

UN PASSO DECISIVO VERSO LA GARANZIA DELLA SESSUALITÀ INTRAMURARIA?

di Silvia Talini

Attraverso l'ordinanza n. 23/2023 il Magistrato di Sorveglianza di Spoleto ha chiesto al Giudice delle leggi di dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 18 o.p. nella parte in cui non prevede che alla persona detenuta sia consentito, quando non ostino ragioni di sicurezza, di svolgere colloqui intimi, anche a carattere sessuale, con la persona convivente non detenuta, senza che sia imposto il controllo a vista da parte del personale di custodia. Nel contributo l'Autrice riflette sulle ragioni che si ritengono oggi sussistenti a sostegno dell'accoglimento della questione soffermandosi, in particolare, su: l'irrinunciabilità di un bilanciamento, in concreto, tra valori costituzionali; la "tendenza" del regime penitenziario sovranazionale; la negazione del diritto alla sessualità quale violenza fisica e morale rilevante anche ai sensi dell'art. 13 Cost. e la possibilità di superare la precedente sentenza della Corte costituzionale n. 301 del 2012.

SOMMARIO: 1. Delimitazione del perimetro di indagine – 2. L'irrinunciabilità di un bilanciamento, in concreto, tra valori costituzionali – 3. La negazione del diritto alla sessualità quale violenza fisica e morale sulle persone ristrette negli istituti penitenziari – 4. La "tendenza" del regime penitenziario sovranazionale – 5. La sentenza della Corte costituzionale n. 301 del 2012: un precedente superabile.

1. Delimitazione del perimetro di indagine.

Con l'ordinanza n. 23 del 12 gennaio 2023¹, il Magistrato di Sorveglianza di Spoleto ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 18 o.p.² «nella parte in cui non prevede che alla persona detenuta sia consentito, quando non ostino ragioni di sicurezza, di svolgere colloqui intimi, anche a carattere sessuale, con la persona convivente non detenuta, senza che sia imposto il controllo a vista da parte del personale di custodia, per contrasto con gli artt. 2, 3, 13, commi 1 e 4, 27, comma 3, 29, 30, 31, 32 e

¹ Udienza del 14 dicembre 2022.

² Secondo quanto disposto dal terzo comma dell'art. 18 o.p.: «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. (...)».

117, comma 1 Cost., quest'ultimo in rapporto agli art. 3 e 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo».

In particolare, ad avviso del rimettente, ciò che nella normativa penitenziaria resta radicalmente preclusa è «la possibilità che il colloquio si svolga in un contesto in cui sia assicurata l'intimità, con un importante impatto nella dimensione familiare dell'incontro anche con i minori, ma con un dirimente effetto inibitorio rispetto alla possibilità di utilizzare il tempo del colloquio con il/la partner per rapporti intimi anche di tipo sessuale che, addirittura, ove tentati con l'attuale previsione del controllo a vista della polizia penitenziaria, finirebbero per configurare delle ipotesi di reato perseguibili»³.

L'ordinanza dello scorso gennaio costituisce, dunque, l'ultimo tassello di un già avviato percorso giurisprudenziale in materia di riconoscimento dell'intimità-sessualità intramuraria per le persone ristrette all'interno delle mura penitenziarie. Scopo della presente riflessione non risiede, tuttavia, in una ricostruzione del cammino sinora percorso in tale ambito o in una puntuale analisi dei contenuti dell'ordinanza di rimessione⁴ quanto, piuttosto, in un'indagine circa le ragioni che si ritengono sussistenti a sostegno dell'accoglimento della questione di costituzionalità al fine di far emergere, anche nella normativa penitenziaria italiana, il diritto alla sessualità intramuraria⁵.

2. L'irrinunciabilità di un bilanciamento, in concreto, tra valori costituzionali.

Un primo ordine di ragioni si rinvencono nel (mancato) rapporto che intercorre tra i valori costituzionali in gioco.

Come noto, nell'ambito dell'esecuzione penale, intangibilità dei diritti, uguaglianza e inviolabilità della libertà personale costituiscono i presupposti costituzionali dell'umanità delle pene e del finalismo rieducativo (art. 27, terzo comma, Cost.), quale canone minimo di salvaguardia dell'individuo nella fase esecutiva, imponendo un arretramento costituzionale del potere coercitivo ogni qual volta esso consista «in trattamenti contrari al senso di umanità». È proprio in tale rapporto che la giurisprudenza costituzionale ha individuato il punto di bilanciamento tra «diritto alla sicurezza» e «sicurezza dei diritti»⁶: le persone detenute restano titolari di tutti i diritti

³ Si è efficacemente parlato, in proposito, di un «diritto costituzionalmente fondato eppure castrato», ad opera di un «dispositivo proibizionista [che] produce diversi e profondi strappi al tessuto costituzionale di cui pure l'intero ordinamento penitenziario dovrebbe essere foderato» (A. PUGIOTTO, *Della castrazione di un diritto. La proibizione della sessualità in carcere come problema di legalità costituzionale*, in *Giurisprudenza Penale*, 2-bis, 2019, pp. 3 e 14.)

