



DIRITTO INVIOLEBBILE O INTERESSE CEDEVOLE? AFFETTIVITÀ E SESSUALITÀ DIETRO LE SBARRE (SECONDO LA SENTENZA N. 301 DEL 2012)*

di SILVIA TALINI



SOMMARIO: 1. La vicenda processuale e la *quaestio*. – 2. Dietro le quinte della sentenza: la tutela dei rapporti affettivi nell'ordinamento penitenziario. – 3. Un carcere dal volto più umano. Le modifiche apportate dal nuovo Regolamento di Esecuzione. – 4. Cenni giurisprudenziali. Il diritto all'affettività intramuraria tra Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e Giudice di Legittimità. – 5. La sentenza n. 301 del 2012: inammissibilità della *quaestio* e inadeguatezza del profilo ablativo richiesto. – 6. Un difficile punto di equilibrio: diritti inviolabili ed esigenze di sicurezza. – 7. La natura unitaria ma non indissolubile della sfera affettiva. Limiti soggettivi del diritto alla sessualità intramuraria. – 8. Avverso l'inerzia del legislatore italiano: la valenza anche "monitoria" della pronuncia e l'obbligo sovranazionale di ridisegnare gli spazi del carcere in un'ottica costituzionale.

1. LA VICENDA PROCESSUALE E LA *QUAESTIO*

Con l'ordinanza di rimessione n. 132 del 2012 il Tribunale di Sorveglianza di Firenze ha portato all'attenzione della giustizia costituzionale una questione fortemente avvertita dalla popolazione detenuta: il riconoscimento del diritto all'affettività-sessualità intramuraria.

Tale tematica assume un'importanza particolare anche in riferimento alla dimensione "bilaterale" della pena: gli effetti dell'esecuzione penale non si riversano esclusivamente sul soggetto condannato, ma colpiscono indirettamente anche i familiari, "vittime dimenticate" la cui sfera affettiva inevitabilmente si comprime per effetto della sentenza di condanna¹.

La norma da censurare per riportare l'affettività

a una dimensione "naturale" sarebbe – secondo il giudice *a quo* – l'art. 18, comma 2, della legge n. 354 del 1975 ("Ordinamento penitenziario") che, imponendo l'obbligatorio controllo visivo del personale di custodia sui colloqui, di fatto impedirebbe la piena esplicazione del diritto all'affettività, di cui la sfera sessuale costituisce un'imprescindibile modalità espressiva.

L'impossibilità di sottrarsi al controllo visivo condurrebbe ad una compressione della libera manifestazione dell'affettività sia del soggetto ristretto sia dei suoi familiari, imponendo di fatto un'astinenza sessuale inevitabilmente connotata per il detenuto da repressione fisica e morale che, il più delle volte, lascerebbe come uniche, degradanti alternative «il sesso immaginato e negato che ha come conseguenza il sesso solitario» o «un'omosessualità indotta».

La situazione descritta contraddice quanto, sul punto, vorrebbe garantire il complessivo quadro normativo penitenziario. Non si concilia, infatti, con gli artt. 15 e 28 ord. penit. - che elevano l'agevolazione dei rapporti familiari a elemento positivo del trattamento², con il disposto dell'art. 61 del regolamento di esecuzione (adottato con d.p.r. n. 230 del 2000), rubricato "Rapporti con la famiglia e progressione nel trattamento" nonché con "la tendenza del regime penitenziario europeo"³.

* Contributo pubblicato previo parere favorevole formulato da un componente del Comitato per la valutazione scientifica.

¹ In questo senso v. J. MATTHEWS, *Forgotten Victims. How prison affects the family*, London 1983.

² A norma dell'art. 15, comma 1, ord. penit. «il trattamento del condannato e dell'internato è svolto [...] agevolando opportuni contatti con il mondo esterno ed i rapporti con la famiglia». Più specifico l'art. 28, rubricato "Rapporti con la famiglia": «particolare cura è dedicata a mantenere, migliorare o ristabilire relazioni dei detenuti e degli internati con le famiglie».

³ Ci si riferisce agli artt. 3 e 8, comma 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e alle due Raccomandazioni del Consiglio d'Europa n. 1340/1997, sugli effetti sociali e



Anche i permessi premio disciplinati dall'art. 30-ter ord. penit. che riporterebbero la sessualità in una dimensione di "normalità", non consentirebbero di superare l'*empasse*: ciò per l'evidente carattere residuale degli stessi, dovuto all'inapplicabilità nei confronti dei soggetti in attesa di giudizio e alle scelte normative del legislatore tese a ridurre drasticamente la concessione di misure premiali⁴.

L'art. 18, comma 2, ord. penit. si porrebbe quindi in contrasto con diversi parametri costituzionali, alla luce dei quali il rimettente solleva d'ufficio quattro eccezioni:

(1) Violazione degli artt. 2 e 3 Cost. come espressione del «principio supremo della libertà-dignità»⁵ e come «ancora normativa» di tutti i diritti inviolabili riconosciuti all'individuo in quanto tale, a prescindere da qualsiasi connotazione soggettiva o, in questo caso, da ogni valutazione sulla condotta.

L'impossibilità per il soggetto ristretto di esercitare il diritto all'affettività e alla sessualità con il coniuge o convivente stabile⁶, si porrebbe in contrasto con tale principio nonché con la nota sentenza costituzionale n. 26 del 1999⁷.

