depositate alla Camera o al Senato; non fa eccezione A.S. n. 93, 23 marzo 2018, Iori e altri, *Modifiche alla legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di relazioni affettive tra i detenuti e i figli minori*, che non riguarda il problema delle relazioni sessuali inframurarie.

<sup>112</sup> I documenti finali elaborati dal Tavolo 6 (*Mondo degli affetti e territorializzazione della pena*) e dal Tavolo 14 (*Esecuzione penale: esperienze comparative e regole internazionali*) si possono consultare nel sito istituzionale del Ministero della giustizia ([www.giustizia.it](http://www.giustizia.it)).

<sup>113</sup> In attuazione dell’art. 1, comma 85, lett. (n) («riconoscimento del diritto all’affettività delle persone detenute e internate e disciplina delle condizioni generali per il suo esercizio») della legge di delega 23 giugno 2017, n. 103, la suddetta Commissione ministeriale (presieduta dal Prof. Glauco Giostra) aveva elaborato una proposta di modifica degli artt. 18 («Colloqui, *incontri intimi*, corrispondenza e informazione») e 28 («*Affettività e rapporti con la famiglia*») dell’ordinamento penitenziario, proponendo altresì l’inserimento di un nuovo art. 37-*bis* («*Gestione degli incontri e tutela dell’affettività*») nel relativo regolamento di esecuzione. È noto che il Governo Gentiloni ha preferito non concluderne l’*iter* con la sua emanazione. Per parte sua, il Governo Conte, nel dare attuazione alla delega parlamentare con il decreto legislativo 2 ottobre 2018, n. 123, non ha inteso recepire tali misure.

<sup>114</sup> Vedi, *supra*, §3.1.

<sup>115</sup> *Considerato in diritto*, punto 3.

Innanzitutto, fondamentale sarà adoperare come bussola il dato costituzionale di fondo<sup>116</sup>: il diritto alla sessualità come posizione soggettiva costituzionalmente riconosciuta (anche) al detenuto, perché coesistente alla persona umana<sup>117</sup>. Da riconoscersi in sé e per sé, dunque, e non all’interno di una logica premiale quale strumento finalizzato prioritariamente alla risocializzazione del reo<sup>118</sup>. La relativa disciplina, di conseguenza, andrà impostata correttamente: in analogia a quanto già accade per gli istituti volti a salvaguardare le relazioni affettive familiari – corrispondenza, telefonate, colloqui, visite – anche le modalità ordinamentali per rendere possibile l’espressione finora negata della sessualità in carcere dovrebbero prescindere da una valutazione sulla condotta del detenuto che ne farà richiesta. Valutazioni di tipo premiale potranno entrare in gioco, semmai, per incrementarne la fruizione, non per precluderne la concessione, così da tenere insieme entrambe le valenze della pena: umanità e rieducazione. Trattare la sessualità – al pari degli sconti di pena, dei benefici penitenziari, delle misure alternative alla detenzione – esclusivamente come *premio*, significa, né più né meno, ammettere che l’amputazione della sessualità del reo è parte integrante della pena detentiva, giuridicamente riconosciuta e ammessa dall’ordinamento. Considerando la sessualità come elemento del trattamento penitenziario, quello che è un diritto fondamentale della persona subisce un’impropria «curvatura assorbente, paternalistica e potestativa dipendente dalla “graziosa concessione” dell’Autorità»<sup>119</sup>.

La seconda indicazione di metodo attiene a come implementare la soluzione normativa prescelta. Sarà bene procedervi per tappe progressive<sup>120</sup>: [1] svolgere, attraverso il Dipartimento dell’Amministrazione penitenziaria<sup>121</sup>, un preliminare monitoraggio sullo stato delle strutture penitenziarie, per verificare l’esistenza o meno di locali adatti allo scopo, eventuali soluzioni alternative intramurarie, interventi di ristrutturazione o di costruzione *ex novo*; [2] tracciare una precisa cornice legislativa di principio, da attuare mediante fonte regolamentare; [3]

<sup>116</sup> Vedi, *supra*, §6.2.

<sup>117</sup> Condividono tale impostazione A. PULVIRENTI, *Diritti del detenuto*, cit., p. 209; C. RENOLDI, *Il diritto all’affettività*, cit., p. 221; S. TALINI, *Diritto inviolabile*, cit., p. 1091.

<sup>118</sup> Come, invece, sostiene parte della dottrina pur favorevole alla rimozione del divieto di sessualità in carcere: cfr. C. BRUNETTI, *Il diritto all’affettività*, cit., p. 123; A. DIDI, *Il diritto del detenuto*, cit., p. 110; E. FORTUNA, *Il sesso nel carcere*, cit., p. 74.