⁴ Un commento all'ordinanza di rimessione, con una ricostruzione dello stato dell'arte anche in ambito sovranazionale con particolare riferimento alla Convenzione EDU, è contenuto in F. MARTIN, *Carcere e sessualità: nuovi spiragli costituzionali*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 1, 2023.

⁵ Le presenti riflessioni, qui ulteriormente sviluppate, sono state messe a disposizione su richiesta dell'Associazione Antigone, per la redazione di un *amicus curiae* depositato presso la Corte costituzionale a seguito della proposizione di quesito di legittimità costituzionale.

⁶ In ordine alle declinazioni costituzionali del concetto di sicurezza e sul problema del bilanciamento con la

(inviolabili) costituzionalmente garantiti, la cui compressione può avvenire solo in ragione di comprovate esigenze di ordine e sicurezza connaturate allo *status detentionis*⁷.

Se così non fosse, la limitazione, traducendosi in un decremento meramente retributivo della sfera giuridica del condannato e in un «valore afflittivo supplementare rispetto alla privazione della libertà»⁸, risulterebbe viziata da illegittimità costituzionale perché «fuori dalla logica del bilanciamento che permette sì di giustificare la prevalenza di uno degli interessi in gioco, ma mai oltre il punto di estrema tensione che produca il totale sacrificio di uno di essi, che pregiudichi la sua ineliminabile ragion d'essere»⁹.

Che tale bilanciamento – in concreto – tra diritti e sicurezza rappresenti il necessario presupposto per l'effettiva attuazione dei principi costituzionali di cui agli artt. 2, 3, 13 e 27, terzo comma, Cost. è stato peraltro confermato anche dalle recenti novelle apportate dal d.lgs. n. 123 del 2018 all'articolo d'apertura della legge sull'ordinamento penitenziario¹⁰.

In effetti, l'art. 1 o.p., dopo aver solennemente affermato che «Il trattamento penitenziario deve essere conforme a umanità e deve assicurare il rispetto della dignità della persona»¹¹ specifica, così recependo gli approdi della decennale giurisprudenza costituzionale in materia, che: «Ad ogni persona privata della libertà sono garantiti i diritti fondamentali; è vietata ogni violenza fisica e morale in suo danno» (terzo comma);

tutela dei diritti fondamentali v., ampiamente, M. RUOTOLO, *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà*, Napoli, 2012, pp. 16-119, in particolare sull'«altro volto» della sicurezza come canone di certezza dei rapporti giuridici e del diritto pp. 83-119.

⁷ Cfr., tra le più note, sentt. nn. 204 del 1974, 185 del 1985, 312 del 1985, 374 del 1987, 53 del 1993, 26 del 1999, 158 del 2001 e 341 del 2006.

I giudici costituzionali hanno ribadito la necessità di un equilibrio tra tutela della sicurezza e garanzia diritti nel corso dell'esecuzione penale anche più recentemente: «la tutela costituzionale dei diritti fondamentali opera anche nei confronti di chi è stato sottoposto a legittime restrizioni della libertà personale, sia pure con le limitazioni imposte dalla particolare condizione in cui versa» (Corte cost., sent. n. 20 del 2017; v., nella medesima direzione, sent. n. 186 del 2018).

⁸ G. SILVESTRI, *La dignità umana dentro le mura del carcere*, in M. RUOTOLO (a cura di), *Il senso della pena. Ad un anno dalla sentenza Torreggiani della Corte EDU*, Napoli, 2014, p. 4.

⁹ F. MODUGNO, *I «nuovi» diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, p. 101 e, in senso analogo, R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, p. 81.

Più dettagliatamente, Bin pone l'accento sulla necessità che il bilanciamento sia svolto sulle esigenze «in concreto», individuando con la locuzione «topografia del conflitto» «la descrizione delle modalità con cui, nel caso specifico, la norma che tutela un determinato interesse incide nell'ambito di tutela dell'interesse concorrente» (p. 62). Il riferimento alle circostanze di fatto risulta irrinunciabile in relazione al bilanciamento tra principi, posto che la prevalenza di un principio sull'altro dipende sempre dalla sussistenza di elementi fattuali che integrano la «formula di preferenza», cioè la fattispecie astratta che, una volta perfezionata, determina la produzione delle conseguenze del principio di volta in volta ritenuto prevalente (p. 41).

Sul bilanciamento tra diritti e sicurezza nel corso dell'esecuzione penale, anche per una ricostruzione bibliografica, sia consentito un rinvio a S. TALINI, *La privazione della libertà personale. Metamorfosi normative, apporti giurisprudenziali, applicazioni amministrative*, Napoli, 2018. Si veda altresì il volume di A. BONOMI, *Status del detenuto e ordinamento costituzionale*, Bari, 2018; nonché M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino, 2002 e, del medesimo Autore più recentemente, *Tra integrazione e maieutica: Corte costituzionale e diritti dei detenuti*, in *Rivista AIC*, 3, 2016.

¹⁰ Legge n. 354 del 1975 «Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà».

¹¹ Previsione già presente nel testo originario del 1975.

