

## Detenzione e “nuovi” diritti. Il controverso inquadramento delle istanze connesse all’affettività e alla sessualità nell’esecuzione penale

*Maria Pia Iadicicco\**

DETENTION AND “NEW” RIGHTS. THE CONTROVERSIAL FRAMING OF INSTANCES RELATED TO AFFECTIVITY AND SEXUALITY IN CRIMINAL EXECUTION

ABSTRACT: The contribution, starting from the well-known problem of the “new rights”, highlights the further difficulties that this general theme encounters when it is framed in the particular context of criminal execution. Focusing attention on issues related to affectivity and sexuality, the author highlights the critical issues related to their recognition and protection. She maintains that these critical issues must be traced back to a devaluing reading of the sexual dimension in emotional relationships and to persistent distorted conceptions of the function of punishment.

KEYWORDS: New rights; detention; affectivity, sexuality, parenthood

ABSTRACT: Il contributo, muovendo dalla nota problematica dei “nuovi diritti”, mette in luce le ulteriori difficoltà che tale tema generale incontra quando è calato nel peculiare contesto dell’esecuzione penale. Focalizzando l’attenzione sulle istanze connesse all’affettività e alla sessualità, l’Autrice evidenzia le criticità connesse al loro riconoscimento e alla loro protezione. Sostiene che queste criticità debbano farsi risalire a una lettura svalutante della dimensione sessuale nelle relazioni affettive e a persistenti concezioni distorte della funzione della pena.

PAROLE CHIAVE: Nuovi diritti; detenzione; affettività, sessualità; genitorialità

SOMMARIO: 1. Nuovi diritti dei detenuti: incroci pericolosi... – 2. Su alcuni “delicatissimi” nuovi diritti: inquadramento e delimitazione dell’indagine – 3. Affettività e sessualità: una combinazione da chiarire – 4. Sessualità intramuraria: l’area più critica – 5. Relazioni affettive e genitorialità senza sessualità: il ricorso alle tecniche di PMA – 6. Accesso alla pornografia, auto-erotismo e regime detentivo speciale: ancora sul delicato equilibrio tra esigenze di sicurezza e disapprovazione morale di istanze legate alla sessualità – 7. Osservazioni conclusive per riannodare le fila.

\* *Professoressa associata di Istituzioni di diritto pubblico, Università della Campania “Luigi Vanvitelli”. Mail: [maripia.iadicicco@unicampania.it](mailto:maripia.iadicicco@unicampania.it). Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.*

## 1. Nuovi diritti dei detenuti: incroci pericolosi...

**R**agionare attorno ai nuovi diritti dei detenuti implica la necessità di compiere importanti e preliminari puntualizzazioni e delimitazioni che non possono essere eluse specie da chi intende affrontare questo tema in una prospettiva costituzionalistica. In forma molto diretta e schematica, ma non per questo semplificante o banalizzante, possono elencarsi una serie di quesiti, altamente problematici, che tale tematica suscita, a cominciare dalla questione spinosissima di capire di cosa esattamente si stia parlando. I diritti in discussione sono diritti di rango costituzionale ovvero diritti fondamentali, volendo usare la terminologia più ricorrente nel lessico costituzionalistico<sup>1</sup>? Oppure sono diritti legali e quindi situazioni giuridiche soggettive di vantaggio che trovano il proprio fondamento in previsioni di rango legislativo e non costituzionale? Altrimenti, quando si parla di diritti dei detenuti, la categoria di riferimento è propriamente quella dei diritti naturali, aventi una accentuata caratterizzazione morale che sottende la necessità di una loro garanzia indipendentemente dal formale riconoscimento negli ordinamenti giuridici? O invece quella dei diritti umani, riconosciuti anche nell'ordinamento internazionale e, quindi, oltre-contro le previsioni vigenti negli ordinamenti statali? O forse, come spesso accade, si parla di diritti soltanto per alludere a quelle che sono, *de iure condito*, mere rivendicazioni, aspettative, anche piuttosto diffuse e sentite nel consesso sociale, ma che, stante la mancanza di riconoscimento all'interno degli ordinamenti giuridici, si sostanziano proprio nella pretesa a che gli stessi vengano formalizzati?

Diversamente ancora: la prospettiva da assumersi con riferimento al tema specifico di questa riflessione è quella del riconoscimento di situazioni giuridiche soggettive dei soggetti *in vinculis* e della disciplina del loro esercizio o, piuttosto, quella del loro effettivo e concreto godimento. In altre parole, la problematica dei diritti in questione è sostanzialmente il passaggio dalla loro mera previsione "sulla carta" all'applicazione in concreto nella pratica delle molteplici forme di limitazione della libertà personale<sup>2</sup>, considerato che sovente diritti, pur positivamente riconosciuti, incontrano ostacoli che ne «pregiudicano *de facto* il godimento»<sup>3</sup>?

Si è consapevoli che a simili quesiti non possono essere date risposte compiutamente argomentate in questa sede, andando gli stessi ad investire nodi intricatissimi – a cominciare dalla definizione della categoria dei diritti fondamentali – che rilevano sul piano dogmatico, anche se non solo sullo stesso, riversandosi a cascata su altri piani. Eppure, sollevare in forma così diretta tali questioni non è affatto una mera provocazione, piuttosto l'intento perseguito è quello di evitare uno dei più ricorrenti, facili e nient'affatto fortuiti scivolamenti in cui è possibile incorrere allorché si discorre di diritti e, a

<sup>1</sup> Il diffuso e pacifico ricorso da parte della dottrina costituzionalistica alla locuzione diritti fondamentali non appare, comunque, risolutivo della più spinosa questione a monte relativa ai caratteri di tali diritti; basti considerare che la determinazione e delimitazione degli stessi è compiuta accentuando ora aspetti formali, ora aspetti sostanziali, o anche entrambi. Non potendo richiamare la sterminata letteratura sul tema, ci si limita a segnalare almeno i saggi raccolti in AA.VV., *Cos'è un diritto fondamentale*, Atti del Convegno Annuale del Gruppo di Pisa di Cassino 10-11 giugno 2016, a cura di V. BALDINI, Napoli, 2017.

<sup>2</sup> La rinneazione "pratica" di diritti formalmente già riconosciuti ai detenuti (o anche ad essi) è una condizione largamente denunciata in dottrina. V. almeno F. BRICOLA, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *Il carcere "riformato"*, Bologna, 1977, 9, e in *Costituzionalismo.it*, 2, 2015, che parla di una «effettività di tipo "rinneante"» della normativa vigente in materia di ordinamento penitenziario.

<sup>3</sup> M. RUOTOLO, *La libertà della persona in stato di detenzione*, in *Osservatorio costituzionale*, 6, 2021, 254.

maggior ragione, di nuovi diritti dei detenuti, essendo tutt'altro che indifferente la peculiare condizione dei soggetti a cui gli stessi vengano riferiti. In effetti, in termini più generali, prescindendo cioè dalla specificità che in quel contesto si rinvergono, pare difficile non concordare con quanti hanno, a più riprese, con varietà di accenti e argomenti, evidenziato un uso «disinvolto» o «poco sorvegliato, anche da parte dei giuristi, delle espressioni diritti inviolabili, diritti umani, diritti fondamentali»<sup>4</sup>, rilevando altresì una marcata tendenza alla «adulterazione del linguaggio dei diritti»<sup>5</sup>. Questa “accusa”, a ben vedere, muove non già dalla constatazione di alcune caratteristiche proprie del linguaggio costituzionale, specie di quello utilizzato in materia di diritti – caratterizzato da una più accentuata indeterminazione e variabilità del senso assegnato alle parole, del tutto fisiologica anche in una specifica branca del sapere qual è il diritto –, ma monta e assume connotati più chiari ove si consideri la marcata tendenza alla trasfigurazione degli enunciati normativi, alla manipolazione arbitraria del testo, nient'affatto casuale o neutrale rispetto al fine perseguito, dando luogo ad ingenti difficoltà nella demarcazione di pretese soggettive positivamente fondate – e, tra queste, di quelle costituzionalmente fondate – da mere aspettative e domande di riconoscimento esplicito delle medesime.

Il rischio di smarrimento e perdita dei confini è ancora più alto allorché il tema specifico sia quello dei nuovi diritti. Pur dovendo ribadire che, prim'ancora dell'aggettivo, è il sostantivo “diritti” il focus della discussione ed il centro della diatriba, la locuzione “nuovi diritti” ha da tempo memorabile suscitato vivaci dibattiti in dottrina, la quale, pur condividendo talvolta alcuni presupposti di fondo, ad esempio l'afferenza dei diritti ai valori<sup>6</sup> e la necessità di fissare linee di confine<sup>7</sup>, sebbene mobili, si è divisa su molti altri e non marginali profili, a cominciare dal chiarimento del carattere di novità, fino all'identificazione del fondamento dei c.d. nuovi diritti o presunti tali e della determinazione dei rispettivi contenuti. Di nuovi diritti si è parlato con riferimento a quelli, ancorché non espressamente enumerati, che emergono dall'evoluzione concreta dell'esperienza sociale<sup>8</sup> o che siano ricavabili dalle Carte internazionali sui diritti o, ancora, che siano concepiti come connaturati alla dignità umana<sup>9</sup>. Sul fondamento dei nuovi diritti, oltretutto sulla portata dei medesimi, come accennato, non vi è affatto concordia; peraltro, il tema è talvolta ritenuto ozioso o mal posto, uno dei tanti *topoi* della letteratura costituzionalistica, al più concepibile in una prospettiva storica di ricostruzione delle “generazioni” dei

<sup>4</sup> M. DOGLIANI, I. MASSA PINTO, *Elementi di diritto costituzionale*, Torino, 2017, 161-2, ma v. anche G. PINO, *Diritti fondamentali*, in C. CARUSO, G. VALENTINI (a cura di), *Grammatica del costituzionalismo*, Bologna, 2021, 220.

<sup>5</sup> Così A. D'ALOIA, *Nascita indesiderata*, in A. CAGNAZZO (a cura di), *Trattato di diritto e bioetica*, Napoli, 2017, 547, ma con riferimento alla vicenda specifica del presunto diritto a non nascere, se non sano. Al di là del peculiare caso, l'A. avanza considerazioni di più ampia portata in ordine alla marcata tendenza a compiere letture non soltanto e non tanto espansive degli spazi di tutela dei beni di rilievo costituzionale, ma capaci di trasfigurarne la portata.

<sup>6</sup> F. MODUGNO, *I “nuovi diritti” nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, 3; A. MORRONE, *Il bilanciamento nello stato costituzionale. Teoria e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*, Torino, 2014; G. PINO, *Il costituzionalismo dei diritti*, Bologna, 2017.

<sup>7</sup> A. BARBERA, «Nuovi diritti»: attenzione ai confini, in *Corte costituzionale e diritti fondamentali*, a cura di L. Califano, Torino, 2004, 19 ss.

<sup>8</sup> A. BARBERA, *Articolo 2*, in *Commentario della Costituzione. I principi fondamentali*, diretto da G. Branca, Bologna-Roma, 1975, 66.