<sup>119</sup> F. MAISTO, *Afflittività e affettività*, cit., p. 183

<sup>120</sup> Seguendo in ciò l’utile suggerimento empirico del Tavolo 14 degli Stati Generali dell’Esecuzione penale: cfr., in particolare, A. DELLA BELLA, *Riconoscimento del diritto all’affettività delle persone detenute: uno sguardo all’esperienza francese*, paper.

<sup>121</sup> Come già fatto in passato: cfr. Circolare DAP, 6 maggio 1997, *Affettività in carcere*, emanata dall’allora capo del DAP, Michele Coiro: la si può leggere in *Dir. Pen. e Proc.*, 1997, p. 866.

realizzare un periodo di sperimentazione e una sua successiva valutazione, attraverso la realizzazione di mirati esperimenti-pilota in alcuni istituti penitenziari<sup>122</sup>; [4] ricalibrare il quadro normativo regolamentare in base ai risultati sperimentati; [5] implementare su scala nazionale la novità ordinamentale così tarata.

La carenza di strutture adeguate in un contesto di persistente sovraffollamento carcerario è sempre stata una delle ragioni addotte come ostacolo alla soluzione del problema. Ebbene, l’edilizia penitenziaria, cui il neo Guardasigilli ha dichiarato di voler dare nuovo impulso, ben potrà prevedere o subire in corso d’opera apposite varianti per contemplare – all’interno delle nuove carceri in costruzione come pure in quelle in via di ristrutturazione – adeguati spazi abitativi per l’esercizio di un diritto fino ad oggi sempre negato. Ne guadagnerà anche la qualità della vita carceraria, altra priorità dell’azione politico-amministrativa indicata dalla nuova amministrazione della Giustizia<sup>123</sup>.

## 8. Prevedibili obiezioni polemiche.

<sup>122</sup> In tal senso – sia pure sul piano dei rapporti affettivi, e non delle relazioni sessuali – si muoveva già la Circolare DAP, 24 aprile 2010, *Nuovi interventi per ridurre il disagio derivante dalla condizione di privazione della libertà e per prevenire fenomeni auto aggressivi*, a firma del Direttore Generale Sebastiano Ardita, che invitava i Provveditori Regionali al massimo impegno «nell’adozione, anche in via sperimentale, di tutte le possibili misure, organizzative e operative, adatte a valorizzare, nei limiti della normativa vigente, gli spazi e i momenti di affettività fra i detenuti e i loro congiunti e familiari. A tale scopo sarà particolarmente utile fare riferimento a quanto si è già posto in essere in alcune realtà, presenti in varie parti del territorio nazionale. Le SS.LL. dovranno tenere costantemente aggiornata questa direzione generale sulle misure che verranno adottate, sugli effetti che queste sortiranno e sulle controindicazioni che emergeranno dall’esperienza applicativa. [...] Occorre farsi carico di un nuovo modello trattamentale fondato sul mantenimento delle relazioni affettive, la cui mancata coltivazione rappresenta la principale causa del disagio individuale e un grave motivo di rischio suicidario. [...] È, dunque, necessario fare tutto il possibile per evitare che le migliori scelte amministrative restino confinate nelle strutture in cui sono nate. Per tale ragione sarà opportuno, anche con il coinvolgimento del Magistrato di Sorveglianza, elaborare progetti che, tenendo conto sia delle caratteristiche logistico-ambientali della struttura che delle peculiarità della popolazione detenuta, facciano perno sulla valorizzazione dei momenti di affettività per rafforzare i percorsi trattamentali».

<sup>123</sup> Cfr. l’audizione del Ministro della Giustizia, Alfonso Bonafede, sulle linee programmatiche del suo dicastero illustrate in Commissione Giustizia il 12 luglio 2018 (reperibili nel sito istituzionale [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it)), nonché le interviste allo stesso Guardasigilli (*Il Ministro Bonafede: “non siamo per le manette, ma per pene certe e rapide”*, in *La Stampa*, 14 luglio 2018) e al nuovo Capo del DAP, Francesco Basentini (“*Niente svuota-carceri, va migliorata la vita dei detenuti*, in *Il Dubbio*, 15 settembre 2018).

Dunque, non c'è incompatibilità tra esercizio della sessualità inframuraria e regime penitenziario né esistono insuperabili difficoltà di ordine operativo per rendere tutto questo possibile. Semmai, sopravvivono forti resistenze – ideologiche e culturali – all'introduzione di una sua disciplina costituzionalmente orientata, ripetutamente espresse attraverso prevedibilissimi argomenti contrari.