«Negli istituti l'ordine e la disciplina sono mantenuti nel rispetto dei diritti delle persone private della libertà» (quarto comma); e, soprattutto, per ciò che maggiormente rileva in riferimento alla presente indagine, l'impossibilità di adottare «restrizioni non giustificabili con l'esigenza di mantenimento dell'ordine e della disciplina [...]» (quinto comma)¹².

Con riguardo alla sessualità intramuraria, è proprio il bilanciamento tra tutela del diritto e garanzia, in concreto, delle esigenze di sicurezza connaturate allo stato detentivo, ad essere del tutto assente: il diritto all'intimità-sessualità non è compreso – in ragione di specifiche ragioni di sicurezza – con riguardo alle sue modalità di godimento, ma negato integralmente a prescindere da ogni valutazione in riferimento al caso concreto.

Si dovrebbe pertanto negare che le esigenze di sicurezza possano esprimere una forza tale da giustificare l'assolutezza della mancata garanzia di un diritto inviolabile, nella specie espressione della più ampia sfera affettiva del condannato, elemento positivo del trattamento (art. 15 o.p. e, ancor più specificamente, art. 28 o.p.)¹³, precludendo ogni valutazione di tipo casistico ad opera della magistratura di sorveglianza circa il suo godimento.

Un intervento del Giudice delle leggi nella direzione indicata dal rimettente si porrebbe peraltro in linea con quel consolidato filone della giurisprudenza costituzionale teso a rimuovere gli automatismi e in particolare le presunzioni assolute, in favore di valutazioni di tipo casistico, anche in riferimento alla garanzia del diritto alla sessualità intramuraria¹⁴.

3. La negazione del diritto alla sessualità quale violenza fisica e morale sulle persone ristrette negli istituti penitenziari.

Tratto di particolare interesse nella recente ordinanza del Magistrato di Sorveglianza di Spoleto – peraltro non evocato nella precedente questione decisa dalla Corte costituzionale nel 2012¹⁵ – risiede nella presunta violazione, in ragione della lacuna concernente il diritto alla sessualità intramuraria, del primo e quarto comma dell'articolo

¹² Ancora negli articoli di apertura della legge sull'ordinamento penitenziario si afferma: «I detenuti e gli internati esercitano personalmente i diritti loro derivanti dalla presente legge anche se si trovano in stato di interdizione legale» (art. 4 o.p., già presente nel testo originario della l. n. 354 del 1975 a conferma della volontà di offrire concreta attuazione ai principi di cui agli artt. 2, 3, 13 e 27, terzo comma, Cost.).

¹³ L'art. 15 o.p. ricomprende espressamente il diritto all'affettività tra gli elementi positivi del trattamento: «Il trattamento del condannato e dell'internato è svolto (...) agevolando opportuni contatti con il mondo esterno e i rapporti con la famiglia». Ancora più specifico l'art. 28 o.p. ("Rapporti con la famiglia"): «Particolare cura è dedicata a mantenere, migliorare o ristabilire le relazioni dei detenuti e degli internati con le famiglie».

¹⁴ *Ex multis*, sempre in riferimento alla tutela della dimensione affettiva nel corso dell'esecuzione penale, Corte cost. sentt. nn. 239 del 2014, 76 del 2017 e 18 del 2020.

¹⁵ Il riferimento è alla precedente questione posta sulla sessualità intramuraria dall'ordinanza di rimessione n. 132 del 2012 del Magistrato di Sorveglianza di Firenze, decisa dalla Corte costituzionale con la sent. n. 301 del 2012 su cui si tornerà a breve.

13 Cost. i quali, come ben noto, sono posti a tutela dell'inviolabilità della libertà personale (primo comma), imponendo di punire «ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà» (quarto comma).

Il rimettente, sul punto, chiarisce come la forzata astinenza dai rapporti sessuali con i congiunti in libertà, derivante dal disposto normativo ostativo, appaia in insanabile contrasto con il primo comma del citato parametro costituzionale poiché «di fatto determina una compressione della libertà personale che non appare giustificata in ogni caso da ragioni di sicurezza e che, perciò, finisce per tradursi in una sofferenza aggiuntiva rispetto alla privazione della libertà, che già inevitabilmente deriva dalla restrizione carceraria»¹⁶. A tale violazione fa eco il contrasto con il quarto comma del medesimo articolo poiché «una amputazione così radicale di un elemento costitutivo della personalità, quale la dimensione sessuale dell'affettività, finisce per configurare una forma di violenza fisica e morale sulla persona detenuta che, nella mancanza di una giustificazione sotto il profilo della sicurezza, si volge in mera vessazione, umiliante e degradante, per altro non soltanto per il condannato, ma per la persona con lui convivente, cui pure viene interdetto l'accesso a quella sessualità e alla genitorialità che potrebbe, ove lo si volesse, derivarne, inibendo per un tempo variabile, ma che potrebbe anche rivelarsi dirimente in termini negativi, le possibilità per la coppia di generare figli o ulteriori figli»¹⁷.

Si tratta di riflessioni che appaiono pienamente condivisibili.