<sup>9</sup> Sulla autonomia fondativa del valore “superconstituzionale” della “dignità umana” per il riconoscimento di “nuovi diritti”, v., in particolare, A. RUGGERI, A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Politica del diritto*, 1991, 354 ss.

diritti. Eppure, l'annosa questione dei nuovi diritti – ben più ampia di quella dei diritti “non enumerati” e non del tutto sovrapponibile al dibattito nostrano sulla interpretazione dell'art. 2 della Costituzione<sup>10</sup> – non pare possa essere facilmente liquidata e accantonata, né risolta univocamente, costituendo invece un tema centrale e non eludibile, intimamente connesso com'è alle diverse concezioni della democrazia, alla dinamicità dell'ordinamento costituzionale e alle correlate problematiche dell'interpretazione costituzionale e della definizione dei compiti spettanti agli attori istituzionali ai fini della loro tutela<sup>11</sup>. Inoltre, come già detto, è men che mai retorico sottolineare come alle rilevate difficoltà di stampo eminentemente teorico-dogmatico se ne aggiunga almeno un'altra, gravosissima, data dalla peculiare condizione dei soggetti titolari di tali presunti o veri nuovi diritti. In ambito penitenziario, è davvero altissimo il rischio di incorrere in un «vizio metodologico»<sup>12</sup> di fondo, il quale originerebbe non tanto (o comunque, non solo) dalla mancata considerazione degli altri fattori di contesto che influiscono sull'attività ermeneutica svolta sul dato testuale, né scaturirebbe dall'ammissione per cui l'anticipazione di senso sia frutto di pre-giudizi dell'interprete, quanto piuttosto dal mancato vaglio critico di questi ultimi, funzionale ad una manipolazione arbitraria del testo<sup>13</sup> per ricavarne ciò che vorremmo fosse dallo stesso ricavabile (presunti nuovi diritti) o per amputarlo e sterilizzarlo da istanze soggettive “poco gradite”. Pur consapevoli che, nel procedere qui tracciato in termini eccessivamente duali e binari, vi sia una vasta “zona intermedia”, non sembra peregrino sostenere che, specie in tema di diritti dei detenuti, il pre-giudizio dell'interprete sia non di rado conseguenza di automatismi culturali, non attentamente vagliati con onesto spirito critico, generati dall'adesione o dal dissenso *a priori* nutrito per dominanti direttive di politica criminale presenti in un determinato contesto storico-politico oppure (e viene da dire ancor peggio...) dalla valutazione etico-morale della pretesa rivendicata da chi è detenuto. Per dirla altrimenti, in termini più chiari e maggiormente evocativi delle vicende che qui saranno passate in rassegna, solo un attento vaglio critico dei pre-giudizi dell'interprete consente di verificare se la “emersione” o la “immersione” di alcuni nuovi diritti dei detenuti<sup>14</sup> sia frutto di vizi di legittimità dell'impianto normativo, oppure di una lettura partigiana dello stesso, o ancora di una sua lettura morale. Questi, a me sembrano, i pre-giudizi da controllare ove ci si interroghi in particolare sull'esistenza e sulle forme di esercizio di alcuni nuovi diritti dei detenuti, come quello alla affettività-sessualità.

Infine e sempre con l'intento di controllare ricorrenti pregiudizi, va sin d'ora evidenziato che l'ambito tematico prescelto per questa riflessione, i nuovi diritti dei detenuti, potrebbe suscitare un certo disorientamento, nel momento in cui si assodasse che alcuni dei più elementari, basilari e “vecchi” diritti dagli stessi rivendicati appaiono, a tutt'oggi, controversi o privi di ogni effettività, sebbene espressamente riconosciuti. Anche dietro questa constatazione, però, si potrebbe annidare un pre-giudizio e cioè una visione gradualistica, rigida e assolutizzante di alcuni diritti fondamentali, che merita di essere attentamente vagliata.

<sup>10</sup> Cfr. F. MODUGNO, *I “nuovi diritti” nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 1 ss.

<sup>11</sup> O. CHESSA, *Libertà fondamentali e teoria costituzionale*, Milano, 2002, IX ma *passim*.

<sup>12</sup> M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino, 2002, 1 ss.

<sup>13</sup> IDEM, 3, ma *passim*.

<sup>14</sup> Cfr. S. TALINI, *La privazione della libertà personale. Metamorfosi normativa, apporti giurisprudenziali, applicazioni amministrative*, Napoli, 2018.

## 2. Su alcuni “delicatissimi” nuovi diritti: inquadramento e delimitazione dell’indagine

La presente riflessione limitata all’analisi di alcuni nuovi diritti dei detenuti si colloca nel solco delle principali direttive lungo le quali si è svolto il ricco dibattito sui nuovi diritti anche per i soggetti “in piena libertà”. Pertanto, ci si interrogherà sulla configurabilità di alcuni nuovi diritti (o presunti tali) emergenti dall’evoluzione sociale e privi di esplicito riconoscimento normativo, diritti cioè che – per riprendere sin d’ora le parole della Corte costituzionale italiana – rispondono ad un «esigenza reale e fortemente avvertita»<sup>15</sup>, qual è quella di avere relazioni affettive anche a carattere sessuale durante il regime detentivo. Ragionare di un diritto alla sessualità dei detenuti, ricorrentemente espresso con la locuzione “diritto all’affettività”, consente di ripercorrere tutti i quesiti sollevati in apertura<sup>16</sup> sulla incerta categorizzazione e qualificazione delle istanze soggettive avanzate, ma soprattutto questa tematica si rivela un vero e proprio stress-test per mettere alla prova i pregiudizi dell’interprete, le reticenze della politica e gli spazi di azione della giurisprudenza, ivi compresa quella costituzionale.

Nondimeno e sempre lungo la scia delle riflessioni generali sui nuovi diritti ci si interrogherà, anche con riferimento ai detenuti, sulla configurabilità di nuovi diritti scaturenti dallo sviluppo scientifico e tecnologico; a tal riguardo, lo sguardo sarà limitato al solo diritto a procreare o a diventare genitore mediante il ricorso a nuove ed innovative tecnologie riproduttive. Questa delimitazione dei nuovi diritti della «era tecnologica»<sup>17</sup>, muove non soltanto da intuibili ragioni di contenimento di un campo altrimenti sconfinato, ma anche dal ricorrente e comune inquadramento di questo nuovo diritto, come quello alla sessualità, nel più ampio contenitore del diritto all’affettività.

Ma anche altre ragioni spingono a puntare lo sguardo su questi specifici nuovi diritti dei detenuti: da un lato, il richiamo costante che viene fatto, da chi ne rivendica il godimento, a documenti sovranazionali, sebbene debbano distinguersi atti non vincolanti e vincolanti e valutare gli obblighi che da questi ultimi scaturiscono in capo agli Stati contraenti; per altro verso ancora, altrettanto costante è il riferimento alla dignità umana<sup>18</sup> o al, comunque non meno controverso<sup>19</sup>, divieto di «trattamenti contrari al senso di umanità» (art. 27, comma 3, Cost.). Infine particolarmente significativo, anche per ripercorrere il vasto dibattito suscitato in Italia dal riconoscimento di nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale sulla base del parametro di cui all’art. 2 Cost., è pure il costante richiamo ad una decisione della Corte costituzionale sul *fondamentale* diritto alla libertà sessuale, ivi qualificato nei termini di «diritto

15 Corte costituzionale, sent. n. 301 del 2012, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2012, con nota di F. FIORENTIN, *Affettività e sessualità in carcere: luci ed ombre di una pronuncia che rimanda al difficile dialogo con il legislatore*, ivi, 4726 ss. A commento della decisione v. anche R. ROMBOLI, *Nota a Corte cost., sent. n. 301/2012*, in *Il Foro italiano*, 2, 2013, I, 421 ss.

16 Efficacemente sintetizzati anche nell’*incipit* della corposa riflessione sul tema di A. PUGIOTTO, *La castrazione di un diritto. La negazione della sessualità in carcere come problema di legalità costituzionale*, in *Affettività e carcere, un binomio (im)possibile*, *Giurisprudenza penale*, 2-bis, 2019, 15. L’A. prima di trivellare «in profondità, come si fa con i carotaggi», la tematica e di porla come questione di legalità costituzionale, sostiene che la sessualità sia un «desiderio legittimo» anche per i/le detenuti/e, ma prosegue immediatamente interrogandosi: «È anche un diritto?».

17 L. D’AVACK, *Il progetto filiazione nell’era tecnologica. Percorsi etici e giuridici*, Torino, 2019.

18 Cfr. M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, Napoli, 2014.

19 S. TALINI, *op. ult. cit.*, 79 ss.

soggettivo assoluto, 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». La riconduzione della sessualità ad uno degli «essenziali modi di espressione della persona umana»<sup>20</sup>, da inquadrare pertanto tra i diritti inviolabili ad essa spettanti ai sensi dell'art. 2 della Costituzione, ha, per un verso, consentito di riconoscere la libertà di disporre della stessa senza subire alcuna costrizione da chiunque proveniente<sup>21</sup>, ma ha, dall'altro lato, dato anche la stura alla rivendicazione di altri nuovi diritti<sup>22</sup>, o meglio, di nuove proiezioni della libertà sessuale. Tra queste se ne analizzerà una solo apparentemente meno controversa, in quanto concernente l'autoerotismo legato alla fruizione di materiale pornografico da parte di detenuti inseriti nel circuito speciale di cui all'art. 41-*bis* dell'ordinamento penitenziario. Approfondendo la questione della legittimità di misure limitative dell'accesso a tali pubblicazioni sarà possibile vagliare criticamente le specifiche esigenze di sicurezza connesse a tale peculiare regime detentivo, ma al contempo il tema specifico consentirà di fare maggiore chiarezza sulla portata del diritto alla libertà sessuale in alcune sue peculiari e controverse declinazioni, che si pongono al confine con l'ambito applicativo di altri diritti costituzionali.

In definitiva e senza alcuna pretesa di esaurire l'analisi critica di tutte le istanze connesse all'affettività e alla sessualità, si proverà a tenere insieme le diverse concezioni sui nuovi diritti non mancando di evidenziare gli scivolamenti e le insidie che tali categorizzazioni presentano anche con riferimento ai detenuti.

### 3. Affettività e sessualità: una combinazione da chiarire

Prima di ogni altra precisazione sulla portata degli interessi e sul contenuto delle istanze rilevanti nel nostro campo di indagine, occorre vagliare criticamente la ricorrente evocazione degli stessi mediante la formula "diritto all'affettività". Invero, come da più parti precisato<sup>23</sup> la sfera affettiva, pur potendo

<sup>20</sup> Corte cost., sent. n. 561 del 1987, su cui v. L. MANNELLI, *Della libertà sessuale e del suo fondamento costituzionale*, in *Il Foro italiano*, 1989, I, 2113 ss.

<sup>21</sup> Nonché il riconoscimento del diritto al risarcimento di danni non solo patrimoniali subiti per effetto della «più grave violazione del fondamentale diritto alla libertà sessuale» qual è la «violenza carnale», poiché essa determina «di per sé la lesione di fondamentali valori di libertà e dignità della persona e può inoltre dar luogo a pregiudizi alla vita di relazione». Tali lesioni hanno autonomo rilievo sia rispetto alle sofferenze ed ai perturbamenti psichici che la violenza carnale naturalmente comporta, «sia rispetto agli eventuali danni patrimoniali a questa conseguenti: e la loro riparazione è doverosa, in quanto i suddetti valori sono, appunto, oggetto di diretta protezione costituzionale». Punto 2 del Considerato in diritto.