(2) Il continuo controllo visivo, conducendo ad un'astinenza sessuale coatta, sarebbe inoltre difficilmente conciliabile con i principi di cui all'art. 27, comma 3, Cost., che, esigendo una pena umana, rieducativa e risocializzante non può non ricomprendere la sfera affettiva nel senso più ampio.

Il giudice rimettente rileva altresì come tale diritto risulterebbe costituzionalmente legittimo solo nella misura in cui fosse previsto un lasso temporale idoneo a consentire la manifestazione affettiva, evitando «l'effetto umiliante [...] derivante dalla mera ammissione di "rapporti sessuali fra le parti"».

(3) Dalla lettura congiunta degli artt. 29, comma 1, e 31 Cost., emerge il ruolo propulsivo dello Stato nel favorire, proteggere e agevolare la famiglia e la maternità, e con essa, naturalmente, i rapporti affettivi che si creano al suo interno. È un quadro, quindi, che mal si concilierebbe con la scelta negazionista del legislatore, responsabile di un'astinenza sessuale coatta, consacrata dai c.d. «matrimoni "bianchi"», con la celebrazione dell'atto, ma non la consumazione dello stesso».

(4) Infine, le pratiche di autoerotismo e di omosessualità ricercata o coatta, traducendosi in «noci-ve ricadute stressanti di ordine fisico e psicologico» e comportando «un'intensificazione dei rapporti a rischio», violerebbero la tutela costituzionale accordata al diritto alla salute dall'art. 32 Cost.

Nel giudizio è altresì avanzata la richiesta, da parte dell'Avvocatura generale dello Stato, di declaratoria di inammissibilità o, comunque, di infondatezza della questione per indeterminatezza e ambiguità del *petitum* nonché per difetto di motivazione sulla rilevanza, non emendabile mediante la lettura diretta degli atti⁸.

La questione di legittimità rappresenta un'ottima occasione per sottoporre ad analisi critica la disciplina delle relazioni familiari nella normativa penitenziaria.

2. DIETRO LE QUINTE DELLA SENTENZA: LA TUTELA DEI RAPPORTI AFFETTIVI NELL'ORDINAMENTO PENITENZIARIO

La mancata previsione di un diritto alla sessualità intramuraria sembra porsi in un difficile rapporto di coerenza non solo con diverse disposizioni dell'ordinamento penitenziario ma anche con lo

familiari della detenzione, e alla regola n. 24.4 sulle regole penitenziarie europee del 2006. A conferma di tale "tendenza" l'art. 1, lett. c) della Raccomandazione del Parlamento europeo n. 2003/2188 (INI) del 2004, annovera tra i diritti da riconoscere ai detenuti quello ad avere «una vita affettiva e sessuale prevedendo misure e luoghi appositi». Questa tendenza appare altresì confermata dal riconoscimento di tale diritto, secondo diverse forme, in vari paesi anche al di fuori dell'area comunitaria.

⁴ Si veda la legge n. 251 del 2005 e, in particolare, l'art. 7, che modifica la legge penitenziaria in relazione ai permessi premio, alle misure alternative della semilibertà e della detenzione domiciliare, nonché al divieto generale di concessione di benefici sancito all'art. 58-*quater* ord. penit.

⁵ Così A. BALDASSARRE, voce *Libertà (problemi generali)*, in *Enc. giur.*, XIX, Roma 1990, p.20; F. MODUGNO, *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale*, Torino 1995, p. 107.

⁶ L'ordinanza di remissione, infatti, opera una distinzione tra la sfera affettiva e quella sessuale: la prima avrebbe una portata generale mentre la seconda verrebbe in rilievo solo se e in quanto esista un rapporto di matrimonio o di convivenza stabile.

⁷ In relazione al riconoscimento dei diritti inviolabili la Corte afferma che essi «trovano nella posizione di coloro che sono sottoposti a una restrizione della libertà personale, i limiti ad essa inerenti, ma non sono affatto annullati da tale condizione» e dunque, «la dignità della persona [...] anche in questo caso [...] è dalla Costituzione protetta attraverso il bagaglio degli inviolabili diritti dell'uomo che anche il detenuto porta con sé lungo tutto il corso dell'esecuzione penale».

⁸ Il *petitum* sarebbe inoltre incongruo rispetto allo scopo perseguito: l'eliminazione del controllo a vista non solo non comporterebbe l'automatico riconoscimento del diritto alla sessualità in carcere – richiedendo comunque un ponderato intervento in sede parlamentare – ma sarebbe contrario alla logica del bilanciamento per cui è stato normativamente previsto, rappresentando il frutto di un difficile punto di equilibrio tra esigenze punitive e garanzia dei diritti inviolabili.



spirito normativo di tale intervento. La riforma del '75 può, infatti, considerarsi sotto un duplice profilo: da un lato, è espressione di un movimento che ha condotto alla trasformazione della struttura sociale e del modo di concepire l'individuo ristretto in relazione allo Stato; dall'altro, in modo più specifico, essa risponde a un obbligo di adempimento rispetto alle norme costituzionali in tema di esecuzione penale e, in particolare, ai principi di umanizzazione e rieducazione che hanno posto delicati problemi di equilibrio tra garanzia dei diritti fondamentali, volontà punitiva dello Stato ed esigenze di ordine e sicurezza.