In effetti, come si è avuto modo di affermare anche in altra sede proprio all'indomani dei decreti di riforma dell'ordinamento penitenziario (ottobre 2018)¹⁸, se –

¹⁶ Sul punto A. PUGIOTTO, *Della castrazione di un diritto*, op. cit., pp. 16-17. L'Autore individua altresì un ulteriore contrasto con un parametro non evocato dal rimettente: l'art. 25, secondo comma, contenente il principio di legalità delle pene (pp. 14, 15).

¹⁷ Si tratta dei c.d. effetti bilaterali della pena i quali non si dirigono unicamente nei confronti della persona condannata colpendo, indirettamente, anche i suoi familiari (v. in argomento, J. MATTHEWS, *Forgetting Victims. How prison affects the family*, London 1983 e, con specifico riguardo proprio alla dimensione sessuale, A. PUGIOTTO, *Della castrazione di un diritto*, op. cit., pp. 21, 22).

Nella medesima direzione di protezione della famiglia e del diritto alla genitorialità, il rimettente individua un contrasto della vigente normativa anche con gli artt. 29, 30 e 31 Cost., nella misura in cui la stessa «deve trovare nella legge forza e sostegno per costituirsi, ma anche per assicurare a tutti i suoi componenti protezione. In questa chiave, invece, del tutto diatonica è la previsione di un divieto che logora i rapporti di coppia, rischia di spezzarli a fronte del protrarsi del tempo in cui la fondamentale componente della sessualità non può essere esercitata, e di fatto pone precondizioni non perché, al rientro in libertà della persona detenuta, la stessa possa tornare alla propria famiglia con maggiori chance di reinsediarsi nella pienezza del proprio ruolo, ma avendo vissuto un periodo, breve o lungo, nel quale gli è stata imposta una innaturale astinenza dal vincolo unitivo del rapporto sessuale con il/la partner. Ciò pregiudica, per altro, per come detto, la stessa possibilità di accedere alla genitorialità, e mina, anche in contesti in cui la coppia non abbia fatto accesso agli istituti del matrimonio o dell'unione civile, il diritto dei figli alla serenità del rapporto di coppia tra i genitori, condizione non secondaria per lo sviluppo della propria personalità».

¹⁸ S. TALINI, *La privazione della libertà personale*, op. cit., p. 281-283.

Sia consentito un rinvio a tale scritto anche per un inquadramento ampio del diritto all'affettività-intimità nel dettato costituzionale e all'interno della normativa penitenziaria nonché in relazione alla bibliografia ivi richiamata.

In argomento v. anche il recente volume di S. GRIECO, *Il diritto all'affettività delle persone recluse*, Napoli, 2022.

indiscutibilmente – non è la mancata garanzia di alcuni diritti nel corso dell’esecuzione penale a porsi in un rapporto di automatico contrasto con il quarto comma dell’art. 13 Cost. – basti pensare all’assenza di tutela del diritto di sciopero per i lavoratori detenuti¹⁹ – la privazione assoluta di una funzione vitale del corpo, che incide anche sulla psiche del ristretto, frustrandone istinti naturali e connaturati alla sua qualifica di persona²⁰ senza che vi siano puntali esigenze di sicurezza a legittimarlo, sembra assumere la fisionomia di una vera e propria violenza fisica e morale perpetrata in danno alle persone sottoposte a restrizione della libertà in carcere e, come tale, rilevante anche ai sensi dell’art. 13, quarto comma, della Costituzione.

Al riguardo, poca forza sembra possedere l’obiezione secondo cui tale violazione non sussisterebbe in ragione della possibilità per i detenuti di fruire dei permessi premio *ex art. 30-ter* o.p. in grado di riportare, comportando una temporanea uscita dal carcere, la sessualità in una dimensione di “normalità”.

In effetti, sul punto, occorre in primo luogo ricordare come l’istituto non sia applicabile ai detenuti in attesa di giudizio, altissima percentuale della popolazione attualmente ristretta negli istituti penitenziari italiani²¹. Inoltre, come espressamente ricordato anche dalla stessa Corte costituzionale nella sentenza n. 301 del 2012, nei confronti dei condannati definitivi, l’istituto rappresenta «una risposta solo parziale» rispetto al godimento del diritto alla sessualità: stanti i rigidi presupposti applicativi di tali permessi²², legati a una logica di natura premiale e alla necessaria assenza di pericolosità sociale, si tratta di un beneficio che resta di fatto precluso alla maggior parte della popolazione ristretta. È quanto specificato anche dal rimettente in relazione al caso di specie: in proposito il Magistrato di Spoleto²³ afferma efficacemente come – di fatto –

¹⁹ Sul punto v. T. GUARNIER, *Libertà collettive e detenzione penale*, in M. RUOTOLO, S. TALINI (a cura di), *Dopo la riforma*, op. cit., pp. 254-256.

²⁰ È proprio in ragione di tali effetti che il giudice *a quo* solleva questione di costituzionalità anche in riferimento all’art. 32 della Costituzione «non potendo dubitarsi delle dirimenti conseguenze negative derivanti dal protrarsi di una forzata astinenza dai rapporti sessuali con il/la partner in libertà, e più in generale dall’assenza di un momento privato in cui vivere la propria relazione con l’altro*, al di fuori di una osservazione continuativa da parte del personale di custodia, che finisce per avere effetti sulla salute psichica della persona detenuta, in un contesto già ordinariamente psicopatogeno come quello della restrizione della libertà personale, e che può averne sulla stessa salute fisica».