Alcuni giocano su facili ironie di sicura presa nel distratto e disinformato dibattito pubblico<sup>124</sup>. Qualche esempio? Il ministero della Giustizia trasformato in un'organizzazione di meretricio. L'amministrazione penitenziaria che si fa lenone attraverso i direttori degli istituti di pena, demansionati a «tenutari di bordello» ed a «procacciatori di donne». L'inclusione in ogni carcere di una sezione-postribolo, con annesso reparto profilattico. Il facile sarcasmo sulle «celle a luci rosse» e sul «coito a cura dello Stato» a favore di stupratori e assassini. Gli agenti di custodia chiamati a svolgere compiti assimilabili a quello di «stallieri addetti alle stazioni di monta animale».

Altri argomenti rivelano un mal celato retroterra sessuofobico. Anche qui, non è difficile esemplificare<sup>125</sup>: l'obiezione secondo cui si degraderebbe il detenuto da essere morale-razionale a uomo-animale, perché considerato incapace di contenere le proprie pulsioni sessuali. La negazione che l'obbligo di astinenza sessuale, forzata e prolungata, rappresenti davvero una «mutilazione funzionale». La necessità che la pena in carcere conservi il suo «carattere di austerità e di moralità». Di qui l'inconcepibilità stessa dell'idea di poter fare cose del genere in luoghi del genere<sup>126</sup>.

Né mancano preoccupazioni riconducibili alla comune matrice di un populismo penale oggi dilagante. Qui ad entrare in gioco sono le reazioni della gente comune, convinta che *dentro* «si deve stare peggio» che *fuori*<sup>127</sup>: altrimenti che galera sarebbe? Ecco perché la proposta del sesso in carcere verrebbe vissuta come

<sup>124</sup> Cfr. E. FERRI, *Studi sulla criminalità*, II ed., Torino, 1926, p. 276; S. MESSINA, *Il problema dei rapporti sessuali del detenuto*, in *Riv. Polizia*, 1972, p. 6; G. VELOTTI, *Il problema sessuale*, cit., pp. 279-280.

<sup>125</sup> Cfr. F. CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, cit., 194; A. MARCOZZI, *Il problema sessuale nelle carceri*, in *Riv. Studi Penit.*, 1960, p. 177 ss.; S. MESSINA, *Il problema dei rapporti*, cit., p. 8. Sulla sessuofobia quale tratto della storia penitenziaria italiana vedi G. NEPPI MODONA, *Carcere e società civile*, in *Storia d'Italia*, vol. II, Einaudi, Torino, 1973, pp. 1989-1991.

<sup>126</sup> È soprattutto dietro simili obiezioni che si coglie appieno quanto la corporeità della vita, con le sue pulsioni e i suoi desideri, sia percepita come un pericolo permanente da disattivare attraverso un'anestesia prolungata, fino al suo congelamento. Passa così, attraverso il sacrificio della sessualità, una delle modalità più efficaci per padroneggiare il corpo ristretto in carcere e – suo tramite – per signoreggiare sul detenuto.

<sup>127</sup> F. MAISTO, *Afflittività e affettività*, cit., p. 180.

un’inaccettabile provocazione. E il cittadino medio, indotto a guardare la relazione sessuale «come ad un consumo di lusso», si ribellerebbe all’idea che lo Stato ne faccia regalo a delinquenti che, in cella, «hanno anche la televisione»<sup>128</sup>: che cosa pretendono ancora?

In risposta a tutto ciò – oltre a dover ribadire che il carcere non può essere inteso quale luogo di annullamento dei diritti e delle emozioni – andrà costruita una soluzione ordinamentale che eviti la sovrapposizione automatica tra affettività e sessualità, riconoscendo in quest’ultima una scelta possibile per il detenuto, non un obbligo<sup>129</sup>. Diversamente, «dignità più o meno malintesa e scetticismo si farebbero sentire presto nelle risposte dei detenuti» e dei loro familiari<sup>130</sup>, per il carattere umiliante e artificiale di incontri sessuali periodici, esposti alla malizia degli estranei, in un contesto sordidamente carcerario. Le future unità abitative familiari intramurarie (come pure i presupposti soggettivi, oggettivi e di durata per usufruirne), andranno quindi pensate quali luoghi adatti alla relazione personale e familiare, non solo all’incontro fisico. Inseriti così in un percorso di umanizzazione della pena e di risocializzazione del detenuto, la loro gestione non comporterà alcuna metamorfosi dei compiti istituzionali dell’amministrazione e del corpo di polizia penitenziaria, né alcuna degradazione per la dignità di chicchessia.