In effetti, il convincimento che la sfera affettiva rappresenti un aspetto indispensabile del trattamento, da proteggere dai danni derivanti dalla carcerazione, è ben espresso - non solo nei ricordati artt. 15 e 28 ord. penit. - ma nello stesso art. 1, comma 6, a norma del quale "Nei confronti dei condannati e degli internati deve essere attuato un trattamento rieducativo che tenda, anche attraverso i contatti con l'ambiente esterno, al reinserimento sociale degli stessi. Il trattamento è attuato secondo un criterio di individualizzazione in rapporto alle specifiche condizioni dei soggetti".

Il mantenimento di un legame con la dimensione familiare assume, quindi, duplice valenza: per un verso è parametro su cui modellare il processo di individualizzazione, per l'altro si erge a elemento positivo del trattamento. In questo modo, si abbandona l'antica logica della depersonalizzazione, e si punta alla valorizzazione degli elementi della personalità del detenuto ai fini del suo riadattamento sociale⁹.

Tali principi, lungi dal rappresentare mere enunciazioni formali, fungono da basi normative per altre previsioni riconducibili al tema del mantenimento dei rapporti familiari: si pensi all'art. 57 ord. penit. che legittima i prossimi congiunti a

richiedere i benefici previsti dalla normativa penitenziaria; al diritto del detenuto di poter informare immediatamente i familiari dell'ingresso in istituto o dell'avvenuto trasferimento (art. 29 ord. penit.); all'attenzione rivolta all'assistenza economica delle famiglie (artt. 23 e 45 ord. penit.) e al ruolo preminente assunto dalla sfera familiare nelle attività svolte dal consiglio di aiuto sociale per l'assistenza penitenziaria e post-penitenziaria (art. 75 ord. penit.).

Evidente è quindi il rapporto osmotico che lega tali riflessioni alla norma oggetto del giudizio, tesa a disciplinare un istituto - quello dei colloqui - che rappresenta lo strumento attraverso cui il mantenimento delle relazioni affettive dovrebbe essere concretamente garantito.

3. UN CARCERE DAL VOLTO PIÙ UMANO. LE MODIFICHE APPORTATE DAL NUOVO REGOLAMENTO DI ESECUZIONE

Il principio secondo cui il recupero del condannato non può prescindere dalla permanenza o dal ristabilimento della vita affettiva, rappresenta uno dei punti più innovativi dell'attuale regolamento di esecuzione.

Tale intervento, adottato sulla scia di numerosi provvedimenti nazionali e sovranazionali¹⁰, assume un'importanza particolare - per il tema che qui interessa - soprattutto in relazione al superamento di una logica di tipo premiale: gli istituti volti a migliorare, ristabilire o mantenere le relazioni affettive - in conformità con l'art. 18 ord. penit. - prescindono da una valutazione sulla condotta del soggetto e diventano strumenti del trattamento che l'amministrazione ha l'obbligo di garantire affinché la dimensione familiare continui ad incidere sulle condizioni psico-fisiche del detenuto e sulle sue prospettive di vita futura.

Espressione di tale spinta garantista sono soprattutto gli articoli 37 e 61 del regolamento, rispettivamente rubricati "Colloqui" e "Rapporti con la famiglia e progressione nel trattamento".

Nella formulazione della prima disposizione è evidente il cambiamento di prospettiva nel modo di concepire i legami affettivi. Così, i colloqui e le telefonate sono autorizzati dal direttore dell'istituto; è stato soppresso l'obbligo di comunicare all'ispettore distrettuale l'elencazione di colloqui con persone diverse dai congiunti o conviventi; aumenta il numero degli incontri da quattro a sei mensili (con la possibilità di superare tale limite quantitativo nei casi previsti dal nono comma)¹¹;

⁹ In tal senso G. DI GENNARO-R. BREDI-G. LA GRECA, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, Milano 1997, p. 4.

¹⁰ Nella normativa interna particolarmente incisive sono state le seguenti leggi: n. 663 del 1986; n. 395 del 1990; n. 492 del 1992 e n. 165 del 1998.

Quanto alle fonti sovranazionali vanno ricordate: la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950 (ratificata dall'Italia nel 1955); le Regole minime per il trattamento dei detenuti adottate dall'ONU nel 1955; le Regole penitenziarie europee stipulate dal Consiglio d'Europa nel 1973 e modificate nel 1987 nonché la Risoluzione sulle condizioni carcerarie nell'Unione europea, adottata dal Parlamento europeo nel 1998.

¹¹ A norma dello stesso articolo sono esclusi dall'aumento *ex lege* i detenuti o internati che hanno commesso i delitti di cui all'art. 4-bis, comma 1, ord. penit.



scompare la previsione dei due incontri supplementari la cui concessione era subordinata ad una valutazione premiale rimessa al direttore; è favorita la possibilità di svolgere i colloqui nei giorni festivi per i detenuti lavoratori. Infine, il comma 5 prevede che, fatte salve ragioni sanitarie o di sicurezza, i colloqui ordinari si svolgono senza pannelli divisorii. Tale disposizione, seppur apprezzabile per il tentativo di favorire l'espressione anche fisica dell'affettività, riafferma tuttavia l'obbligatorietà del controllo a vista del personale di Polizia per tutta la durata degli incontri.

L'art. 61 del regolamento impone invece una duplice riflessione.