<sup>22</sup> Sempre facendo leva sull'art. 2 Cost. si è giunti al riconoscimento ed alla garanzia del diritto alla identità di genere; cfr. almeno Corte cost., sent. n. 161 del 1985. Quanto al rilievo di tale diritto anche nel sistema penitenziario, si veda l'art. 1 della legge n. 354 del 1975 "Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà" (d'ora in poi o.p.), come modificato dal d. lgs. 123 del 2018: «Il trattamento penitenziario deve essere conforme a umanità e deve assicurare il rispetto della dignità della persona. Esso è improntato ad assoluta imparzialità, senza discriminazioni in ordine a sesso, identità di genere, orientamento sessuale, razza, nazionalità, condizioni economiche e sociali, opinioni politiche e credenze religiose, e si conforma a modelli che favoriscono l'autonomia, la responsabilità, la socializzazione e l'integrazione».

<sup>23</sup> S. TALINI, *L'affettività ristretta*, in M RUOTOLO, S. TALINI (a cura di), *Dopo la riforma. I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, Napoli, 2019, 247; G. CHIODI, *I digital divide in carcere*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2020, 974; S. GRIECO, *Il diritto all'affettività delle persone reclusi. Un progetto di riforma tra esigenza di tutela contrapposte*, Napoli, 2022, 5.

(ma non necessariamente dovendo) avere ampi spazi di sovrapposizione con quello della sessualità, ha una portata più ampia. Infatti, sebbene le più ‘comuni’ istanze connesse alla sessualità si ascrivono, per le ragioni che andremo a verificare, alla necessità di mantenere buone relazioni familiari nonostante la condizione di reclusione, occorre non sovrapporre integralmente i due piani. Anzitutto, come già precisato, l’affettività può manifestarsi in forme e modalità che, anche coinvolgendo la dimensione corporea, prescindono totalmente da una relazionalità di tipo sessuale. Emblematicamente, le relazioni fra genitori e figli, anche ascrivendosi pienamente alla dimensione degli affetti, esulano totalmente dalla sfera della sessualità. Di converso, la sessualità può costituire un’istanza che prescinde dalla dimensione degli affetti, andandosi a collocare prevalentemente in quella del piacere, e che rileva come tale in sé, purché, evidentemente, nel pieno rispetto dell’altra persona coinvolta, se e ove coinvolta<sup>24</sup>, eventualità, quest’ultima, che pure deve essere attentamente vagliata.

La distinzione appena tracciata non vale comunque ad escludere che ad una agognata sessualità connessa alla dimensione familiare, sia essa formalizzata dal rapporto di coniugio o dalla stabilità della relazione affettiva, possa essere riconosciuto, legittimamente e ragionevolmente, un trattamento di favore rispetto ad istanze che prescindono da tale dimensione<sup>25</sup>. Rilevano a tal riguardo le previsioni dell’ordinamento penitenziario dedicate ai rapporti familiari, al loro mantenimento e miglioramento<sup>26</sup> (art. 28 “Rapporti con la famiglia” o.p.), previsioni che, garantendo una continuità dei rapporti del condannato con la realtà esterna, mirano a favorire il reinserimento sociale dello stesso e, in specie, nel nucleo familiare di appartenenza<sup>27</sup>.

Pertanto, l’esigenza di tenere distinte la sfera sessuale e quella affettiva muove da un’altra preminente ragione, che merita di essere ancor meglio esplicitata. L’accostamento fino alla sovrapposizione tra questi due piani, contigui ma distinti, pare infatti sollecitato da una precisa strategia. Al riguardo, si è pienamente concordi con quanti<sup>28</sup> hanno evidenziato che la preferenza per la locuzione “diritto all’affettività” costituisca una scelta semantica a finalità mimetica, funzionale cioè ad esorcizzante e

<sup>24</sup> V. § 6 le questioni concernenti l’autoerotismo.

<sup>25</sup> Come si avrà modo di approfondire *infra* la determinazione dei destinatari interni (detenuti) ed esterni di visite svolte in condizione di riservatezza e, dunque, non ostative a una relazionalità sessuale è questione che deve trovare una adeguata e ragionevole regolazione. Al riguardo, va precisato sin d’ora che la limitazione dei destinatari esterni ai soli soggetti legati al detenuto da preesistenti vincoli affettivi di tipo familiare non pare destare dubbi di legittimità. Peraltro, siffatta limitazione consente altresì di superare una ricorrente obiezione all’ammissibilità di una sessualità intramuraria sulla quale si «giocano... facili ironie di sicura presa nel distratto e disinformato dibattito pubblico», come ad esempio quella che vedrebbe nello sforzo organizzativo e nell’impegno operativo per rendere possibile l’esercizio della sessualità intramuraria una trasformazione del Ministero della Giustizia e dell’amministrazione penitenziaria in «un’organizzazione di meretricio», «tenutari di bordello» e procuratori di partner sessuali per i detenuti. Il virgolettato è di A. PUGIOTTO, *La castrazione di un diritto*, cit., 39.

<sup>26</sup> Cfr. S. TALINI, *La privazione della libertà personale*, cit., 256, la quale evidenzia la utopistica previsione di un miglioramento dei rapporti familiari.

<sup>27</sup> Una conferma del *favor* espresso nei confronti della famiglia con figli (anche se non fondata sul matrimonio dei genitori) è data dalla previsione, accanto agli istituti di carattere generale (colloqui, visite, permessi, corrispondenza...) volti a favorire il mantenimento di più ampie relazioni affettive, di specifiche disposizioni, suffragate dalla giurisprudenza, dedicate alla tutela del rapporto di entrambi i genitori, seppur detenuti, con i figli. Per una compiuta panoramica delle disposizioni contenute nella legge sull’ordinamento penitenziario e nel regolamento di esecuzione sui rapporti dei detenuti con la famiglia (prossimi congiunti e conviventi) v. S. TALINI, *op. ult. cit.*, 256 ss.

<sup>28</sup> A. PUGIOTTO, *op. ult. cit.*, 17, nota n. 11, con richiami ad altri AA.

rimuovere un profilo, quello della sessualità, di per sé più “discutibile”. Ora, se non rientra certamente nelle finalità e nelle competenze di chi scrive dare una definizione di sessualità, né setacciarne i determinanti aspetti comportamentali, psicologici e culturali, non si può non rimarcare l’opportunità di una sua più chiara determinazione sul piano giuridico e propriamente costituzionale per esplicitare e comprendere la portata e le forme di esercizio dell’interesse rivendicato da chi lo invoca. Muovendo pertanto da una premessa di fondo, e cioè che nella sessualità corporeità ed emotività si fondono in un nesso che pare difficile, se non impossibile, sciogliere, ma concentrando l’attenzione sulla portata del “nuovo” diritto fondamentale alla libertà sessuale, ove si utilizzi un ricorrente, ma non poco controverso, criterio di classificazione<sup>29</sup>, dovrà distinguersi l’aspetto positivo e quello negativo di tale diritto di libertà. Nel primo senso, che è quello che rileva maggiormente ai nostri fini, «la libertà sessuale è definibile come diritto alla libera “esplicazione delle proprie qualità e facoltà sessuali”»<sup>30</sup> e «dovrebbe configurarsi come piena facoltà di disporre sessualmente del proprio corpo in qualsiasi situazione»<sup>31</sup>, laddove invece, l’aspetto negativo si atteggia come pretesa alla non aggressione a scopo di soddisfacimento dell’altrui libidine<sup>32</sup>. Alla luce di siffatta classificazione e senza dimenticare di rimarcare il valore sotteso alla libertà sessuale, che, per riprendere le parole della Corte costituzionale, rappresenta «uno degli essenziali modi di espressione della persona umana»<sup>33</sup>, sarà più agevole comprendere come mai il profilo più critico della rivendicazione di un diritto alla libertà sessuale da parte delle persone in stato di detenzione sia costituito dalla pretesa ad avere rapporti sessuali o compiere atti sessuali con un’altra persona (ovviamente consenziente) in condizioni di riservatezza. Ma prima ancora di andare a verificare quali condizioni *de iure* e *de facto* ostacolano il concreto esercizio della propria libertà sessuale in regime di detenzione, occorre nuovamente evidenziare che lo schiacciamento di tale dimensione in quella più generale degli affetti e delle relazioni familiari riveli un più profondo, anche se celato, giudizio di disapprovazione morale per quella specifica dimensione e una conseguente rinnegazione, seppur implicita, della sua qualifica di diritto fondamentale. Pur dovendo avvertire che tale qualificazione non conferisce al diritto in parola, come pure ad altri diritti fondamentali, il carattere dell’assolutezza, o meglio, dell’intangibilità a fronte della necessità di salvaguardare altri interessi, parimenti di pregio costituzionale, e sebbene debba riconoscersi che anche la dimensione dell’affettività deprivata da ogni connotazione di carattere sessuale presenti “punti di caduta” nelle concrete e non sempre identiche

<sup>29</sup> Ci si riferisce alla “classica” distinzione tra libertà negative e libertà (o diritti) positive(i), sui cui “usi” distorti si è già soffermata la dottrina. Cfr. da ultimo R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, Milano, 2018, 103-4. Seppur con sfumature diverse e accenti specifici, la dottrina ha da tempo evidenziato come la coppia oppositiva libertà negative/libertà positive rappresenti una delle distinzioni più fuorvianti del complesso “mondo” dei diritti e delle libertà (che, peraltro, concettualmente si collocano su piani diversi, essendo prettamente pre-giuridico quello della libertà); sulla scorta degli insegnamenti di W.N. Hohfeld, alcuni AA. hanno messo in luce come i diritti si presentino solitamente come aggregato molecolare di posizioni atomiche, esibendo quindi al contempo aspetti positivi e negativi, attivi e passivi, obblighi di astensione e pretese di intervento; cfr. G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, 2010, 112, R. BIFULCO, *Introduzione ai diritti e ai doveri costituzionali*, in M. BENVENUTI, R. BIFULCO (a cura di), *I diritti e i doveri costituzionali*, Torino, 2022, 15.

<sup>30</sup> Così L. MANNELLI, *Della libertà sessuale e del suo fondamento costituzionale*, cit., 2114, che riporta testualmente la definizione di A. DE CUPIS, *Il diritto alla libertà sessuale*, in *Studi giuridici in memoria di F. Vassalli*, I, Torino, 1960, 431 ss.

<sup>31</sup> L. MANNELLI, *op. et loc. ult. cit.*

<sup>32</sup> V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, a cura di P. NUVOLONE, G.D. PISAPIA, Torino, 1984, VII, 291.

<sup>33</sup> Corte cost., sent. n. 561 del 1987, cit.



condizioni della vita penitenziaria<sup>34</sup>, la critica prima rivolta all’uso indistinto della locuzione “diritto all’affettività” può costituire un’appropriata chiave di lettura del dibattito su questo tema variegato. In altre parole, una più chiara comprensione della reale posta in gioco consente di comprendere meglio «di cosa esattamente si stia parlando» e di smascherare alcuni pre-giudizi dell’interprete.