## 9. Un passo costituzionalmente necessitato, in tre mosse.

Riepilogando: il vincolo *negativo* e il vincolo *positivo* del disegno costituzionale della pena (art. 27, comma 3, Cost.) convergono nell’escludere la legittimità dell’operante dispositivo proibizionista, confermando così – anche in tale ambito – il loro muoversi «in un contesto unitario, non dissociabile», dato che «un trattamento penale ispirato a criteri di umanità è necessario presupposto per un’azione rieducativa del condannato»<sup>131</sup>. L’insostenibilità del vigente e vivente divieto trova conferma nelle molteplici criticità costituzionali di cui è causa

<sup>128</sup> A. SOFRI, *Le braci del sesso in carcere*, in A. SOFRI-F. CERAUDO, *Ferri battuti*, cit., p. 116. In fondo, affettività e sessualità non sono un diritto neppure per le persone libere: perché, allora, dovrebbero essere assicurate ai detenuti? L’interrogativo ha un vizio d’origine, perché non è possibile tracciare un’equivalenza tra la rinuncia (volontaria o subita) alla relazione affettivo-sessuale con il divieto di curarla dietro le sbarre (dove rappresenta «un’opportunità castrata in partenza»: RISTRETTI ORIZZONTI, *L’amore a tempo di galera*, cit., p. 241).

<sup>129</sup> Cfr. E. FORTUNA, *Il sesso nel carcere*, p. 78; E. RESTA, *Introduzione*, in F. CORLEONE, *La Giustizia come metafora*, cit., p. 88.

<sup>130</sup> A. SOFRI, *Le braci del sesso*, cit., p. 116; S. MESSINA, *Il problema dei rapporti*, cit., p. 15, non esita a parlare di vero e proprio «avvilimento» della relazione coniugale e del sacro vincolo matrimoniale, entrambi insudiciati (*sic*) da rapporti carnali in ambiente carcerario.

<sup>131</sup> Sentenza costituzionale n. 279/2013, ma già prima le sentenze nn. 12/1966 e 376/1997.



efficiente (in relazione agli artt. 2, 13, commi 1 e 2, 25, comma 2, 27, comma 3, 29, 31, 32, commi 1 e 2)<sup>132</sup>.

Se è vero che in materia di sessualità inframuraria il legislatore è titolare di una «*potestas* ampiamente discrezionale»<sup>133</sup>, tale *potestas* però non include l’inibizione assoluta del diritto alla sessualità inframuraria. Eppure è proprio questa la realtà ordinamentale concreta, refrattaria a soluzioni organizzative fattibili e altrove già sperimentate, precluse da un vuoto normativo riempito in sede applicativa da un divieto assoluto.

Contro questo diritto vivente vale quanto scolpito nella sentenza n. 26/1999, una delle pronunce miliari della Corte costituzionale in materia penitenziaria<sup>134</sup>: «l’idea che la restrizione della libertà personale possa comportare per conseguenza il disconoscimento delle posizioni soggettive attraverso un generalizzato assoggettamento all’organizzazione penitenziaria è estranea al vigente ordinamento costituzionale, il quale si basa sul primato della persona e dei suoi diritti». Tali diritti «trovano nella condizione di coloro i quali sono sottoposti a una restrizione della libertà personale i limiti a essa inerenti, connessi alle finalità che sono proprie di tale restrizione, *ma non sono affatto annullati da tale condizione*». Dunque, la restrizione della libertà personale secondo Costituzione non comporta affatto «una *capitis deminutio* di fronte alla discrezionalità dell’autorità preposta alla sua esecuzione», né – è lecito aggiungere – dell’autorità politica preposta alla sua normazione.

Ecco perché il superamento dell’operante dispositivo proibizionista rappresenta «un passo costituzionalmente necessitato»<sup>135</sup>. Sul *come* farlo, quel passo, suggerisco una strategia in tre mosse.

### **9.1. Il deposito in Senato di un disegno di legge d’iniziativa popolare.**

Servirebbe un’integrazione normativa all’ordinamento penitenziario<sup>136</sup>. La via maestra dell’intervento legislativo ha, però, il vento contro di un’ansia securitaria e

<sup>132</sup> Il plesso di norme-parametro invocabili può ulteriormente allargarsi anche all’art. 3, comma 2, Cost. e ai tanti pertinenti divieti transnazionali integrativi dell’art.117, comma 1, Cost. (ad esempio, l’art. 3 CEDU e l’art. 7 Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici).