Sotto un primo profilo, pur richiamando espressamente l'obbligatorietà del controllo a vista, emerge una rilevante modifica nei presupposti di concessione delle visite: se al comma 2, lett. b), dell'art. 76 del vecchio regolamento¹² queste venivano annoverate tra le "ricompense" che il direttore poteva concedere ai detenuti particolarmente meritevoli (ad esempio per l'assidua partecipazione alle attività trattamentali), la nuova formulazione abbandona tale ottica premiale, attribuendo primaria importanza alle valutazioni svolte dal gruppo trattamentale. Ne deriva che, basandosi esclusivamente su previsioni individualizzate inerenti alle problematiche potenzialmente derivanti dall'allontanamento del soggetto dal nucleo familiare, la concessione delle visite prescinde completamente da un'analisi della condotta in corso di esecuzione della pena.

In secondo luogo, con la nuova disciplina si è cercato di fornire una concreta soluzione normativa riguardo al delicato problema della sessualità intramuraria attraverso l'introduzione, nello schema originario dell'art. 61, di una particolare forma di permesso volto a consentire alle persone ristrette di trascorrere con i propri familiari fino a 24 ore continuative in apposite unità abitative all'interno dell'istituto di detenzione¹³.

L'elemento più innovativo della proposta consisteva senz'altro nel limitare il controllo all'esterno dei locali, salvo il ripristino dell'obbligatorietà in situazioni di comprovata emergenza. Si trattava, quindi, di una novità rilevante che avrebbe implicato un'importante affermazione del diritto di ogni detenuto a mantenere relazioni naturali fondamentali per la realizzazione del proprio diritto alla vita¹⁴.

La proposta, seppur apprezzabile sul piano del riconoscimento del diritto all'affettività-sessualità in ambiente penitenziario, era tuttavia destinata a scontrarsi con un'insormontabile antinomia ge-

rarchica, dovuta all'inconciliabilità del suo disposto con le previsioni del sovraordinato art. 18 ord. penit. È quanto accaduto: la Sezione consultiva del Consiglio di Stato, nel parere espresso sullo schema di regolamento nel corso dell'adunanza del 17 aprile 2000, rilevò come le scelte proposte non potessero trovare legittima collocazione in un atto regolamentare, richiedendo necessariamente «l'intervento del legislatore, al quale solo spetta il potere di adeguare una normativa penitenziaria che sembra diversamente orientata».

La conclusione del Consiglio di Stato è dunque analoga a quella richiesta dall'Avvocatura alla Corte: la previsione dei cc.dd. "permessi d'amore" in carcere non può che scaturire da una scelta parlamentare¹⁵.

Sulla scia di tali considerazioni, era difficilmente ipotizzabile – se non impossibile – che il diritto alla sessualità intramuraria fosse annoverato tra le posizioni soggettive giuridicamente riconosciute ai soggetti ristretti dalla recentissima Carta dei diritti e dei doveri dei detenuti e degli internati di cui all'art. 69, comma 2, del regolamento, il cui contenuto è stato stabilito con decreto del Ministro della Giustizia lo scorso 5 dicembre, in attuazione del d.p.r. n. 136 del 2012.

Se da un lato questo intervento ha sicuramente il pregio di consentire al detenuto una maggiore consapevolezza delle regole applicate nel contesto carcerario, dall'altro le disposizioni tese al mantenimento dei rapporti con la società esterna restano pressoché invariate. Con particolare riguardo alla disciplina dei colloqui la Carta, oltre a mantenere la previsione dei sei incontri mensili, ribadisce che essi si svolgono in appositi locali senza mezzi divisorii e sotto il controllo visivo e non auditivo del personale di custodia.

Ancora una volta, quindi, si interviene nel settore dell'esecuzione penale con una fonte secondaria le cui disposizioni non possiedono la forza

¹² Ci si riferisce al primo regolamento di esecuzione dell'ordinamento penitenziario adottato con d.p.r. n. 431 del 1976.

¹³ Tale soluzione è stata adottata da diversi Paesi di area europea, fra cui Spagna, Norvegia, Danimarca e Svezia.

¹⁴ Così P. CANEVELLI, *Il commento al Nuovo regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà*, in *D. pen. proc.* 2000, n. 10, p. 1321.

¹⁵ Non è possibile approfondire in questa sede l'intero panorama delle disposizioni del regolamento incidenti sulla disciplina dei rapporti con la famiglia. Basti ricordare: l'art. 14 in tema di ricezione, acquisto e possesso di oggetti e di generi alimentari; l'art. 73 che non esclude per il detenuto in isolamento di fruire dei colloqui e della corrispondenza telefonica con i familiari nonché gli artt. 38 e 39 sulla corrispondenza epistolare, telegrafica e telefonica.



giuridica necessaria ad apportare deroghe strutturali all'ordinamento penitenziario. Ne consegue che, nonostante gli apprezzabili sforzi della Carta nel fornire informazioni dettagliate di varia natura – ai detenuti e alle famiglie – sulle strutture e sui principi che fondano l'attività trattamentale, la scelta negazionista del legislatore italiano in ordine al diritto alla sessualità intramuraria appare ancora una volta confermata.

4. CENNI GIURISPRUDENZIALI. IL DIRITTO ALL'AFFETTIVITÀ INTRAMURARIA TRA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO E GIUDICE DI LEGITTIMITÀ

Il quadro normativo esaminato, dunque, impedisce di riconoscere l'espressione fisica della sessualità quale declinazione specifica della titolarità di diritti fondamentali della persona detenuta.