#### 4. Sessualità intramuraria: l’area più critica

La mortificazione dell’espressione fisica e più specificamente sessuale dell’affettività in carcere trova la propria fonte nella carenza (in negativo, quindi) di specifiche forme di regolazione della stessa che, senza rinnegare o svuotare di senso il diritto fondamentale alla libertà sessuale, ne assicurino un esercizio anche nella realtà carceraria, compatibilmente con le esigenze di quello specifico contesto; ma scaturisce pure della presenza (in positivo) di una precisa disposizione dell’ordinamento penitenziario. Ci si riferisce all’art. 18, secondo comma (ora terzo), della legge n. 354 del 1975<sup>35</sup>, ovvero al controllo visivo e non auditivo svolto dal personale di custodia durante i colloqui che, impedendo quella intimità e riservatezza che dovrebbe essere assicurata a relazioni di tipo sessuale, ne impedisce la realizzazione. Siffatta ricostruzione trova conferma negli svolgimenti, o meglio, nei mancati sviluppi dell’ordinamento penitenziario sinora registrati al riguardo. Sul punto è possibile prendere le mosse dal parere negativo reso dal Consiglio di Stato<sup>36</sup> sul progetto governativo di regolamento di esecuzione (poi approvato con d.P.R. n. 230 del 2000<sup>37</sup>, ma eliminando la previsione relativa agli incontri “intimi”) nella parte in cui prevedeva la possibilità per il direttore dell’istituto di concedere ai detenuti uno speciale permesso per trascorrere con i propri familiari fino a ventiquattr’ore consecutive in apposite unità abitative, da realizzare all’interno dell’istituto penitenziario, e sottoposte ad una sorveglianza esterna da parte della polizia penitenziaria. Il parere negativo del Consiglio di Stato si fondava principalmente sull’illegittimità di una deroga, disposta mediante fonte regolamentare, della regola, legislativamente prescritta, del controllo visivo durante i colloqui, ma non si mancava neppure di rilevare la difficile realizzazione pratica della soluzione teoricamente lì prefigurata, che sarebbe stata destinata a scontrarsi con la «inadeguatezza del carcere reale».

Ulteriore e ancor più esplicativa riprova di quanto suddetto, circa la presenza (in positivo) di ostacoli e la carenza (in negativo) di disciplina della sessualità intramuraria, si rinviene nella questione di legittimità costituzionale<sup>38</sup> dell’art. 18, co. 2, o.p., promossa dal Magistrato di sorveglianza di Firenze e dichiarata inammissibile dalla Corte costituzionale con sentenza n. 301 del 2012. L’inammissibilità della questione, accompagnata comunque da un forte monito rivolto al legislatore ad intervenire in materia

<sup>34</sup> Si pensi in particolare all’incidenza del sovraffollamento carcerario.

<sup>35</sup> L’attuale formulazione del terzo comma dell’art. 18, l. n. 354 del 1978, dopo le modifiche introdotte con d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 123 (che ha inciso anche sulla formulazione originaria del secondo comma) è la seguente: «I colloqui si svolgono in appositi locali sotto il controllo a vista e non auditivo del personale di custodia. 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. Particolare cura è dedicata ai colloqui con i minori di anni quattordici».

<sup>36</sup> Parere n. 61 del 2000, reso nell’Adunanza del 17 aprile 2000.

<sup>37</sup> “Regolamento recante norme sull’ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà”.

<sup>38</sup> In riferimento agli articoli 2, 3, primo e secondo comma, 27, terzo comma, 29, 31, 32, primo e secondo comma, della Costituzione.

per rispondere «ad un esigenza reale e fortemente avvertita, quale quella di permettere alle persone sottoposte a restrizione della libertà personale di continuare ad avere relazioni affettive intime, anche a carattere sessuale»<sup>39</sup>, è stata dichiarata per due distinti ma concorrenti motivi: il difetto di motivazione in punto di rilevanza nella ordinanza di rimessione e la formulazione del *petitum*. A quest'ultimo riguardo, secondo la Consulta, avendo il giudice rimettente puntato le censure sul solo disposto dell'art. 18, secondo comma, della legge n. 354 del 1975, sollecitandone una rimozione per incompatibilità con i parametri costituzionali indicati, lo stesso avrebbe mirato ad un'ablazione della previsione legislativa «eccedente lo scopo perseguito e insufficiente a realizzarlo». La mera rimozione di tale previsione legislativa avrebbe infatti realizzato una più ampia e generalizzata eliminazione di uno strumento, il controllo a vista, che risponde alla finalità precipua di tutelare esigenze di ordine e sicurezza negli istituti e prevenzione dei reati; inoltre, la rimozione di tale controllo non avrebbe comunque consentito la libera esplicitazione del diritto alla sessualità che, dovendo sempre essere bilanciato con le esigenze contrapposte di ordine e sicurezza, presuppone l'assunzione di scelte discrezionali, rimesse al legislatore, tanto con riferimento alla realizzazione di questi obiettivi, tanto in ordine alla determinazione della portata del diritto in parola. Alla «necessità costituzionale di rimuovere» un ostacolo all'esplicitazione del diritto alla intimità sessuale, che ha indotto la Corte a lanciare un forte monito al legislatore, si è affiancata la necessità, ugualmente avvertita dai giudici costituzionali, di regolare l'esercizio dello stesso, di stabilire «termini e modalità di esplicazione del diritto di cui si discute», procedendo ad individuare i relativi destinatari, interni ed esterni, definendo i presupposti comportamentali per la concessione delle «visite intime», fissando il loro numero e la loro durata, determinando le opportune misure organizzative. Alcune di queste scelte, implicano «scelte discrezionali, di esclusiva spettanza del legislatore», che la Corte ha ritenuto di non poter assumere, nel giudizio dinanzi ad essa instaurato, pronunciando una sentenza additiva di principio che si fosse limitata ad «affermare l'esigenza costituzionale di riconoscere il diritto in parola» lasciando al legislatore la disciplina di modi e limiti di esercizio. A ciò ostava, secondo il giudice costituzionale, anche l'impostazione dell'ordinanza di rimessione, il fatto cioè che il giudice remittente avesse individuato come destinatari delle visite intime i soli detenuti con coniuge o convivente, escludendone altri e esprimendo così una scelta di fondo, che non era l'unica ipotizzabile e avrebbe potuto dar luogo a ulteriori dubbi di compatibilità con i parametri costituzionali evocati dal giudice *a quo*.

Il ragionamento della Corte, sempre lineare nella qualificazione degli interessi in gioco, a differenza dell'ordinanza di rimessione nella quale si rinvengono molti passaggi «scivolosi», pare pienamente condivisibile anche nella parte in cui il giudice costituzionale ha avvertito la necessità di non sacrificare totalmente le esigenze di sicurezza che sarebbero frustrate dal venir meno del controllo a vista, senza che siano apprestate altri idonei strumenti di garanzia di quell'interesse. Piuttosto, più discutibile appare il limite rinvenuto nella discrezionalità del legislatore che si è convertito nella permanenza di un dispositivo sostanzialmente proibizionista<sup>40</sup> nei confronti di alcuni detenuti, anche laddove potrebbero e dovrebbero sperimentarsi ipotesi di superamento di una preclusione assoluta, se ve ne fosse la volontà. In effetti, prima di inoltrarci in questo campo, quello delle omissioni del legislatore e delle ricadute sull'esercizio dei diritti fondamentali – *punctum crucis* di un dibattito divenuto negli ultimi tempi

<sup>39</sup> Punto 3 del Considerato in diritto.

<sup>40</sup> Così A. PUGIOTTO, *op. cit.*, 18 ma *passim*.

ancora più acceso anche per la sperimentazione di innovative tecniche decisorie da parte della Corte costituzionale – è opportuno ricordare che le spinte riformatrici dell’ordinamento penitenziario anche sotto questo specifico aspetto non hanno prodotto esiti apprezzabili. Quei tentativi di riforma, già avviati prima della pronuncia della Consulta, sollecitati a livello internazionale, apprezzati dalla Corte EDU, sostenuti in molte Commissioni ministeriali<sup>41</sup>, oggetto di dibattito pubblico anche successivamente nell’ambito degli «Stati generali sull’esecuzione penale» e dei relativi tavoli di lavoro (2015-2016)<sup>42</sup>, non hanno comunque ad oggi prodotto esiti apprezzabili, quantomeno sul piano legislativo, o perché i progetti di legge sulla “affettività in carcere” non sono giunti all’approvazione finale (anzi spesso non sono mai approdati in Aula) o perché, come nel caso del decreto legislativo n. 123 del 2018, emanato sulla base della legge delega n. 103 del 2017 (c.d. riforma Orlando), non avendo lo stesso inciso sul dato legislativo eliminando il controllo a vista del personale di custodia durante i colloqui, ci si è limitati a prevedere che debbano essere favorite, «ove possibili, condizioni di riservatezza nei locali adibiti ai colloqui con i familiari»<sup>43</sup>, una previsione, quest’ultima, destinata a scontrarsi, come già paventava il Consiglio di Stato nel parere del 2000, con l’inadeguatezza di molte strutture carcerarie, dove l’astratta possibilità sarebbe stata destinata a convertirsi in concreta impossibilità.

Il monito lanciato dalla Corte nella sentenza n. 301 del 2012 e l’atteggiamento «silente – ma indiscutibilmente consapevole»<sup>44</sup>, assunto in questi anni dagli organi di indirizzo politico in ordine alla regolazione della sessualità intramuraria e alla rimozione degli ostacoli che ne impediscono l’esercizio,

<sup>41</sup> Le principali risultanze dei lavori delle molte Commissioni incaricate di elaborare proposte di riforma del sistema penitenziario, sono consultabili sul sito [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it).

V., nel più recente periodo, i lavori e, in particolare, la Relazione finale della «Commissione per l’innovazione del sistema penitenziario» (si rinvia, per maggiori approfondimenti, al contributo del suo Presidente, pubblicato in questa *Rivista*, M. RUOTOLO, *Il sistema penitenziario e le esigenze della sua innovazione*). Tale Commissione, ponendo precise basi culturali al proprio operato – basi che si rivelano di grande utilità anche per la tematica specifica della sessualità in carcere –, ha proposto interventi di riforma ritenuti indispensabili per il miglioramento della qualità della vita nell’esecuzione penale, intervenendo non già sulla normativa primaria (rispettando per questo il perimetro tracciato nel decreto ministeriale di istituzione, D.M. 20 settembre 2021) ma principalmente su quella regolamentare (d.P.R. 20 giugno 2020, n. 230), elaborando altresì proposte per direttive e circolari amministrative. Alcune delle proposte avanzate nella Relazione finale della Commissione sono state accolte dal DAP nella circolare del 18 novembre 2022, 0442486.U, consultabile in <http://www.ristretti.it/areestudio/giuridici/circolari/>.

<sup>42</sup> Si veda, soprattutto il Tavolo di Lavoro 6 “Mondo degli affetti e territorializzazione della pena”.

Per un’analisi sistematica dei lavori degli Stati generali si v. G. GIOSTRA, P. BRONZO (a cura di), *Proposte per l’attuazione della delega penitenziaria*, Roma, 2017, reperibile anche in <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/5548-proposte-per-l-attuazione-della-delega-penitenziaria>.