<sup>133</sup> F. FIORENTIN, *Affettività e sessualità*, cit., p. 4727.

<sup>134</sup> Pronuncia, peraltro, nata da una controversia non estranea al diritto alla libertà sessuale del detenuto: la ricostruisce in dettaglio M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti*, cit., pp. 54-56.

<sup>135</sup> S. TALINI, *Diritto inviolabile*, cit., p. 1095.

<sup>136</sup> Meglio ancora se diretto alla revisione e all’ampliamento dell’accesso all’istituto dei permessi premio ex art. 30-ter: questa è la prospettiva di *jus condendum* tracciata in un dossier del DAP (*Le dimensioni dell’affettività*, Dispense dell’ISSP, n. 3, settembre 2013, pp. 56-61, in [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it)). Ammesso e non concesso che esistano le condizioni politiche per una simile integrazione, residuerebbe sempre una parte della popolazione

patibolare che gonfia le vele a chi è contrario ad una simile riforma. È sotto gli occhi di tutti, e da tempo, la «retrocessione del sentimento pubblico a proposito della galera»<sup>137</sup>; uno spirito pubblico addestrato all’idea della pena come afflizione corporale, da scontare fino all’ultimo giorno dentro una cella. Occorrerebbe un miracolo perché in Parlamento si esprimesse un indirizzo politico opposto, ma i miracoli – per definizione – sono contro natura: è inutile invocarli.

Ciò nonostante è inaccettabile che il legislatore non intervenga, a fronte di una violazione costituzionale. Si tratta, allora, di costringerlo a farlo, muovendo dal presupposto - ineludibile per ogni battaglia di scopo combattuta in nome della legalità attraverso il diritto - che i propri argomenti possano persuadere, «*come se chiunque potesse essere convinto*»<sup>138</sup>.

Per riuscirci sarà necessario posizionare sulla scacchiera – in modo strategicamente coordinato – alcune pedine, la prima delle quali dovrebbe essere un disegno di legge in materia d’iniziativa popolare<sup>139</sup>, da depositarsi presso il Senato della Repubblica. La recente modifica regolamentare intervenuta a Palazzo Madama, infatti, prevede ora – *ex art. 74* – l’obbligo per le competenti commissioni parlamentari di «iniziare l’esame dei disegni di legge di iniziativa popolare ad esse assegnati entro e non oltre un mese dal deferimento» – consentendo «l’audizione di un rappresentante dei proponenti designato dai primi dieci firmatari del disegno di legge» – e di concluderne l’esame «entro tre mesi dall’assegnazione». Decorsi tali

---

detenuta che – *de jure* o *de facto* – non potrebbe comunque beneficiarne. Da qui la necessità di ipotizzare – come si fa nel testo – una via per «s-prigionare» la dimensione affettivo-sessuale anche all’interno degli istituti di pena.

<sup>137</sup> A. SOFRI, *Le prigionie degli altri*, cit., p. 182. Come dimostra da ultima la parabola fallimentare, rispetto alle sue aspettative iniziali, della legge di delega n. 103 del 2017, «il cammino dell’istituzione penitenziaria verso la mitica riforma equivale alla corsa della tartaruga di Zenone col piè veloce Achille: la distanza non è mai colmata»: così, con la consueta sagacia, T. PADOVANI, *Il carcere tra storia e ragione*, in *Rass. Penit. e Crim.*, 2002, numero speciale (*Carcere: esperienze e documenti. La ristampa anastatica de «Il Ponte»*, marzo 1949), p. 14.

<sup>138</sup> A. SOFRI, *Altri Hotel*, cit., p. 202 (il corsivo è testuale).

<sup>139</sup> Assai recentemente se n’è fatta carico – sia pure all’interno di un’iniziativa mirante all’introduzione di norme per la prevenzione dei suicidi in carcere – l’associazione Antigone, elaborando una proposta di legge in due articoli, il primo dei quali mira a introdurre il seguente art. 18-*bis* nell’ordinamento penitenziario: «*I detenuti e gli internati, oltre ai colloqui, sono ammessi ad avere visite private con i congiunti e persone a cui sono legate da vincoli affettivi. Le visite si svolgono in appositi locali separati dallo sguardo esterno e dotati di bagno con doccia, cucinotto, letti e altro arredamento, dove i detenuti possano trascorrere del tempo continuato con i propri cari senza sorveglianza se non esterna. I detenuti e gli internati hanno diritto a quattro visite al mese della durata di due ore ciascuna [...]».* Cfr. P. GONNELLA, *Aumentano i suicidi in carcere, come prevenirli*, in *Il manifesto*, 23 dicembre 2018.

termini, «il disegno di legge è iscritto d’ufficio nel calendario dei lavori dell’Assemblea. In tale caso, la discussione si svolge sul testo dei proponenti». Sono regole procedurali che garantiscono tempi e modi circa la presa in carico in Aula dell’iniziativa legislativa popolare, non più destinata – come in passato – ad un pressoché inevitabile e rassegnato insabbiamento.