A questo proposito la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, pur escludendo che esista un obbligo positivo in capo agli Stati Parte di riconoscere un diritto alla sessualità intramuraria discendente dagli artt. 8 e 12 CEDU ("Diritto al rispetto della vita privata e familiare" e "Diritto al matrimonio"), ha più volte manifestato il proprio favore per gli interventi normativi rivolti in tal senso: «Rilevando positivamente i percorsi di riforma in diversi Stati europei tesi al miglioramento delle condizioni detentive attraverso l'agevolazione delle visite coniugali [...], attualmente il rifiuto di tali visite potrebbe ritenersi giustificato da ragioni di prevenzione penale»¹⁶. Considerazioni recentemente ribadite: «mentre la Corte ha espresso approvazione per l'evoluzione in favore delle visite coniugali, essa non ha ancora interpretato la Convenzione in senso tale da affermare che richieda agli Stati Parte di provvedere in merito a tali visite. Di conseguenza è questa un'area in cui gli Stati godono di ampia discrezionalità nella determinazione del percorso da seguire per garantire l'applicazione della Convenzione, con particolare riguardo alle necessità e alle risorse delle comunità nazionali»¹⁷.

¹⁶ Corte EDU, 29 aprile 2003, *Aliev contro Ucraina*, ricorso n. 41220/98.

¹⁷ Corte EDU, 4 dicembre 2007, *Dickson contro Regno Unito*, ricorso n. 44362/04. Si vedano inoltre: Commissione EDU, 22 ottobre 1997, *E.L.H. e altro contro Regno Unito*, ricorsi n. 32094/96 e 32568/96; Commissione EDU, 10 luglio 1980, *Draper contro Regno Unito*, ricorso n. 8186/78 nonché Commissione EDU, 3 ottobre 1978, *X. e altro contro Svizzera*, ricorso n. 8166/78.

¹⁸ Cass., sez. I, sent. n. 2008/48165.

¹⁹ Cass., sez. I, sent. n. 1992/1553. Dello stesso tenore Cass., sez. I, ord. n. 1992/1524.

Significativa appare, inoltre, l'equiparazione del convivente stabile al coniuge: chiarito che il mantenimento delle relazioni affettive è elemento essenziale del trattamento, la Corte specifica che «una coppia che convive da molti anni costituisce una "famiglia" quanto alle finalità dell'art. 8 della Convenzione e ha diritto alla medesima tutela a prescindere dal fatto che la loro relazione si svolga al di fuori del matrimonio».

Assai diversa la giurisprudenza ordinaria italiana. In una recente sentenza la Cassazione ha sancito che «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»¹⁸. L'istituto normativamente preposto a offrire tutela all'esigenza sessuale sarebbe piuttosto il permesso premio; per questo motivo «non 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 [...]. Tra gli eventi di particolare gravità 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». A questo proposito, va nuovamente ricordato come i permessi premio cui il Giudice di legittimità fa riferimento hanno un campo di applicazione assai limitato, restando preclusi a gran parte della popolazione carceraria. Il mancato riconoscimento di un diritto alla sfera sessuale risulta ancora più lampante in una pronuncia del 1992: «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 [...] il potere di contrastare, in tale suo stato, la detta limitazione opponendole un diritto civico della sua personalità privata»¹⁹.

Concludendo, è evidente come i due filoni giurisprudenziali – internazionale e nazionale – vadano in direzioni diametralmente opposte: la prima è tesa a favorire le scelte nazionali che hanno ancorato il riconoscimento del diritto alla sessualità intramuraria alla tutela della dignità umana; la seconda, al contrario, è espressione della scelta negazionista del legislatore italiano, che subordina il riconoscimento di tale diritto alle esigenze di ordine e sicurezza.





5. LA SENTENZA N. 301 DEL 2012: INAMMISSIBILITÀ DELLA QUAESTIO E INADEGUATEZZA DEL PROFILO ABLATIVO RICHIESTO

La Corte costituzionale ritiene la questione inammissibile sotto due profili.

In primo luogo, viene accolta l'eccezione sulla non autosufficienza dell'ordinanza di rimessione: l'assoluta mancanza di una descrizione adeguata della fattispecie concreta e delle ragioni che hanno condotto il rimettente a ritenere applicabile la norma al caso di specie impedisce una pronuncia nel merito, stante l'impossibilità di operare un sindacato di legittimità in via astratta e svincolata dal concreto oggetto del giudizio.

Quanto al secondo motivo di inammissibilità, il percorso argomentativo della Consulta coincide solo in parte con l'eccezione dell'Avvocatura: la risposta parziale dell'ordinamento in ordine al problema della sessualità delle persone ristrette – con la previsione dei soli permessi premio – è una situazione che merita grande attenzione da parte del legislatore; ciò non solo perché esigenza fortemente avvertita dalla popolazione detenuta, ma anche in considerazione degli orientamenti presenti in ambito europeo.

Tuttavia, il riconoscimento del diritto alla sessualità intramuraria non può passare per l'accoglimento della questione di legittimità costituzionale: l'eliminazione del controllo a vista non consentirebbe comunque di riconoscere tale diritto, per due ordini di motivi.

Da un lato, l'obbligatorietà del controllo a vista trova giustificazione nella necessaria tutela delle esigenze di ordine e sicurezza; la circostanza che tale statuizione renda di fatto impossibili i rapporti affettivi e sessuali tra *partners* è solo un effetto indiretto della norma, che non può giustificare il venir meno di ogni forma di sorveglianza sulla generalità dei controlli.