Specificamente sul rapporto tra salute e dimensione affettiva, v. G.M. NAPOLI, *Salute, affettività, libertà di corrispondere e comunicare. I diritti fondamentali alla prova del carcere*, Torino, 2014.

²¹ I dati delle persone detenute non destinatarie di una sentenza definitiva di condanna sono costantemente aggiornati sul sito del Ministero della Giustizia (www.giustizia.it).

²² Art. 30-ter, primo comma, o.p.: «Ai condannati che hanno tenuto regolare condotta ai sensi del successivo comma 8 e che non risultano socialmente pericolose, il magistrato di sorveglianza, sentito il direttore dell’istituto, può concedere permessi premio di durata non superiore ogni volta a quindici giorni per consentire di coltivare interessi affettivi, culturali o di lavoro. La durata dei permessi non può superare complessivamente quarantacinque giorni in ciascun anno di espiazione».

²³ Sul punto il rimettente ricorda come, attualmente, il reclamante «non può godere di permessi premio perché da un lato l’istituto penitenziario non ha nei suoi confronti elaborato un programma di trattamento, tanto meno con la previsione di esperienze premiali esterne, e dall’altro perché la condotta che lo stesso ha tenuto, nei mesi precedenti al reclamo, non appare segnata da quella regolarità che ragionevolmente può condurre il magistrato di sorveglianza a concedere il permesso».

il permesso premio rappresenti, da un lato, un «aggiramento» del divieto alla sessualità intramuraria e, dall'altro, una sua «riconferma indiretta» poiché «l'incontro intimo avverrebbe solo nel breve intervallo di libertà concessogli» e mai all'interno delle mura penitenziarie.

4. La “tendenza” del regime penitenziario sovranazionale.

Proseguendo nella riflessione che colloca la privazione sessuale all'interno dei trattamenti contrari al senso di umanità, rileva – come in altre sedi già posto in luce – il difficile rapporto di coerenza che intercorre tra la mancata garanzia del diritto alla sessualità, quale specifica declinazione di un diritto costituzionalmente tutelato, e la normativa sovranazionale che si impone come parametro ai sensi dell'art. 117, primo comma, della Costituzione.

In tal senso, il rimettente ben rileva come ad essere violato sia, *in primis*, l'art. 3 della Convenzione EDU poiché «la imposta privazione della dimensione sessuale dell'affettività con il/la partner sembra apprezzarsi quale trattamento inumano e degradante, a fronte della rinuncia da parte della legge penitenziaria a valutare la possibilità di un bilanciamento tra esercizio del diritto ed esigenze di sicurezza, con ciò determinando una afflittività maggiore di quanto necessario alla condizione detentiva, certamente tale da comportare effetti dannosi per la salute psicofisica della persona detenuta».

Ma non solo. A venire in rilievo è, naturalmente, anche la garanzia offerta dalla medesima Convenzione al rispetto della vita privata e familiare (art. 8) e al matrimonio (art. 12).

Sul punto occorre senz'altro ricordare come i giudici di Strasburgo, in decisioni piuttosto risalenti, abbiano affermato che dai richiamati articoli convenzionali non discenda un automatico obbligo in capo agli Stati Parte di riconoscere, all'interno delle proprie normative, il diritto alla sessualità intramuraria restando tale scelta rimessa alle valutazioni del legislatore nazionale²⁴.

Tuttavia, in approdi più recenti, la medesima Corte ha specificato che, pur permanendo un certo margine di discrezionalità in capo agli Stati in materia di contatti con l'esterno e visite familiari, su di essi grava lo specifico dovere di assistere i detenuti nel mantenimento dei legami extra-murari, funzionali al percorso di reinserimento sociale. Tale obbligo positivo è strettamente connesso alla necessità di una valutazione individuale e di natura casistica circa le restrizioni poste all'accesso degli istituti

L'inadeguatezza dell'istituto è ben messa in luce in A. PUGIOTTO, *Della castrazione di un diritto*, op. cit., il quale qualifica il permesso premio come una “apparente eccezione alla regola” ripercorrendo la cronistoria legislativa di tale beneficio a testimonianza della perdurante volontà parlamentare di non garantire a tutti i detenuti il diritto alla sessualità o, comunque, di ostacolarne il possibile esercizio (pp. 11-13).

²⁴ Corte eur. dir. uomo, *Dickson c. Regno Unito*, 4 dicembre 2007, ric. n. 44362/04; *Aliev c. Ucraina*, 29 luglio 2003, ric. n. 41220/08 e Commissione EDU, *E.L.H. e P.B.H. c. Regno Unito*, 22 ottobre 1997, ric. nn. 32095/96 - 32568/96.

funzionali al raggiungimento di tale scopo. In altri termini, ogni qual volta la legislazione nazionale intenda limitare il diritto al mantenimento dei legami con la realtà esterna – ivi comprese le richieste relative alle visite familiari –, può farlo purché abbia preso in considerazione rischi non generici e astratti ma, al contrario, esigenze di tutela riferite al caso concreto²⁵.