## 9.2. Dieci, cento, mille reclami giurisdizionali *ex art. 35-bis o.p.*

Parallelamente, a supporto del disegno di legge d’iniziativa popolare, andrà attivata una vera e propria campagna di affermazione civile, mirante a denunciare l’operante dispositivo proibizionista del diritto alla sessualità inframuraria.

Lo strumento giurisdizionale su cui fare leva sarà, preferibilmente, il reclamo al giudice di sorveglianza *ex art. 35-bis* l. n. 354 del 1975, attraverso il quale denunciare «l’inosservanza da parte dell’amministrazione di disposizioni previste dalla presente legge e dal relativo regolamento, dalla quale derivi al detenuto o all’internato un attuale e grave pregiudizio all’esercizio dei diritti» (*ex art. 69*, comma 6, lett. *b*).

Lo scopo di tali reclami, introdotti in misura auspicabilmente seriale, sarà duplice. Serviranno innanzitutto ad accertare, in sede giurisdizionale, la reiterata negazione del diritto alla sessualità inframuraria (perché questo, realisticamente, non potrà che essere l’esito dei reclami, in ragione delle fonti penitenziarie vigenti), confermando così la necessità di rimediare a ciò attraverso l’intrapresa iniziativa legislativa popolare. Serviranno poi, e soprattutto, a trasformare quella stessa sede giurisdizionale in piattaforma di lancio per proiettare a Palazzo della Consulta una rinnovata *quaestio*, attraverso cui denunciare l’incostituzionalità del diritto vivente sedimentatosi sulle fonti normative penitenziarie in materia.

Il precedente rappresentato dalla sentenza n. 301/2012 non pregiudica l’esito di una rinnovata eccezione d’incostituzionalità a Palazzo della Consulta: allora, il Magistrato di Sorveglianza di Firenze commise due errori, entrambi scontati con l’inammissibilità della sua *quaestio*: [1] l’omessa descrizione della fattispecie concreta, con conseguente difetto di motivazione in punto di rilevanza; [2] la richiesta di un intervento puramente e semplicemente ablativo dell’art. 18, comma 2, legge n. 354 del 1975, nella parte in cui prevede il controllo visivo del personale di custodia sui colloqui, così formulando un *petitum* inidoneo allo scopo di assicurare un’adeguata tutela alle esigenze affettivo-sessuali dei soggetti detenuti<sup>140</sup>. Se correttamente e diversamente formulata, la *quaestio* verrà invece

<sup>140</sup> A commento della sentenza n. 301/2012, cfr. A. BONOMI, *Status del detenuto*, cit., pp. 276-279; A. DIDI, *Il diritto del detenuto*, cit., p. 99 ss.; T. GRIECO, *La Corte costituzionale sul diritto dei detenuti all’affettività ed alla sessualità*, in *Dir. Pen. Cont.*, 17 gennaio 2013, p. 1 ss. F. FIORENTIN, *Affettività e sessualità*, cit., pp. 4726 ss.; ID, *Detenzione e tutela*, cit.,

affrontata nel merito dalla Corte costituzionale e potrà anche farvi breccia, considerata l’inerzia legislativa con la quale le Camere (non) hanno risposto al monito già speso dalla Consulta nella sua precedente pronuncia<sup>141</sup>.

### 9.3. Una *quaestio* mirata ad ottenere dalla Corte costituzionale una sentenza additiva di principio.

Il suggerimento strategico, per i giudici *a quibus*, è di mirare ad una sentenza additiva *di principio*. Anche qui il precedente del 2012 non si rivela affatto ostativo. Reinterpretato come una richiesta di intervento additivo, il *petitum* del Magistrato di Sorveglianza di Firenze esprimeva una precisa (ma errata) scelta di fondo: riconoscere il diritto alla sessualità ai soli detenuti coniugati o che intrattengano rapporti di convivenza stabile *more uxorio*, escludendo tutti gli altri. Detta soluzione – si legge, in replica, nella sentenza n. 301/2012<sup>142</sup> – «non solo non è l’unica ipotizzabile [...], ma non appare neppure coerente con larga parte dei parametri costituzionali evocati dallo stesso giudice *a quo*». La contrarietà di allora del Giudice delle leggi non fu, quindi, allo strumento in sé dell’additiva, ma al suo essere stato piegato per veicolare una specifica soluzione costituzionalmente non obbligata.