Dall'altro, il richiesto intervento ablativo non sarebbe di per sé sufficiente ad ottenere il riconoscimento del diritto, presupponendo una serie di scelte discrezionali del legislatore in ordine non solo a modalità e tempi di attuazione, ma anche in relazione a quel processo di bilanciamento che vede contrapposti l'emersione del diritto e le esigenze di ordine e sicurezza connaturate alla condizione di privazione della libertà personale.

Scelta discrezionale che sarebbe compiuta dalla Corte qualora intervenisse con una sentenza additiva di principio: nell'ottica del giudice rimettente, infatti, il riconoscimento di un diritto alla sessualità intramuraria non avrebbe portata generale ma do-

vrebbe riconoscersi esclusivamente quando esista all'interno della dimensione affettiva un rapporto di matrimonio o convivenza stabile, imponendo così un'astinenza sessuale coatta a coloro che non siano legati da tali rapporti. Questa soluzione si porrebbe in difficile rapporto di coerenza con diversi parametri costituzionali e, non essendo l'unica normativamente ipotizzabile, imporrebbe alla Corte una scelta di fondo tutt'altro che costituzionalmente obbligata.

6. UN DIFFICILE PUNTO DI EQUILIBRIO: DIRITTI INVIOLABILI ED ESIGENZE DI SICUREZZA

Risultando preclusa ogni possibilità di intrattenere rapporti sessuali all'interno del carcere, è innegabile che l'attuale normativa penitenziaria importi una condizione di astinenza sessuale del detenuto che assume, di fatto, la qualifica di conseguenza accessoria della pena il cui protrarsi nel tempo può comportare gravi scompensi emotivi e comportamentali²⁰.

Difficile, dunque, soffermarsi sui soli aspetti giuridici della pronuncia, rendendosi necessarie riflessioni di ampio respiro.

Al di là dei prevedibili motivi processuali che hanno condotto la Consulta a dichiararne l'inammissibilità²¹, la questione solleva alcuni dubbi.

Occorre prima di tutto interrogarsi sulla permanenza del controllo a vista del personale di custodia. Se in passato – come si è detto – molto è stato fatto affinché i colloqui fossero realmente gli strumenti normativamente preposti a mante-

²⁰ Lo sostengono numerosi sociologi, v. F. CERAUDO, *La sessualità in carcere: aspetti ambientali, psicologici e comportamentali*, in A. SOFRI-F. CERAUDO, *Ferri battuti*, Pisa 1999; M. GRESHAM, *The society of Captives. A study of a Maximum Security Prison*, Princeton 1958; D. CLEMMER, *The Prison Community*, Boston 1941.

²¹ Sul difetto di motivazione sulla rilevanza, si veda C. cost. n. 338 del 2011: «l'omessa o insufficiente descrizione della fattispecie, non emendabile mediante la diretta lettura degli atti, impedita dal principio di autosufficienza dell'atto di remissione, preclude il necessario controllo in punto di rilevanza». Dello stesso tenore le ordinanze nn. 93 e 127 del 2012 e n. 260 del 2011.

Sull'inammissibilità di interventi additivi in materie riservate alla discrezionalità del legislatore si vedano: C. cost. n. 134 del 2012 (la questione deve dichiararsi inammissibile perché «si richiede una addizione normativa che – essendo solo una tra quelle astrattamente ipotizzabili – non costituisce una soluzione costituzionalmente obbligata, ed eccede i poteri di intervento di questa Corte, implicando scelte affidate alla discrezionalità del legislatore») nonché la sent. n. 271 del 2010. Dello stesso tenore le ordinanze: n. 138 del 2012; n. 113 del 2012; n. 59 del 2010 e n. 225 del 2007.



nere, ristabilire o migliorare le relazioni familiari, la questione di legittimità costituzionale segnala come la necessaria, inderogabile, presenza dell'agente di custodia pregiudichi significativamente la libertà nelle manifestazioni affettive e, alla radice, la possibile emersione del diritto alla sessualità intramuraria.

La rimozione dell'automatismo di cui all'art. 18 ord. penit., consentendo, ove a ciò non ostino specifiche esigenze di ordine e sicurezza, colloqui non sottoposti a "controllo a vista", permetterebbe senz'altro una più piena espressione del diritto all'affettività, anche se, secondo quanto eccepito dall'Avvocatura dello Stato e confermato dalla Consulta, non basterebbe a far emergere il diritto alla sessualità, essendo necessario un preciso intervento legislativo che ne definisca modalità e tempi di fruizione.

Se così è, la modifica auspicata potrebbe tradursi in un passo costituzionalmente necessitato, rimuovendo un ostacolo che incide sulla stessa possibilità di esprimere la propria personalità in un ambito tanto importante qual è quello dei rapporti familiari. L'obiettivo sarebbe duplice: consentire una più completa espressione del diritto all'affettività, che è invece sicuramente influenzata, in termini di soggezione, dalla costante presenza di una agente di custodia e, in secondo luogo, porre le premesse per un successivo intervento – anche di tipo regolamentare – che definisca luoghi, modi e tempi per la realizzazione del diritto.