Da tali considerazioni sembra dunque discendere il contrasto con il dettato convenzionale ogni qual volta siano poste automatiche restrizioni in ambito affettivo – e, più in generale, di contatti con l'esterno – che non tengano in dovuta considerazione le specificità dei singoli casi.

Ed è proprio quanto sembra avvenire nella normativa penitenziaria italiana con riguardo al diritto alla sessualità intramuraria in ragione delle considerazioni sinora esposte.

Ancora in riferimento al contesto sovranazionale, occorre ricordare – più specificamente in materia di intimità delle persone detenute – le Raccomandazioni del Consiglio d'Europa (n. 1340 del 1997 e 2/2006 dell'11 gennaio 2006). In effetti, soprattutto quest'ultime, ben esprimono l'esigenza secondo cui le normative nazionali debbano offrire piena tutela all'individualità del detenuto anche attraverso la protezione della sua sfera intima e sessuale. In particolare, alla più risalente Raccomandazione n. 1340/1997 sulla necessità di predisporre, all'interno degli istituti, luoghi nei quali i ristretti abbiano la possibilità di incontrare i propri visitatori da soli (art. 6), si accompagna la successiva regola del 2006: «le modalità di esecuzione dei colloqui devono permettere ai detenuti di mantenere e sviluppare relazioni familiari il più possibile normali» (n. 24, quarto comma)²⁶. La disposizione, di per sé rilevante per il riferimento alla “normalità” delle relazioni familiari – comprensiva anche della dimensione intima e sessuale – è illustrata nel commento in calce, contenente una rilevante specificazione quanto ai tempi: «ove possibile devono essere autorizzate visite familiari prolungate», la brevità del lasso temporale può «avere un effetto umiliante per entrambi i partner».

In senso analogo, la Raccomandazione del Parlamento europeo n. 2003/2188 (INI) del 2004, annovera tra le posizioni garantite ai detenuti il diritto a «una vita affettiva e sessuale, attraverso la predisposizione di misure e luoghi appositi».

²⁵ Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, *Khoroshenko c. Russia*, 30 giugno 2015, ric. n. 41418/04.

In particolare, i giudici di Strasburgo, pur avendo accertato che le restrizioni ai contatti con i familiari e il mondo esterno fossero legittimamente previste all'interno della normativa russa, ravvisano ugualmente un contrasto con l'art. 8 della Convenzione in quanto l'ingerenza risultata sproporzionata, prevedendo la legislazione nazionale restrizioni fondate unicamente sul carattere perpetuo della condanna, applicate in modo automatico, senza alcuna valutazione della situazione soggettiva del ricorrente e senza alcuna considerazione in riferimento alle caratteristiche del caso concreto.

In argomento cfr. anche F. MARTIN, *Carcere e sessualità*, op. cit., 3-6 nonché M.E. SALERNO, *Affettività in carcere e diritto alle visite familiari. A Strasburgo, tra affermazioni di principio e tutela effettiva*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2019, 2-bis.

²⁶ Nella medesima sede si prevede, inoltre, che i detenuti debbano essere autorizzati a comunicare il più frequentemente possibile – per lettera, telefono o altri mezzi di comunicazione – con la famiglia, terze persone, rappresentanti di organismi esterni e a ricevere visite.

Rilevano altresì le c.d. Regole di Bangkok, adottate dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 21 dicembre 2010²⁷, le quali prescrivono il divieto di adottare, tramite provvedimenti disciplinari, misure in grado di incidere sui contatti con il mondo esterno sancendo, più in generale, la necessità di prevedere misure idonee a far fronte alle difficoltà derivanti dalla reclusione in un istituto lontano dal proprio domicilio, in ossequio al principio di territorialità della pena²⁸. Al fine di perseguire tale scopo, devono essere incoraggiati colloqui prolungati e, nel caso di madri detenute con figli in affidamento, le normative devono predisporre meccanismi che facilitino gli incontri, in ragione del preminente interesse del minore che le esigenze di pubblica sicurezza non possono intaccare (Regole nn. 23, 26 e 28).

A conferma di tale "tendenza" del regime penitenziario sovranazionale, anche uno sguardo comparatistico alle esperienze normative esistenti. Da legislazioni in cui il diritto all'intimità è garantito attraverso colloqui prolungati e non controllati (Croazia e Albania) si giunge a soluzioni ben più complesse, in cui vengono predisposte, all'interno degli istituti, unità abitative con camere matrimoniali, servizi e cucina (Norvegia, Danimarca e, seppur in forme molto diverse, persino Armenia, Brasile e alcuni Stati degli U.S.A.)²⁹.

Anche nell'area europea sono ormai numerosi i Paesi che hanno introdotto una specifica disciplina in tal senso: nella regione spagnola della Catalogna, la legge concede due visite al mese senza sorveglianza, ciascuna della durata di un'ora e mezza, una con la famiglia l'altra con il *partner*. In Svizzera gli incontri in assenza del controllo visivo sono stati introdotti già nei primi anni '80³⁰.

²⁷ Si tratta della Raccomandazione delle Nazioni Unite riguardante le donne detenute e donne autrici di reato in misura non detentiva.