<sup>43</sup> Pienamente condivisibile, a tal riguardo, il giudizio critico espresso da S. TALINI, *L’affettività ristretta*, cit., 268-9 e 278, secondo la quale la formulazione della legge delega, che parla genericamente di garanzia del diritto all’affettività (art. 1, co. 85, lett. n), ha mantenuto in un cono d’ombra le specificità, anche organizzative, del diritto alla sessualità. Siffatta impostazione caratterizza anche molte proposte di legge presentate alle Camere. V’è da precisare, riguardo alle innovazioni introdotte dai decreti legislativi attuativi della legge di delega Orlando, che l’art. 19 del d.lgs. n. 121 del 2018 (“Disciplina dell’esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni, in attuazione della delega di cui all’art. 1, commi 82, 83 e 85, lettera p), della legge 23 giugno 2017, n. 103”) dispone, Al fine di favorire le relazioni affettive, che i detenuti minorenni possano usufruire di visite prolungate con i congiunti o con le persone con cui sussiste un significativo legame affettivo, da svolgersi in unità abitative appositamente attrezzate all’interno degli istituti.

<sup>44</sup> S. TALINI, *op. ult. cit.*, 260

rinviano ed inducono ad approfondire una questione che tocca un nodo teorico di fondo, quello dei rapporti tra discrezionalità legislativa e giudizio di costituzionalità, sui quali da tempo è impegnata la dottrina. Tale problematica “classica” ha condotto, in anni più recenti, anche per le peculiarità del contesto in cui si collocano oggi le riflessioni sui rapporti istituzionali Parlamento-Corte<sup>45</sup>, a rivedere, tra le altre, la lettura del requisito della rilevanza, gli spazi di praticabilità da parte del giudice comune dell’interpretazione conforme a Costituzione e ad allentare<sup>46</sup> la teoria crisafulliana delle “rime obbligate”. Più forti critiche si sono levate con riferimento ad un filone giurisprudenziale che ha investito proprio la materia penale nel quale il giudice costituzionale<sup>47</sup>, pretendo atto di una protratta inerzia del legislatore, pur a fronte di moniti più o meno puntuali contenuti in precedenti pronunce di inammissibilità per rispetto della discrezionalità legislativa, si è spinto ad intervenire “in seconda battuta” in modo più penetrante di quanto il limite della discrezionalità del legislatore non consenta “in prima battuta”, al fine di rimuovere il *vulnus* costituzionale riscontrato. Tale ricostruzione, che è stata fatta propria dalla Consulta già in diversi casi, a cominciare dal noto caso Cappato, muove dall’esigenza di rimediare a quelle inerzie del legislatore produttive di omissioni incostituzionali<sup>48</sup> che, ove perpetrate *sine die*, lascerebbero prive di ogni effettività situazioni giuridiche soggettive costituzionalmente fondate.

Com’è noto, siffatta impostazione e la sua applicazione in concreto hanno incontrato molte critiche; tra le tante merita particolare attenzione quella rivolta da chi, riprendendo precedenti considerazioni<sup>49</sup>, ha nuovamente evidenziato che l’inerzia del legislatore meriterebbe di essere inquadrata anche come un’implicita scelta di non dare riconoscimento a determinate istanze, pur emergenti nella coscienza sociale, istanze sulle quali sovente il testo costituzionale tace, anche se interpretato estensivamente<sup>50</sup>. È un’obiezione questa meritevole di particolare attenzione e che, in particolare nel caso qui in esame, giunge esattamente al nocciolo della questione, l’esistenza e il fondamento costituzionale di un diritto alla sessualità che possa esercitarsi anche durante e nonostante la detenzione, a meno che non esistano comprovate esigenze di ordine e sicurezza.

Come già precisato, se per un verso appare inappropriato il richiamo a quella giurisprudenza costituzionale che, con riferimento ad una diversa dimensione della libertà sessuale, l’ha qualificata come «diritto soggettivo assoluto»<sup>51</sup>, per altro verso, non si può trascurare di considerare neppure il carattere assoluto del divieto, implicito, ma oggi sostanzialmente vigente alla luce del dato ordinamentale, all’esercizio della sessualità intramuraria, specie laddove la stessa sarebbe possibile attraverso uno sforzo organizzativo che preservi ugualmente le esigenze securitarie e di ordine. Né tanto meno si può sorvolare sulle conseguenze della mancata ridefinizione del continuo controllo a vista, il quale finisce

<sup>45</sup> Cfr. D. TEGA, *La corte nel contesto. Percorsi di «ri-accentramento» della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna, 2020

<sup>46</sup> M. RUOTOLO, *Corte costituzionale e legislatore*, in *Diritto e società*, 2020, 64.

<sup>47</sup> Tacciato di suprematismo da A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2019, 251 ss.

<sup>48</sup> M. RUOTOLO, *op. ult. cit.*, 68.

<sup>49</sup> N. ZANON, *Pluralismo dei valori e unità del diritto: una riflessione*, in *Quaderni costituzionali*, 2015, 928.

<sup>50</sup> N. ZANON, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, in *Federalismi.it*, 2021, 97, ma *passim*.

<sup>51</sup> Corte cost., sent. n. 561 del 1987, cit.

per incidere – e in termini ancor più ampi e pervasivi – su istanze di riservatezza e intimità della vita quotidiana del detenuto<sup>52</sup>, totalmente mortificate dall’ininterrotto controllo a vista da parte del personale di custodia svolto evidentemente per ragioni di sicurezza, ma sulla base di presunzioni assolute di pericolosità.

L’assolutezza del divieto all’intimità-sessualità è solo parzialmente mitigata dall’istituto dei permessi-premio, in quanto, come rilevato pure dalla Corte costituzionale, di tale istituto possono in concreto fruire solo una parte minoritaria dei detenuti<sup>53</sup>; e neppure si è diffusa nel diritto vivente un’interpretazione estensiva, non astrattamente preclusa dal tenore letterale della disposizione, dell’art. 30, secondo comma, o.p., ai sensi del quale ai ristretti può essere concesso eccezionalmente un permesso «per eventi familiari di particolare gravità». Come si è fatto opportunamente notare<sup>54</sup> il termine gravità, che pur potrebbe essere interpretato nel suo più lato significato di rilevanza-importanza, ricomprendendo eventi e circostanze particolarmente significative nella vita di una persona, è stato sempre inteso in termini negativi, nei quali ovviamente diventa difficile inquadrare una sessualità da consumarsi con persone già legate da vincolo affettivo al detenuto<sup>55</sup>. Piuttosto, verrebbe da pensare che a precludere una simile interpretazione e ad ostacolare l’intervento del legislatore sia principalmente una svalutazione della dimensione sessuale dell’affettività, che si converte non già in una implicita scelta degli organi di indirizzo politico di non dare seguito ad istanze diffuse e avvertite nella coscienza sociale riconoscendo a simili desideri la veste di diritti legali, ma si traduce nella volontà di lasciare privo di effettività un diritto avente fondamento costituzionale. Ed è proprio l’omissione incostituzionale<sup>56</sup> che deriva dal protrarsi di questa inerzia legislativa a far sorgere più di un dubbio sulla “tollerabilità”<sup>57</sup> della stessa e a sollecitare la prefigurazione di meccanismi di superamento che siano ugualmente rispettosi della discrezionalità del legislatore.

Sebbene paia superfluo ribadirlo nuovamente, quanto detto non vale ad escludere che le istanze relative alla sessualità intramuraria possano e debbano incontrare ragionevoli limiti, occorre piuttosto domandarsi se e in che termini l’attuale condizione dei detenuti che non possono accedere a permessi premio salvaguardi il contenuto essenziale<sup>58</sup> del loro diritto alla libertà sessuale, quale posizione giuridica soggettiva tutelata dalla Costituzione. Senza per questo arrivare a sostenere che la soluzione

<sup>52</sup> Garanzie di riservatezza sono esplicitamente previste con riferimento all’allocazione dei servizi igienici (v. artt. 6 e 8 o.p.), anche se la decenza dei relativi servizi, nonché la riservatezza, presentano profili di ineffettività in diversi istituti. Come noto, anche tenuto conto di diverse pronunce di condanna emesse dalla Corte EDU, la idoneità dei diversi luoghi nei quali si svolge la vita dei detenuti è una delle questioni più importanti e spinose che investono l’esecuzione della pena e il rispetto della normativa costituzionale e convenzionale.

<sup>53</sup> Ne rimangono esclusi, infatti, non solo tutti i detenuti in stato di custodia cautelare, ma anche una elevata percentuale dei condannati in via definitiva

<sup>54</sup> S. TALINI, *op. ult. cit.*, 262 ss.

<sup>55</sup> Per superare la riluttanza di una parte della magistratura ad interpretare in senso estensivo l’art. 30 o.p., tra le modifiche normative proposte anche dalla Commissione per la riforma dell’ordinamento penitenziario (v. retro nota n. 41) figura la esplicita previsione, per la concessione dei permessi, accanto agli «eventi familiari di particolare gravità» anche di quelli «di particolare rilevanza».

<sup>56</sup> M. RUOTOLO, *op. e loc. ult. cit.*

<sup>57</sup> L’intollerabilità di un «eccessivo protrarsi dell’inerzia legislativa» è espressione sempre più ricorrente nella giurisprudenza costituzionale.

<sup>58</sup> Quale limite interno di ogni operazione di bilanciamento tra interessi costituzionali concorrenti. Cfr. A. MORRONE, *Il bilanciamento*, cit., 99 ss.

organizzativa funzionale a rimuovere gli ostacoli all'esplicitazione del diritto alla libertà sessuale da parte dei detenuti debba ravvisarsi nella concessione di permessi, e in particolare, dei permessi-premio<sup>59</sup>, né trascurando che la garanzia di una sua esplicitazione all'interno degli istituti richieda un notevole sforzo organizzativo, per assicurare un ragionevole contemperamento tra interessi concorrenti, occorre interrogarsi, con onesto spirito critico e spogliandosi di ricorrenti pre-giudizi, sulla capacità dell'attuale contesto normativo e fattuale ad assicurare una salvaguardia, anche minima, del diritto in parola. I dubbi di legittimità costituzionale che si rinvengono al riguardo investono, più in generale, anche il diritto all'intimità che, nel confronto con altri interessi, finisce per essere svuotato nel suo contenuto essenziale.

Né pare trascurabile la circostanza per cui il totale sacrificio della sessualità del detenuto e l'amputazione della dimensione sessuale in una reazione affettiva e familiare già esistente siano destinati a riversarsi anche sul partner<sup>60</sup>, estraneo al reato e comunque incolpevole destinatario della stessa pena accessoria alla pena detentiva, comminata al detenuto e che, già solo nei riguardi di quest'ultimo, desta dubbi in ordine alla violazione art. 25 Cost.

Non manca neppure chi intravede nell'impossibilità per i detenuti di continuare a intrattenere relazioni affettive, anche di tipo sessuale, con il proprio partner – e ovviamente nei casi in cui non si ravvisino comprovate e concrete esigenze di sicurezza – una misura solo e ingiustificatamente afflittiva, se non persino un trattamento inumano e degradante in violazione della CEDU. Al riguardo, però, il richiamo ad atti internazionali<sup>61</sup>, per lo più non vincolanti, e alla giurisprudenza della Corte EDU non è di per sé funzionale a superare lo *status quo* e ad indurre i competenti organi statali ad intervenire; in effetti, la Corte di Strasburgo, pur apprezzando percorsi di riforma della sessualità intramuraria intrapresi in diversi Paesi<sup>62</sup> e sollecitati proprio a livello sovranazionale, ha comunque escluso la configurabilità di un preciso obbligo positivo in materia a carico degli Stati contraenti<sup>63</sup>.