In altre parole, un ordinamento penitenziario che assume su di sé il compito di promuovere un processo di risocializzazione garantito dai principi costituzionali in tema di esecuzione, è un ordinamento che mal dovrebbe tollerare, in termini di coerenza di sistema, l'obbligo inderogabile previsto dall'art. 18, comma 2. Ne deriva che, nell'ottica di offrire piena tutela al diritto all'affettività – da valutare separatamente rispetto alla sfera sessuale – occorre riflettere sull'opportunità di affiancare alla volontà negativa del legislatore, una volontà positiva che renda possibile, in assenza di esigenze di ordine e sicurezza e al ricorrere di determinate condizioni, un'alternativa all'obbligatorietà del controllo a vista. Si è fuori, altrimenti, dalla logica del bilanciamento che permette di giustificare la prevalenza di uno degli interessi in gioco ma mai fino al totale sacrificio di uno di essi²².

²² Così espressamente R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano 1992, p. 81.

²³ C. cost. sent. n. 352 del 2000, per entrambe le citazioni riportate nel testo. Nello stesso senso la sent. n. 138 del 2010.

7. LA NATURA UNITARIA MA NON INDISSOLUBILE DELLA SFERA AFFETTIVA. LIMITI SOGGETTIVI DEL DIRITTO ALLA SESSUALITÀ INTRAMURARIA

Inoltre occorre riflettere sui profili soggettivi di un eventuale riconoscimento legislativo del diritto alla sessualità intramuraria. In particolare, la Consulta ha sottolineato come il riconoscimento di tale diritto esclusivamente a coloro che siano legati da un rapporto di coniugio o convivenza stabile non sarebbe compatibile con diversi parametri costituzionali (basti pensare ai principi di eguaglianza, rieducazione del reo, umanizzazione della pena), imponendo di fatto un'astinenza sessuale per coloro che non siano legati da tali rapporti affettivi.

Una possibile soluzione potrebbe ricavarsi da un equilibrato bilanciamento di valori. In effetti, l'obbligatorietà del controllo a vista – come confermato dalla stessa Corte – si giustifica proprio con l'esigenza di apprestare adeguata tutela a esigenze di ordine pubblico e sicurezza. Se così è, un eventuale diritto alla sessualità riservato ai soli soggetti legati da rapporti di coniugio o convivenza stabile potrebbe trovare legittimazione, non essendo «irragionevole od arbitrario [...]» che il legislatore adotti soluzioni diversificate per la famiglia fondata sul matrimonio, contemplata nell'art. 29 della Costituzione, e per la convivenza «*more uxorio*». La Corte costituzionale, infatti, ha più volte riconosciuto come, con riferimento alla prima, vengano in rilievo «non soltanto esigenze di tutela delle relazioni affettive individuali, ma anche quella della protezione dell'«istituzione familiare», basata sulla stabilità dei rapporti, di fronte alla quale soltanto si giustifica l'affievolimento della tutela del singolo componente»²³.

È una logica che potrebbe giustificare – in un'ottica costituzionale – differenze di trattamento anche nella sfera sessuale. Difficile, in effetti, ipotizzare una portata generalizzata degli incontri intimi nell'attuale quadro penitenziario; un quadro che ha più volte manifestato la propria diffidenza verso l'emersione di tale diritto stante il timore di una sua strumentalizzazione per fini illeciti.

8. AVVERSO L'INERZIA DEL LEGISLATORE ITALIANO: LA VALENZA ANCHE "MONITORIA" DELLA PRONUNCIA E L'OBBLIGO SOVRANAZIONALE DI RIDISEGNARE GLI SPAZI DEL CARCERE IN UN'OTTICA COSTITUZIONALE

Occorre inoltre rilevare la valenza anche monitoria dell'intervento della Corte. La giurisprudenza costituzionale sembra chiedere – seppur in con-





trolice – l’inserimento nell’agenda parlamentare di un intervento teso a riconoscere la possibilità di intrattenere rapporti intimi con il *partner* anche per coloro che non possono godere dei permessi premio all’esterno: se la rieducazione è un contenuto ontologico della pena²⁴, essa difficilmente potrà prescindere dall’espressione anche fisica dell’affettività, quale connotato dell’identità individuale da tutelare anche nei confronti di ingerenze dell’autorità statale.

Il legislatore ha avuto più occasioni per intervenire in questo senso: lo testimoniano i numerosi progetti di legge in tema tutti caduti nel dimenticatoio parlamentare per la mancata convergenza tra le diverse forze politiche²⁵.

La questione meriterebbe di essere rivista nell’ottica di un più generale ripensamento degli spazi carcerari dove garantire l’operatività dei principi costituzionali. Non è così oggi. Ne è prova la recentissima sentenza della Corte EDU (*Torreggiani e a. c. Italia*)²⁶, che ha condannato lo Stato italiano per le condizioni inumane sofferte da diversi detenuti in istituti sovraffollati²⁷. La pronuncia assume un’importanza particolare per il tema che qui interessa: scegliendo di adottare una c.d. sentenza pilota²⁸ la Corte di Strasburgo mette in mora lo Stato italiano fissando in un anno il termine entro il quale dovrà provvedere a ridisegnare gli spazi del carcere, spazi che, in conformità al dettato costituzionale, dovranno garantire l’espiazione di una pena umana, rieducativa e risocializzante²⁹.