²⁸ Sul punto, occorre rilevare come gli stessi decreti di riforma dell'ordinamento penitenziario del 2018 siano intervenuti su tale principio anche in riferimento alla garanzia del diritto all'affettività apportando alcune migliorie. Emblematico, in proposito, l'intervento sull'art. 42, secondo comma, o.p. a norma del quale «Nel disporre i trasferimenti i soggetti sono comunque destinati agli istituti più vicini alla loro dimora o a quella della loro famiglia ovvero al loro centro di riferimento sociale, da individuarsi tenuto conto delle ragioni di studio, di formazione, di lavoro o salute. L'amministrazione penitenziaria dà conto delle ragioni che ne giustificano la deroga». La previsione è stata ulteriormente rafforzata dal d.lgs. n. 123 del 2018 che ha premesso al primo comma dell'art. 14 o.p. il seguente: «I detenuti e gli internati hanno diritto di essere assegnati a un istituto quanto più vicino possibile alla stabile dimora della famiglia o, se individuabile, al proprio centro di riferimento sociale, salvi specifici motivi contrari». Muove in analogia direzione la già menzionata aggiunta, ad opera del medesimo decreto, di due periodi all'attuale terzo comma dell'art. 18 o.p., il quale prevede che: «I locali destinati ai colloqui con i familiari favoriscono, ove possibile, una dimensione riservata del colloquio e sono collocati preferibilmente in prossimità dell'ingresso dell'istituto (...)».

²⁹ Si vedano, ancora nell'area europea, le legislazioni di Austria, Belgio, Francia, Finlandia, Germania, Olanda e Svezia.

³⁰ Le riflessioni sul panorama sovranazionale in materia di sessualità intramuraria sono state in parte riprese da S. TALINI, *L'affettività ristretta*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2015, par. 6, contributo confluito, con alcuni aggiornamenti anche a seguito della riforma dell'ordinamento penitenziario del 2018, nel volume M. RUOTOLO, S. TALINI (a cura di), *Dopo la riforma*, op. cit., pp. 245 ss.

Per ulteriori riflessioni sulle esperienze estere e sul quadro normativo sovranazionale cfr. M.E. SALERNO, *Affettività e sessualità nell'esecuzione penale: diritti fondamentali dei detenuti? L'atteggiamento italiano su una questione controversa*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2017, 1, pp. 8, 9; P. BALBO, *Sesso e carcere*, in G. GULLOTTA,

5. La sentenza della Corte costituzionale n. 301 del 2012: un precedente superabile.

Nonostante le riflessioni che precedono, un'ulteriore argomentazione potrebbe apparentemente ostare all'accoglimento della questione recentemente posta all'attenzione della Corte costituzionale.

In effetti, come in parte anticipato, il Giudice delle leggi è già stato investito di una questione inerente la mancata garanzia della sessualità intramuraria decisa con la sentenza n. 301 de 2012. In quell'occasione i giudici costituzionali dichiararono la questione inammissibile stante, oltre l'inidonea motivazione sulla rilevanza, la necessità di rispettare il limite della discrezionalità legislativa quanto alle scelte da compiere in ordine a modalità e tempi di attuazione del diritto nonché al bilanciamento tra i richiamati valori costituzionali³¹.

La dichiarata inammissibilità non appare, tuttavia, preclusiva per l'accoglimento della questione attualmente all'esame dei giudici costituzionali.

Rileva, in primo luogo, il mutamento del quadro normativo.

Il riferimento è, non solo alle citate modifiche apportate all'art. 1 dell'ordinamento penitenziario, quanto – e forse piuttosto – alla nuova disciplina contenuta all'interno dell'art. 19 del d.lgs. n. 121 del 2018³² il quale, proprio al fine di favorire le relazioni affettive, ha espressamente previsto, in riferimento ai detenuti minorenni, la possibilità di usufruire di quattro visite prolungate al mese della durata non inferiore a quattro ore e non superiore a sei (terzo comma), da svolgersi in unità abitative appositamente attrezzate all'interno degli istituti, organizzate per consentire la preparazione e la consumazione di pasti e riprodurre, per quanto possibile, un ambiente di tipo domestico (quarto comma). Compete al direttore dell'istituto verificare la sussistenza di eventuali divieti dell'autorità giudiziaria che impediscono i contatti, verificando altresì la sussistenza del legame affettivo, acquisendo le informazioni necessarie tramite l'ufficio del servizio sociale per i minorenni e dei servizi socio-sanitari territoriali (quinto comma). Si tratta di visite, specifica l'ultimo comma, che devono essere favorite con particolare riguardo ai detenuti che non usufruiscono di permessi premio.