Diversamente, andrà chiesto alla Corte che accerti l’incostituzionalità della disciplina penitenziaria nella parte in cui non consente alle persone sottoposte a restrizione della libertà personale modalità di incontri prolungati e riservati, sottratti al controllo a vista del personale di custodia, al fine di tutelare il diritto all’intimità affettiva e sessuale del detenuto e dell’internato<sup>143</sup>. L’oggetto della *quaestio* andrà indicato nella norma vivente risultante dal combinato disposto degli artt. 18, comma 2, e 28, legge n. 354 del 1975 e delle relative norme regolamentari, quale unitaria matrice di un operante dispositivo proibizionista.

---

p. 974 ss.; A. MARTUFI, *Diritti dei detenuti*, cit., pp. 104-107; S. TALINI, *Diritto inviolabile*, cit., pp. 1089 ss.

<sup>141</sup> G. SILVESTRI, *La dignità umana*, cit., p. 6, parla in proposito di «estremo atto di deferenza verso il legislatore e le autorità politiche», non più rinnovabile a fronte del protrarsi dell’inerzia legislativa, mentre A. DIDI, *Il diritto del detenuto*, cit., p. 101, ricorda come non manchino precedenti dove, «di fronte alla prolungata indecisione del legislatore, la stessa Corte ha svolto appieno una funzione vicaria».

<sup>142</sup> *Considerato in diritto*, punto 4.

<sup>143</sup> Rimarrebbe irrisolto il problema per i detenuti in attesa di giudizio, peraltro sdrammatizzato in dottrina in considerazione del tempo mediamente breve della loro custodia cautelare (E. FORTUNA, *Il sesso nel carcere*, cit., pp. 79-80; E. Di SOMMA, *L’affettività in carcere*, cit., p. 867). Peraltro, se gli imputati detenuti – ex art. 15, comma 3, legge n. 354 del 1975 e art. 51 del regolamento di esecuzione – possono chiedere l’ammissione ad attività trattamentali, tra queste non si vede perché non potrebbero essere inclusi anche i (futuri) permessi d’amore in carcere.

L’esigenza costituzionale che la Consulta sarà così chiamata a riconoscere con la forza del suo giudicato, potrà svolgere la funzione che è propria di ogni sentenza additiva di principio<sup>144</sup>. In prospettiva, la dichiarazione d’illegittimità costituzionale della mancata previsione legislativa di un meccanismo idoneo ad assicurare l’effettività di un diritto costituzionalmente riconosciuto vincola il legislatore ad introdurlo e a disciplinarlo, nell’esercizio delle sue competenze. Nel frattempo, introduce nell’ordinamento un principio cui fare riferimento in sede applicativa, per porre rimedio all’illegittima omissione.

Difficilmente, la garanzia interinale del diritto alla sessualità inframuraria così riconosciuto potrà avvenire per opera del giudice di sorveglianza: salvo eccessi di costruttivismo interpretativo, infatti, non è dato intravedere quale disposizione legislativa vigente potrebbe essere adoperata per sostanziare le indicazioni di principio introdotte dal dispositivo della pronuncia della Consulta<sup>145</sup>. Quella garanzia interinale, semmai, andrà pretesa dall’amministrazione penitenziaria e dal Governo, se necessario insistendo con nuovi mirati ricorsi giurisdizionali, *ex art. 35-bis*, questa volta però con sicure *chances* di successo: il principio introdotto dal giudicato costituzionale, infatti, rappresenta il gancio normativo sufficiente a consentire di provvedere – tramite circolare o per via regolamentare – alla definizione di modi e limiti del diritto alla sessualità inframuraria<sup>146</sup>, supplendo

---

<sup>144</sup> Sull’uso di tale tecnica decisoria a rimedio di bilanciamenti illegittimi compiuti dal legislatore in ambito penitenziario cfr. A. BONOMI, *Status di detenuto*, *cit.*, p. 125 nota 57, ma *passim*. Ed è proprio in ambito penitenziario – all’indomani della sentenza n. 26/1999 – che si è sviluppata la prima riflessione dottrinale circa l’efficacia vincolante di simili pronunce: cfr. S. BARTOLE, *I requisiti dei procedimenti giurisdizionali e il loro utilizzo nella giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1999, p. 190 ss.; M. RUOTOLO, *La tutela dei diritti del detenuto tra incostituzionalità per omissione e discrezionalità del legislatore*, *ivi*, 1999, p. 203 ss.