La giurisprudenza sovranazionale offre, quindi, un’importante occasione al legislatore: ripensare un ambiente carcerario in grado di apprestare adeguata tutela sia ai diritti positivamente riconosciuti (ma sostanzialmente negati), sia a quelli ancora legislativamente ignorati (pur essendo diretta espressione del dettato costituzionale). Tra questi ultimi, il diritto alla sessualità intramuraria attraverso la predisposizione di spazi e strutture idonee al suo effettivo godimento: ogniqualevolta ciò non confligga con specifiche esigenze di ordine e sicurezza rappresenterebbe, se non una strada obbligata, quantomeno un’auspicabile scelta di civiltà.

[Nota bibliografica] Sull’ordinanza di remissione v. C. RENOLDI, *Il diritto all’affettività delle persone detenute: la parola alla Corte costituzionale*, in *Quest. giust.* 2012, n. 4, p. 215 ss.; S. TALINI, *Un diritto “sommerso”: la questione dell’affettività in carcere approda alla Corte costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it.

Sul diritto all’affettività in carcere v. C. BRUNETTI, *Il diritto all’affettività per le persone reclusi*, in *Rass. penit.* 2008, p. 107 ss.; E. DI SOMMA, *L’affettività in carcere*, in *D. pen. proc.* 1997, p. 864 ss.

Sui colloqui del detenuto e i suoi rapporti con la famiglia v.

E. BERLOTTO, *Art. 18*, in V. GREVI-G. GIOSTRA-F. DELLA CASA (a cura di), *Ordinamento penitenziario*, Padova 2011, p. 227 ss.; P. CORSO, *I rapporti con la famiglia e con l’ambiente esterno: colloqui e corrispondenza*, in V. GREVI (a cura di), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Bologna 1981, p. 175 ss.; M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino 2002, p. 75 ss.

Sulla tutela dei diritti del detenuti v. L. CESARIS, *Art. 14-ter*, in V. GREVI-G. GIOSTRA-F. DELLA CASA (a cura di), *Ordinamento penitenziario*, cit., p. 191 ss.; M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti*, cit., p. 19 ss., p. 189 ss.; M. RUOTOLO, *Sul problema dell’effettività della tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti*, in *G. cost.* 2012, p. 684.

Sui diritti fondamentali in relazione alle esigenze di ordine e sicurezza del carcere v. F. MANTOVANI, *Diritto penale - parte generale*, Padova 2011, p. 229 ss.

Sul problema dello spazio carcerario v. S. ANASTASIA-F. CORLEONE-L. ZEVI, *Il corpo e lo spazio della pena. Architettura, urbanistica e politiche penitenziarie*, Roma 2011.

²⁴ Così la Consulta nella nota sentenza n. 313 del 1990.

²⁵ Si vedano a questo proposito le seguenti proposte di legge: n. 3420, d’iniziativa dei sen. Della Seta e Ferrante, presentata il 24 luglio 2012; n. 3801, d’iniziativa dei deputati Schirru e altri, presentata il 21 ottobre 2010; n. 1310, d’iniziativa dei deputati Bernardini e altri, presentata il 17 giugno 2008; n. 1179, d’iniziativa dei deputati Mascia e altri, presentata il 22 giugno 2006; n. 63, d’iniziativa del sen. Malabarba, presentata il 28 aprile 2006; n. 3020, d’iniziativa dei deputati Boato e altri, presentata il 12 luglio 2002; n. 417, d’iniziativa dei deputati Pisapia e altri, presentata il 1° giugno 2001; n. 2530, d’iniziativa del sen. Lo Curzio, presentato il 17 giugno 1997; n. 3331, d’iniziativa del deputato Pisapia, presentata il 28 febbraio 1997; n. 3610, d’iniziativa dei deputati Vesce e altri, presentata il 7 febbraio 1989 e n. 3472, d’iniziativa del deputato Nicotra, presentata il 20 dicembre 1988.

Da un esame complessivo delle proposte si rileva l’analogia di contenuti e, conseguentemente, piena convergenza di scopi: consentire un maggior numero di visite ma anche – e soprattutto – la predisposizione di locali idonei al godimento del diritto all’affettività-sessualità, escludendo l’obbligatorietà del controllo a vista del personale di custodia.

²⁶ Adottata l’8 gennaio 2013, ricorsi nn. 4357/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10, 37818/10.

²⁷ L’endemico problema del sovraffollamento carcerario in Italia è stato oggetto di numerose condanne da parte dei giudici di Strasburgo: v., per tutte, la nota sentenza 16 luglio 2009, *Sulejmanovic c. Italia*, ricorso n. 22635/03.

²⁸ Tali pronunce sono previste dall’art. 46 CEDU, comma 1 e dall’art. 61 del Regolamento della CEDU, introdotto il 21 febbraio 2011.

²⁹ In particolare la Corte stabilisce che lo Stato italiano dovrà, entro un anno a decorrere dalla data in cui la sentenza sarà divenuta definitiva, dotarsi di un ricorso o di un insieme di ricorsi interni effettivi, idonei a offrire un ristoro adeguato e sufficiente nei casi di sovraffollamento carcerario, in conformità ai principi della Convenzione, come interpretati dalla giurisprudenza della Corte.

Nel suo complesso tornante argomentativo la Corte sottolinea il carattere sistematico delle violazioni dell’art. 3 CEDU, quale diretta conseguenza del fenomeno del sovraffollamento carcerario. Si invita, dunque, il legislatore nazionale ad adottare, sotto la supervisione del Comitato dei Ministri, le misure e le azioni in grado di porvi rimedio, in conformità al principio di sussidiarietà.