Poco convincente ci sembra anche la riconduzione del diritto alla sessualità al diritto costituzionale alla salute e ciò non già perché si disconosca l'ampia portata di questo diritto fondamentale, espressamente previsto in Costituzione, o perché si voglia negare che un'astinenza sessuale imposta sia destinata ad incidere sull'equilibrio psico-fisico e dunque sia causa di malessere. Ciò che non persuade di questa lettura, o meglio, ciò che si teme è che, insistendo solo sulla mortificazione del corpo, si possa perpetrare una narrazione svalutativa della sessualità, come impulso, quasi animalesco, incapace di

<sup>59</sup> La connessione della sessualità dei detenuti con i permessi premio, al di là dei limiti che tale istituto incontra per preminenti ragioni di sicurezza, finisce per veicolare una precisa concezione della sfera della sessualità, concessa appunto come "premio" e non già quale forma di esplicitazione di un diritto di libertà.

<sup>60</sup> Cfr. L. AMERIO, V. MANCA, *Forma attiva e forma passiva del verbo amare: riflessioni a margine delle prime applicazioni del d. lgs. n. 123/2018 in materia di affettività e sessualità*, in *Giurisprudenza penale*, 2019.

<sup>61</sup> V. almeno Racc. n. 1340 del 1997 del Consiglio d'Europa e Racc. R (2006)2 del Comitato dei Ministri agli Stati membri sulle Regole penitenziarie europee, adottate dal Consiglio dei Ministri l'11 gennaio 2006.

<sup>62</sup> Per un'analisi delle soluzioni elaborate in altri Paesi, anche extraeuropei, si rinvia a S. TALINI, *Affettività ristretta*, cit., 273 ss.; S. GRIECO, *op. cit.*, 92 ss.

<sup>63</sup> Così di recente Corte EDU, sez. I, sent. 1° luglio 2021, Lesław Wójcik c. Polonia, ma in precedenza già 4 dicembre 2007, Dickson c. Regno Unito; 29 luglio 2003, Aliev c. Ucraina; Commissione EDU, 22 ottobre 1997, E.L.H. e P.B.H. c. Regno Unito. Su questa giurisprudenza v. almeno M.E. SALERNO, *Affettività in carcere e diritto alle visite familiari. A Strasburgo, tra affermazioni di principio e tutela effettiva*, in *Giurisprudenza penale "Affettività e carcere"*, cit., 46 ss.

essere controllato; diversamente, come già rilevato, nella sessualità corporeità ed emotività si fondono in un nesso difficilmente scindibile, di guisa che la loro riconduzione alla dimensione relazionale ed affettiva appare più appropriata. E pertanto dovrebbe apparire più chiaro che l'impossibilità per alcune categorie di detenuti di seguitare ad intrattenere relazioni affettive, anche sessuali, con il proprio partner, cagionando ulteriore sofferenza, oltre a quella inevitabilmente scaturente dallo stato di detenzione, rischia di tramutarsi in una misura solo e ingiustificatamente afflittiva, che persegua il fine ultimo dell'annullamento della personalità del reo, incidendo su una (certo non l'unica) delle sue forme di esplicazione, ma comunque ostacolando il pieno sviluppo della persona umana.

È bene comunque precisare che la rinuncia alla dimensione sessuale in una relazione può essere una scelta, ma ben si comprenderà che quanto qui in discussione non è affatto l'assunzione di una scelta, peraltro insindacabile, quanto proprio l'adeguamento ad un divieto che, non essendo sempre giustificato dalla necessità di salvaguardare concrete esigenze di sicurezza, si ripercuote sulla capacità di autodeterminazione del soggetto in stato di detenzione, già in larga parte compromessa. Proprio questa consapevolezza conduce a respingere anche altri ragionamenti ricorrenti nel dibattito pubblico, che, facendo leva su altrettanto controversi passaggi giurisprudenziali<sup>64</sup>, collegano la frustrazione del desiderio di continuare ad intrattenere rapporti sessuali con il proprio partner alla condotta penalmente illecita, sanzionata dall'afflizione della pena, per giungere così a ritenere che il mancato soddisfacimento di quel desiderio sia «conseguenza diretta della privazione della libertà personale, propria della reclusione»<sup>65</sup>. A monte di simili letture si scorge la difficoltà a metabolizzare una concezione della pena “costituzionalmente orientata”<sup>66</sup> e una forte resistenza al riconoscimento in capo ai detenuti della titolarità di diritti costituzionalmente fondati, il cui esercizio potrà e dovrà essere limitato quando sia necessario preservare – e non è possibile farlo in forme meno gravose – altri interessi di rilievo costituzionale.

Non si nasconde che preservare la ragionevolezza di un simile bilanciamento è quantomai faticoso, richiedendo, in molti casi, un notevole sforzo organizzativo; tuttavia se si tiene conto che, per un verso, essa difficilmente potrà essere assicurata da automatismi e, ancor meno, da preclusioni assolute, ma, per altro verso, si continua a registrare una forte resistenza al superamento dello *status quo*, è

---

<sup>64</sup> Si veda la concezione svalutante della sessualità e la sua degradazione a mera aspettativa nella lettura fornita dalla Cassazione in ordine alla richiesta di un detenuto di consumare il matrimonio celebrato in carcere: «non costituisce motivo grave che, se accertato, può legittimare la concessione di permesso al detenuto [...] la necessità di trascorrere un breve periodo di tempo con il coniuge al fine di consumare il matrimonio celebrato in carcere». Secondo la Suprema Corte, l'istituto normativamente preposto ad offrire tutela al desiderio di sessualità, reputato (*rectius*: degradato) a mera esigenza «naturale» dovrebbe essere la concessione del permesso premio. Quanto all'interpretazione dell'art. 30, co. 2, o.p. si precisa che «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» (Cass. Pen., sez. I, sent. n. 48165/2008).

<sup>65</sup> Così Cassazione penale, sez. I, n. 1553/1992.

<sup>66</sup> Fatta propria invece dalla Corte costituzionale che, su questa scorta, ha avviato un processo di graduale rilettera delle diverse finalità della pena. La premessa che orienta i singoli svolgimenti giurisprudenziale, è chiaramente espressa, tra le tante, nella sentenza n. 26 del 1999: «l'esecuzione della pena e la rieducazione che ne è finalità – nel rispetto delle irrinunciabili esigenze di ordine e disciplina – non possono mai consistere in “trattamenti penitenziari” che comportino condizioni incompatibili col riconoscimento della soggettività di quanti si trovano nella restrizione della loro libertà».

opportuno puntare maggiore attenzione non solo sulla ragionevolezza dei bilanciamenti compiuti o da compiere, ma anche su ciò che precede simili operazioni.

## 5. Relazioni affettive e genitorialità senza sessualità: il caso dell'accesso alle tecniche di PMA

Un terreno di ulteriore riflessione e approfondimento del tema sinora trattato è costituito dall'accesso alla PMA da parte dei detenuti. Come già precisato, tale istanza può ascriversi tra i c.d. nuovi diritti scaturenti dall'evoluzione e dal perfezionamento della scienza e della tecnica biomedica, le quali consentono di soddisfare un desiderio di genitorialità (genetica) altrimenti frustrato. In tal senso dovrà verificarsi se possa configurarsi ed entro quali limiti un diritto di accesso alla PMA per i detenuti e se e come la condizione detentiva possa condizionare ulteriormente tale pretesa.

L'interesse per questa specifica questione e le ragioni del sua trattazione in questa sede risiedono in due ulteriori ragioni: per un verso, è particolarmente agevole dimostrare la riconducibilità del desiderio di genitorialità alla dimensione degli affetti familiari, alla quale l'ordinamento penitenziario, conformemente alle previsioni costituzionali in materia di famiglia e, ancor più, di filiazione, conferisce particolare valore<sup>67</sup>; per altro verso ancora, però, nel caso specifico, il desiderio di genitorialità prescinde totalmente dalla dimensione della sessualità, alla quale finora abbiamo prestato attenzione.

Com'è noto, le moderne biotecnologie riproduttive consentono di scindere totalmente sessualità e riproduzione nel senso di rendere possibile la realizzazione di un progetto riproduttivo senza il congiungimento fisico tra un uomo e una donna. Le ragioni del ricorso alle tecniche di PMA, bypassando la sessualità, possono essere molteplici e si snodano lungo una scivolosa distinzione tra fisiologico e patologico: le coppie legate da una relazione affettiva stabile ricorrono alle tecniche di PMA perché affette da patologie riproduttive che incidono sul loro diritto alla salute; ma, in linea di principio e ove la finalità precipua perseguita dalla legge sia quella di garantire il diritto alla genitorialità, alla tecnica si può ricorrere anche perché, benché nessuno dei partner sia affetto da patologie riproduttive, il rapporto sessuale con una persona dell'altro sesso è non gradito (è il caso delle coppie omoaffettive<sup>68</sup>). In quest'ordine di idee occorre interrogarsi sulla possibilità di accesso alla PMA da parte dei detenuti che sia funzionale a soddisfare un desiderio di genitorialità non impedito da cause patologiche, né dall'orientamento sessuale, ma da una sessualità, pur astrattamente desiderata, concretamente impossibilitata dalla distanza fisica tra i partner, distanza non liberamente scelta, né superabile, in quanto imposta quale conseguenza dello stato di reclusione.

Simili casi si sono più volte posti all'attenzione della giurisprudenza, anche di legittimità e della magistratura di sorveglianza, chiamata a pronunciarsi su reclami proposti da detenuti avverso provvedimenti dell'Amministrazione penitenziaria reietti dell'istanza di accesso alla PMA. La notorietà e la maggiore complessità dei casi giurisprudenziali richiamati è dovuta al fatto che molte istanze di autorizzazione alla fecondazione assistita sono state avanzate da ristretti in regime penitenziario differenziato (art. 41-*bis* o.p.), protagonisti di storie criminali tragicamente note, appartenenti o capi di notorie organizzazioni criminali; e, come si avrà modo di verificare, siffatta circostanza può aver influito sulla linearità delle argomentazioni dei giudici.

<sup>67</sup> Cfr. art. 28, o.p.: «Particolare cura è dedicata a [...] le relazioni dei detenuti e degli internati con le famiglie».

<sup>68</sup> Cfr. Corte costituzionale, sent. 221 del 2019.



Ma, invero, anche al di fuori dei soggetti inseriti nel circuito speciale di cui all'art. 41-*bis* o.p., si è formato un primo orientamento giurisprudenziale<sup>69</sup>, particolarmente rigoroso, volto ad escludere la possibilità di accesso per i detenuti alla PMA in quanto la stessa è stata configurata dalla legge n. 40 del 2004 solo come rimedio a cause di sterilità e infertilità non altrimenti rimovibili (art. 4). La nostra attenzione deve essere rivolta al tenore delle argomentazioni di questa giurisprudenza, maturata in un momento storico nel quale, da un lato, aveva avuto l'esito auspicato il caso Cutolo, il quale aveva avviato una lunga battaglia legale per veder riconosciuto il proprio diritto di accesso all'inseminazione artificiale, e dall'altro lato, la legge n. 40 del 2004, recante una disciplina particolarmente rigorosa quanto a requisiti soggettivi e oggettivi di accesso alla PMA, ancora non era stata colpita dalle tante pronunce di incostituzionalità che ne hanno profondamente modificato l'impianto originario.