<sup>145</sup> Vedi però A. MARTUFI, *Diritti dei detenuti*, *cit.*, pp. 105-106, che ritiene rimodulabile per via interpretativa il bilanciamento legislativo sottostante all’art. 18, comma 2, legge n. 354 del 1975, nel senso di riconoscere un maggior spazio di discrezionalità in favore dell’amministrazione penitenziaria (considerata anche la lettera della disposizione, che si limita ad evocare la possibilità della sorveglianza visiva).

Una simile opzione interpretativa potrebbe trovare supporto nella nuova formulazione dell’art. 18, comma 2 (introdotta dall’art. 11, comma 1, lett. g), n. 3 del decreto legislativo n. 123 del 2018), laddove prevede che «i locali destinati ai colloqui con i familiari favoriscono, ove possibile, una dimensione riservata del colloquio e sono collocati preferibilmente in prossimità dell’ingresso dell’istituto».

<sup>146</sup> Che una pronuncia additiva di principio della Corte costituzionale renda possibile un intervento normativo «quanto meno regolamentare, per determinare le modalità di svolgimento degli incontri» in carcere, è anche il convincimento di S. TALINI, *Un diritto “sommerso”*, *cit.*, p. 9; ID., *Diritto inviolabile*, *cit.*, p. 1095; ID., *Famiglia e carcere*, *cit.*, p. 6. Un simile intervento del Giudice delle leggi rafforzerebbe la prospettiva di chi invita a

così ad un’inerzia legislativa che, anche per questo, non potrà prolungarsi all’infinito.

#### 9.4. Il ruolo trainante della popolazione detenuta.

Da ultima, ma non per ultima, una raccomandazione in chiave di politica del diritto. Nella raccolta delle firme necessarie al disegno di legge d’iniziativa popolare *ex art. 71, comma 2, Cost.*, così come – ovviamente – nella promozione dei reclami *ex art. 35-bis, legge n. 354 del 1975*, andrà privilegiata, quale bacino cui attingere, la comunità dei detenuti, riconoscendole così una funzione di traino. A dimostrazione – come già accaduto per il problema del c.d. sovraffollamento carcerario<sup>147</sup> – che dietro le sbarre non si pretendono inusitati privilegi minacciando il ricorso alla violenza, semmai il rispetto della legalità costituzionale e il suo ripristino attraverso gli strumenti dello Stato di diritto.

È questo il valore aggiunto di una battaglia di scopo che, anche per ciò, merita di essere incardinata.

---

valorizzare il principio di proporzionalità dell’azione amministrativa (sulla scorta delle direttive europee in tema), ritenendo l’amministrazione penitenziaria vincolata a optare per l’intervento meno invasivo, alla luce dei criteri di idoneità, necessità e adeguatezza (così ancora A. MARTUFI, *Diritti dei detenuti, cit.*, pp. 106-107, sulla scia di G.M. NAPOLI, *Il principio di proporzionalità nell’esecuzione penitenziaria. Poteri amministrativi autoritativi e diritti della persona detenuta*, in *Dir. Pen. Cont.*, 6 febbraio 2015). Che l’amministrazione «molto può e deve fare [...] interpretando e attuando le disposizioni del diritto penitenziario alla luce della Costituzione e degli obblighi internazionali» è anche convinzione di M. RUOTOLO, *Integrazione e maieutica, cit.*, p. 37.

In generale, con specifico riferimento al problema se il principio introdotto dall’additiva pronunciata dalla Corte costituzionale possa soddisfare il principio di legalità dell’amministrazione, così legittimandone l’azione, cfr. P. GIANGASPERO, *Il principio di legalità e il “seguito amministrativo” delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, Trieste, p. 2003; M. MAGRI, *La legalità costituzionale dell’amministrazione: ipotesi dottrinali e casistica giurisprudenziale*, Milano, 2002.

<sup>147</sup> Problema iscritto nell’agenda politica del Paese a seguito delle condanne dell’Italia a Strasburgo, provocate da seriali ricorsi individuali promossi da detenuti ristretti in condizioni inumane e degradanti: cfr. Corte EDU, 16 luglio 2009, *Sulejmanovic c. Italia* (ric. n. 22635/03); Corte EDU, 8 gennaio 2013, *Torreggiani e altri c. Italia* (ric. nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10, 37818/10). Vedi anche Corte EDU, 25 settembre 2014, *Stella e altri c. Italia* (ric. n. 49169/09); Corte EDU, 25 settembre 2014, *Rexepi e altri c. Italia* (ric. n. 47180/10).