Nel 2007 la Cassazione rigettava il ricorso di un detenuto adducendo la non applicabilità della legge n. 40 del 2004, non versando lo stesso in una condizione di sterilità o infertilità inspiegata, documentata da atto medico, o causata da patologia accertata e certificata sempre da atto medico. Ciò che non persuade di questa decisione è la negazione del carattere terapeutico della PMA – convinzione, questa, che solo in anni più recenti e non senza resistenze è stata superata –, ma nemmeno è condivisibile l'ulteriore passaggio della motivazione nel quale la Suprema Corte riteneva non applicabile nel caso di specie l'art. 11, secondo comma, o.p. (nella formulazione allora vigente<sup>70</sup>), finendo così per escludere *a priori* che il detenuto potesse richiedere di essere sottoposto a visita o accertamento diagnostico in luogo esterno al carcere per accertare o documentare la sua condizione di sterilità e quindi solo successivamente richiedere l'applicazione di un protocollo che, tra l'altro, nel caso di specie (prelievo del liquido seminale) non avrebbe richiesto la fuoriuscita dall'istituto.

Proprio per queste ragioni, è da accogliere con favore il cambio giurisprudenziale registratosi esattamente un anno dopo, quando la medesima sezione della Cassazione<sup>71</sup>, chiamata a pronunciarsi sulla richiesta di accesso alla PMA, anche se questa volta di un detenuto in regime di cui all'art. 41-*bis* o.p., dopo una più ampia disamina sui diritti dei detenuti, sulla loro tutela e sul temperamento con le esigenze della sicurezza sociale, accoglieva il ricorso deducendo l'illegittimità del diniego dell'Amministrazione penitenziaria al prelievo di liquido seminale. Tale provvedimento di diniego era stato emesso negando nuovamente il carattere terapeutico della PMA e pervenendo ad una lettura molto discutibile della legge n. 40/2004, e cioè che postulando la stessa «la massima tutela del nascituro» nel caso concreto ciò non poteva essere garantito «vista la situazione di detenzione del genitore». Sebbene persino la premessa di tale affermazione non sia pienamente corretta, è il passaggio successivo quello che ne palesa l'illegittimità: non v'è traccia nella legge n. 40 del 2004 – una legge sostanzialmente proibitiva – di altre condizioni soggettive e oggettive (oltre a quelle previste artt. 4 e 5)<sup>72</sup> preclusive all'accesso alla PMA anche da parte di un detenuto condannato al “fine pena mai”.

<sup>69</sup> Cassazione penale, sez. I, 10 maggio 2007, n. 20673.

<sup>70</sup> «Ove siano necessari cure o accertamenti diagnostici che non possono essere apprestati nelle infermerie e nei reparti specialistici degli Istituti, i detenuti e gli internati sono trasferiti negli ospedali civili o in altri luoghi esterni di cura».

<sup>71</sup> Cassazione penale, sez. I, 30 gennaio 2008, n. 7791.

<sup>72</sup> L'art. 5 pone quali uniche condizioni soggettive di accesso alle tecniche che i membri della coppia siano maggiorenni di sesso diverso, coniugati o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi. Ai sensi dell'art. 4 invece «Il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita è consentito solo quando sia accertata

Altrettanto interessante è un altro ricorso, giunto al vaglio della Suprema Corte nel 2008, con il quale un detenuto affetto da patologia virale chiedeva l'annullamento del provvedimento di diniego alla fecondazione assistita da parte dell'Amministrazione penitenziaria che aveva ritenuto non applicabili le nuove Linee guida ministeriali del 2008 sulla PMA, le quali hanno assimilato alla condizione di infertilità o sterilità la trasmissione sessuale di patologie virali. In questo caso, l'accoglimento del ricorso<sup>73</sup> non soltanto ha conferito al Giudice di legittimità l'occasione per ribadire il collegamento tra ricorso alla PMA e diritto costituzionale alla salute e il necessario rispetto del criterio della proporzionalità nella imposizione di ulteriori limitazioni alla posizione giuridica della persona ristretta per ragioni di sicurezza, ma ha fornito pure l'occasione per vagliare la legittimità dell'estensione delle condizioni soggettive di accesso alla PMA che il D.M. del 2008, recante le nuove Linee guida, ha operato. Benché a tal riguardo non siano mancate critiche, anche condivisibili<sup>74</sup>, sulla capacità integrativa delle Linee Guida Ministeriali, è utile evidenziare come, nel caso specifico, la Suprema Corte abbia ritenuto legittima tale integrazione avvalendosi del parere espresso dal Consiglio Superiore di Sanità. Secondo tale organo di consulenza tecnica, in materia medica è alla comunità scientifica di riferimento che spetta la determinazione delle patologie produttive di infertilità o sterilità e quindi è la comunità scientifica a decidere se vi rientrano anche le malattie indirettamente produttive dello stesso effetto previsto dalla legge. È questo un caso in cui la Cassazione, ritenendo apprezzabile e opportuno il "rinvio alla scienza", ha affermato che non rientra nei compiti dell'amministrazione e del giudice delimitare, al di là di quanto autorevolmente espresso dal Consiglio Superiore di sanità, ciò che rientra e non rientra nell'ambito delle patologie riproduttive poste dalla legge quali condizione di ricorso alla PMA.

Pertanto alla luce del vigente dato legislativo e del diritto vivente, lo stato di detenzione non si pone come preclusivo al ricorso alla PMA per soddisfare un desiderio di genitorialità, tuttavia la reclusione e, dunque, la sessualità impossibilitata non sono di per sé condizioni sufficienti per l'accesso alle tecniche riproduttive, dovendo il richiedente dimostrare che uno o entrambi i componenti la coppia di aspiranti genitori sia affetto da patologie riproduttive.

## 6. Accesso alla pornografia, auto-erotismo e regime detentivo speciale: ancora sul delicato equilibrio tra esigenze di sicurezza e disapprovazione morale di istanze legate alla sessualità

Quanto sinora criticamente osservato riguardo all'elevato rischio che la dimensione sessuale inframuraria viva e continui a vivere in uno stato di permanente minorità rispetto ad altre dimensioni affettive, anche per ragioni che esulano da comprovate esigenze di sicurezza, può trovare conferma dall'analisi di un'altra vicenda particolarmente controversa, quella dell'accesso alla pornografia da parte dei

---

l'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione ed è comunque circoscritto ai casi di sterilità o di infertilità inspiegate documentate da atto medico nonché ai casi di sterilità o di infertilità da causa accertata e certificata da atto medico». Sul mancato accertamento o documentazione da parte del detenuto della condizione o causa di sterilità della moglie e sulla legittimità del diniego dell'Amministrazione, v. poi Cassazione penale, sez. I, 18 ottobre 2011, n. 46728.

<sup>73</sup> Cassazione penale, sez. I, 21 gennaio 2009, n. 11259. Questa giurisprudenza è richiamata anche da F. MEOLA, *Detenzione e questioni di genere: a proposito della condizione carceraria femminile*, in questo Fascicolo, § 8.2.

<sup>74</sup> E. MALFATTI, *L'accesso alla procreazione medicalmente assistita, tra "integrazioni" della legge e nuove aperture giurisprudenziali*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2008.

detenuti. Sul tema la dottrina si è spesso divisa e anche nella giurisprudenza si sono espresse posizioni diverse specie in ordine alle situazioni giuridiche soggettive coinvolte e al loro fondamento costituzionale (art. 21 nella sua declinazione di diritto all’informazione; art. 2 comprensivo del diritto alla libertà sessuale).

Ci si è chiesti<sup>75</sup> se tale tipo di pubblicazioni violi il limite del buon costume imposto dall’art. 21 Cost. ed in alcuni provvedimenti proibitivi dell’Amministrazione si è negata la possibilità ai detenuti di possedere riviste pornografiche sostenendo il carattere osceno delle stesse, di fatti pure vietate ai minori. Su altro versante, si è evidenziata la connessione di questa tematica con il diritto alla libertà sessuale, il cui esercizio, in questa specifica declinazione, non troverebbe ostacolo nel controllo visivo del personale di custodia, che invece assume una rilevanza determinante quanto allo svolgimento di “visite intime” in carcere.

Purtuttavia, in un caso di recente esaminato dalla Cassazione<sup>76</sup>, concernente la fruizione di materiale pornografico da parte di un detenuto sottoposto al regime detentivo speciale di cui all’art. 41-*bis* o.p. si rinvennero alcuni passaggi, relativi alla portata del diritto alla libertà sessuale dei ristretti, ai suoi modi di esplicazione e ai limiti che l’Amministrazione penitenziaria può legittimamente apporre all’esercizio degli stessi in ambiente detentivo, i quali meritano particolare attenzione. Quanto si vuole qui evidenziare non è l’estraneità del tema dalla sfera della sessualità, ma l’automatismo che ne è scaturito. Come autorevolmente sostenuto<sup>77</sup>, non si può escludere che un provvedimento di diniego dell’amministrazione alla fruizione di materiale pornografico da parte dei detenuti leda la libertà della persona «di soddisfare come meglio crede le proprie esigenze di carattere sessuale» e senz’altro irragionevole apparirebbe un divieto che inibisca questa forma di esercizio della stessa senza che ciò sia motivato dall’esigenza di tutelare altri interessi di rilievo costituzionale; tuttavia, come si avrà modo di precisare, proprio ripercorrendo quest’ultimo caso, l’aggancio della pretesa alla sola sfera della libertà sessuale, si rivela un pendio scivoloso.

Il tema delle pubblicazioni pornografiche nella carceri è stato pure incidentalmente affrontato dalla Corte costituzionale in due occasioni<sup>78</sup>; nella questione di legittimità costituzionale decisa con la sentenza n. 122 del 2017, il tema ha assunto connotazioni di maggiore complessità riguardando detenuti sottoposti al regime speciale di cui all’art. 41-*bis*, un regime che, come noto, impedisce i collegamenti dei detenuti con l’ambiente esterno, incidendo anche sulla introduzione di stampati negli istituti penitenziari. Anche il caso di recente affrontato dalla Corte di Cassazione, trae origine da un provvedimento di diniego della Direzione dell’istituto alla richiesta di un detenuto di ricevere in abbonamento una rivista pornografica non inserita nell’elenco delle pubblicazioni acquistabili mediante sopravvito, una modalità, questa, che, assieme all’altro divieto di ricevere libri e riviste provenienti dall’esterno e in particolare dai familiari, vuole indirizzare la richiesta verso “canali sicuri” di approvvigionamento onde evitare che gli stampati divengano strumento di scambio di messaggi criptici, eludendo il divieto

<sup>75</sup> I. DEL VECCHIO, *L’informazione in carcere nella tensione tra la tutela del diritto e le esigenze di prevenzione e sicurezza, in Dopo la riforma. I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale, cit.*, 297.

<sup>76</sup> Cassazione Penale, Sez. I, 11 ottobre 2021, n. 36865.

<sup>77</sup> M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione, cit.*, 55.

<sup>78</sup> Corte cost., sent. n. 26 del 1999; sent. 122 del 2017, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2017, con nota di A. CIAVOLA, *Cosa si nasconde dentro un libro. Riflessioni su alcune restrizioni del regime del c.d. “carcere duro”, ivi*, 1236 ss.

di contatti con l'esterno. In questo senso, l'amministrazione adduceva a fondamento del diniego e del mancato inserimento delle riviste pornografiche nell'elenco di quelle acquistabili, oltre che la difficile reperibilità delle stesse, soprattutto «la concreta possibilità e facilità, validata dall'esperienza, che all'interno di esse trovassero ampio spazio annunci e messaggi privati, gratuiti o a pagamento, nonché inserzioni pubblicitarie a sfondo sessuale, dietro i quali abilmente nascondere messaggi criptici, di non agevole decifrazione, pregiudizievoli per l'ordine e la sicurezza pubblica e tali da aggirare le finalità del regime speciale». È in questo passaggio e quindi nella fondamentale esigenza di inibire contatti del detenuto con l'organizzazione criminale di appartenenza che dovrebbe risiedere ogni vaglio sulla legittimità del provvedimento di diniego apposto dall'Amministrazione penitenziaria, non già sul carattere delle pubblicazioni e sull'accettabilità morale del loro contenuto<sup>79</sup>, in quanto il diniego – a differenza di quanto sostenuto dal Tribunale di sorveglianza di Roma e dalla Cassazione – incide *in primis* sul diritto costituzionale all'informazione. Per il Tribunale di sorveglianza, adito mediante reclamo dal detenuto, il provvedimento di diniego della direzione avrebbe inciso non già sul diritto all'informazione, ma su «diritto alla sessualità, ancorché ridotta ad una dimensione «effimera e sublimata»; in sede di ricorso la Cassazione, per contestare questo inquadramento, ha compiuto due passaggi argomentativi nei quali si intravedono alcuni scivolamenti: il primo è da ravvisare nel punto in cui la Suprema Corte ritiene che non entrino in gioco, nella vicenda specifica, diritti fondamentali quali il diritto all'informazione e il diritto allo studio (e su quest'ultimo punto si può convenire), il secondo rivela, invece, uno scivolamento più evidente, in quanto collega la fruizione di materiale pornografico all'autoerotismo. Si legge infatti nella sentenza che anche a voler considerare l'autoerotismo «un aspetto della sessualità, nella sua accezione più lata, esso non è impedito – di per sé – dallo stato detentivo. La fruizione di materiale pornografico costituisce uno dei mezzi possibili per la sua migliore soddisfazione, ma non ne costituisce presupposto ineludibile, sicché non può ragionevolmente affermarsi che, attraverso il pratico disconoscimento di una tale eventualità, poggiante sull'assetto e sulle caratteristiche dello speciale regime di detenzione, passi la negazione di un diritto inviolabile della personalità» e pertanto si potrebbe dire che la Corte non ravvisi alcuna lesione del nucleo essenziale del diritto in parola. Invero, ciò che veramente non persuade in questa argomentazione è il collegamento tra pornografia ed autoerotismo, dato come incontrovertibile, laddove invece ciò che avrebbe richiesto maggiore attenzione è l'esigenza di preservare e in forme non eccessivamente gravose l'ordine e la sicurezza, esigenze particolarmente avvertite nel regime del 41-bis. Nondimeno ci sembra criticabile il tenore di alcune argomentazioni che paiono lasciare troppo spazio a «pericolose ragioni fondate sulla morale»<sup>80</sup>, una tendenza, questa, che come si è avuto modo di evidenziare, rischia di condurre ad una svalutazione del fondamento costituzionale di alcuni diritti.

<sup>79</sup> Cfr. Corte costituzionale, sent. 122 del 2017, punto 5 del Considerato in diritto: «Al detenuto non è impedito l'accesso alle letture preferite e al loro contenuto, ma gli è imposto di servirsi, per la relativa acquisizione, dell'istituto penitenziario, nell'ottica di evitare che – secondo quanto è emerso dall'esperienza – il libro o la rivista si trasformi in un veicolo di comunicazioni occulte con l'esterno, di problematica rilevazione da parte del personale addetto al controllo».

<sup>80</sup> M. RUOTOLO, *op. ult. cit.*, 56.

## 7. Osservazioni conclusive per riannodare le fila

Al fine di riannodare i diversi passaggi del discorso sinora condotto, si avvanzerà ora qualche breve notazione finale, funzionale non solo a ricondurre ad unità il nostro ragionamento, ma anche a marcare meglio il percorso seguito.

Si è presi le mosse dall’incerta natura e condizione di alcuni diritti, specie ove riferiti alle persone soggette a reclusione, riscontrando come il già controverso tema dei c.d. nuovi diritti mostri ulteriormente la corda laddove calato nella specificità del contesto della detenzione. L’analisi si è concentrata esclusivamente sul diritto all’affettività, locuzione molto ampia, e forse volutamente imprecisa, alla quale possono ricondursi diverse istanze, o meglio, molteplici modalità di esplicazione, la più controversa delle quali è stata rintracciata nel diritto alla sessualità intramuraria. Molte delle considerazioni svolte al riguardo ci spingono a ribadire che, probabilmente, il principale punto di snodo delle criticità riscontrate sia da rintracciare nella incerta natura della pretesa rivendicata, la cui contestazione si nutre principalmente, seppur non palesemente, di argomentazioni di tipo morale. Più precisamente, sebbene non sia stato mai apertamente contestato l’inquadramento del diritto alla libertà sessuale nei diritti inviolabili della persona umana, né, più in generale, che anche i detenuti restino titolari, nonostante la reclusione e la legittima inflizione della pena detentiva, di diritti fondamentali, si è evidenziato il totale sacrificio subito da alcune dimensioni o proiezioni di quel diritto – in specie quello alla sessualità intramuraria – così degradato a mera aspettativa, il cui soddisfacimento dipende esclusivamente dalle esigenze dell’organizzazione penitenziaria<sup>81</sup>. Si potrebbe anche sostenere, a buona ragione, che il diritto alla sessualità subisca in ambiente carcerario, come spesso accade, una “rinneazione pratica”<sup>82</sup>; o ancora, che il quadro normativo vigente in materia presenti un vulnus di tutela di quel diritto, eccessivamente sacrificato, nel suo nucleo essenziale, per la preminenza di generali (e non sempre comprovate) esigenze di sicurezza. In effetti, come avvertito da un’attenta dottrina<sup>83</sup>, uno degli equivoci che investe il tema dei nuovi diritti nasce dalla prospettiva con la quale si lo si affronta, che non deve essere quella della ricerca del loro fondamento, ma l’individuazione di limiti che essi incontrano nel ragionevole bilanciamento con interessi antagonisti. Pur condividendo pienamente tale prospettiva, l’analisi condotta, anche attraverso la valutazione di altre dimensioni dell’affettività (il desiderio di genitorialità) e della sessualità (fruizione di materiale pornografico), ha avvalorato la convinzione che molti degli ostacoli che pregiudicano *de iure* o *de facto* il godimento del diritto alla libertà sessuale in ambiente carcerario dipendano da una lettura svalutativa della sessualità, quale modo di esplicitazione della propria personalità, e, ancor più nel profondo, siano da farsi risalire ad un non pieno riconoscimento della soggettività di quanti si trovano nella restrizione della loro libertà personale.

Riguardo all’area più critica, quella della sessualità intramuraria, le numerose riflessioni sollecitate dalla dottrina, le varie proposte di riforma avanzate anche a seguito di ampi dibattiti, i moniti del

---

<sup>81</sup> In evidente contraddizione con quanto più volte ribadito dalla Corte costituzionale, a partire dalla sentenza n. 26 del 1999: «L’idea che la restrizione della libertà personale possa comportare conseguenzialmente 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 umana e dei suoi diritti». Punto 3.1. del Considerato in diritto.

<sup>82</sup> V. *retro* nota n. 2.

<sup>83</sup> R. BIN, *Critica*, cit., 55 ss. e spec. 59

giudice costituzionale, nonché l'esperienza ricavabile dall'analisi comparata mostrano chiaramente che è possibile pervenire, ove ve ne sia la volontà, ad un ragionevole bilanciamento tra interessi in conflitto; e anche per queste ragioni ci è parso opportuno non tralasciare quanto precede il bilanciamento tra interessi concorrenti. Se si tiene conto, infatti, delle tante resistenze ad adottare una disciplina che garantisca un tempo e uno spazio adeguato per vivere la sessualità nonostante la detenzione, si rafforza il sospetto che, prima di essere in discussione il *come*, lo sia il *se*<sup>84</sup> garantire un diritto alla sessualità ai detenuti, un dubbio, questo, che quando investe i diritti fondamentali, incidendo sul loro nucleo essenziale, si sostanzia nel riscontro di una vera e propria omissione incostituzionale, non superabile neppure attraverso l'intervento del giudice costituzionale.

In definitiva, il principale intento che ha mosso la presente riflessione e che si è potuto "calibrare" e sperimentare esplorando diverse dimensioni del diritto all'affettività e alla sessualità è stato quello di svelare come, dietro alla invocazione di difficoltà organizzative e gestionali – che certo non mancano –, ci sia sovente una più profonda disapprovazione morale nei riguardi della sessualità, percepita come "vizio" o, al più, come beneficio, nonché una persistente tendenza a degradare le istanze dei soggetti detenuti a meri "desideri". Nel complesso tutto ciò rivela, al contempo, un'altra ricorrente inclinazione, seguendo la quale si perviene al disconoscimento di una soggettività piena e non dimidiata di quanti si trovano nella restrizione della loro libertà.

È il superamento o quantomeno il controllo di questi pre-giudizi, a rappresentare, a mio avviso, il passaggio indispensabile e preliminare anche per il mutamento del quadro normativo, un'esigenza, quest'ultima, tanto più avvertita per ricondurre il sistema entro i confini tracciati dalla Costituzione. Conformemente all'imperativo costituzionale dell'umanizzazione della pena e alle convergenti indicazioni che in tal senso provengono anche da atti sovranazionali, l'evoluzione legislativa e regolamentare in materia di esecuzione penale ha fatto registrare nel corso del tempo significativi progressi in ordine alla valorizzazione della soggettività del ristretto, bilanciando le relative istanze con le esigenze di sicurezza proprie del contesto penitenziario. Solo proseguendo lungo questo orizzonte è possibile evitare che la costrizione corporale, conseguenza della detenzione, da cui deriva anche e sempre una restrizione degli spazi di autodeterminazione, non si tramuti in un annichilimento della personalità del detenuto, tanto più probabile ove ad essere mortificate siano le proiezioni relazionali della stessa e sempre che da ciò non derivi nocimento per altri e la sicurezza dell'istituto. Non si può non rilevare, infine, che tanto il divieto assoluto alla sessualità intramuraria, quanto, più in generale, l'eccessiva restrizione degli spazi e dei modi di esplicazione di relazioni affettive anche da parte di chi è detenuto si pongano come questioni di rispetto della legalità costituzionale, chiamando in causa non solo il divieto di pene contrarie al senso di umanità, ma anche il finalismo rieducativo della pena, andando quelle restrizioni ad incidere proprio su quelle relazioni<sup>85</sup> che dovrebbero consentire e agevolare la ricostruzione dei legami sociali.

<sup>84</sup> Cfr. la *Relazione finale del Tavolo 6 degli Stati Generali dell'esecuzione penale*, in [https://www.giustizia.it/resources/cms/documents/sgep\\_tavolo6\\_relazione.pdf](https://www.giustizia.it/resources/cms/documents/sgep_tavolo6_relazione.pdf).

<sup>85</sup> I contatti con il mondo esterno e i rapporti con la famiglia costituiscono, infatti, ai sensi dell'art. 15 o.p. elementi positivi del trattamento.