In proposito, come ben rilevato anche dal rimettente, il nuovo assetto normativo riguardante i detenuti minorenni ha notevolmente ampliato i confini della sfera affettiva nella sua accezione più strettamente connessa all'intimità della persona ristretta, aprendo la strada a una «dimensione veramente riservata del colloquio». Più nel dettaglio, osserva il giudice *a quo*, è stata introdotta una disciplina «che da un lato

S. PEZZATI (a cura di), *Sessualità, diritto e processo*, Milano 2002, pp. 86 ss.

³¹ Nel dettaglio, secondo la Corte: «un intervento puramente e semplicemente ablativo (...) si rivelerebbe, per un verso, eccedente lo scopo perseguito e, per altro verso, insufficiente a realizzarlo», presupponendo una serie di scelte discrezionali del legislatore in ordine non solo a modalità e tempi di attuazione, ma anche al processo di bilanciamento che vede contrapposti la garanzia del diritto e le esigenze di sicurezza connaturate alla condizione di privazione della libertà personale».

³² D.lgs. n. 121 del 2018 "Disciplina dell'esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni".

consente la verifica della sussistenza di particolari ragioni di sicurezza eventualmente ostative, e dall'altra favorisce, nell'ottenimento delle visite prolungate, le persone che non usufruiscano di permessi premio, pur senza considerare le prime come una alternativa che non le renda più necessarie ove la persona detenuta abbia accesso ai secondi».

Ne consegue l'irragionevolezza dell'assenza di analoga previsione – idonea a consentire l'intimità degli incontri – in riferimento ai detenuti adulti. Dunque, a differenza della questione posta all'attenzione della Corte costituzionale nel 2012, ad essere violato sarebbe altresì il principio di eguaglianza formale di cui al primo comma dell'articolo 3 della Costituzione.

In secondo luogo, ai fini del superamento del precedente approdo giurisprudenziale, assai rilevante appare l'immobilismo parlamentare nonostante la valenza monitoria della sentenza n. 301 del 2012.

In effetti, in quell'occasione, i giudici costituzionali, pur dichiarando l'inammissibilità, ebbero modo di osservare come la questione inerente le relazioni affettive di tipo intimo, anche a carattere sessuale, concernesse «una esigenza reale e fortemente avvertita», rappresentando «un problema che merita ogni attenzione da parte del legislatore»³³.

Il monito non ha tuttavia trovato seguito nelle aule parlamentari e il diritto alla sessualità intramuraria non è stato tradotto in termini positivi all'interno dell'ordinamento penitenziario³⁴.

³³ Sull'inequivocabile portata monitoria della sent. n. 301 del 2012, v. A. PUGIOTTO, *Della castrazione di un diritto*, op. cit., il quale afferma che «un simile monito scavalca la mera sollecitazione rivolta al legislatore affinché superi le proprie pigrizie e le proprie reticenze. Riconosce, infatti, il diritto alla sessualità intramuraria come in sé non incompatibile con lo stato di reclusione, annoverandolo così tra quei residui di libertà personale di cui il detenuto resta comunque titolare. Mostra, poi, di considerare la risoluzione alla persistente lacuna normativa come “non semplice ma doverosa”, impegnandosi a tracciarne le linee-guida. Soprattutto, certifica l'insufficienza del dato normativo vigente che, collocando in una dimensione esclusivamente extramuraria la risposta ad un bisogno primario, finisce per negarlo a quella larga parte della popolazione carceraria cui *de jure* o *de facto* è preclusa la fruizione dei permessi premio. Se si considera, infine, che sarebbe stato agevole fermarsi all'inammissibilità della quaestio, è facile dedurre la volontà del Giudice delle leggi di non sprecare l'occasione per allertare tutti: proibire il diritto alla sessualità tra le mura del carcere – avverte la Corte – pone un serio problema di spessore costituzionale» (pp. 8, 9 e, più analiticamente, pp. 35 ss.). In proposito l'Autore ricorda anche le riflessioni di F. FIORENTIN, *Detenzione e tutela dell'affettività dopo la sentenza costituzionale n. 301 del 2012*, in *Giur. Merito*, 2013, p. 975 e, già in riferimento all'ordinanza di rimessione, C. RENOLDI, *Il diritto all'affettività delle persone detenute: la parola alla Corte costituzionale*, in *Quest. Giust.*, 2012, 4, p. 215 e S. TALINI, *Un diritto “sommerso”: la questione dell'affettività in carcere approda alla Corte costituzionale*, in *Forumcostituzionale.it*, 18 ottobre 2012.

³⁴ Si rileva, sul punto, come la legge delega n. 103 del 2017 avrebbe consentito un intervento in questa direzione prescrivendo genericamente al delegato «la garanzia del diritto all'affettività delle persone detenute e la fissazione delle condizioni generali per il suo esercizio» (art. 1, comma 85, lett. n). In argomento occorre peraltro ricordare come, in quell'occasione, un'emersione del diritto alla sessualità intramuraria si sarebbe posta in linea anche con le proposte elaborate in materia dagli Stati Generali sull'esecuzione penale e, in particolare, dal Tavolo 6 dedicato a “Mondo degli affetti e territorializzazione della pena”.

Si tratta di un mancato intervento che, a distanza di oltre dieci anni dalla precedente pronuncia, appare non più tollerabile stante le ragioni sinora esposte che legano, inscindibilmente, la garanzia del diritto alla sessualità intramuraria ai più volte richiamati articoli del dettato costituzionale posti a tutela della persona privata della libertà.

Del resto, non va dimenticato come nei più recenti sviluppi della sua giurisprudenza la Corte si sia mostrata sempre più “attenta” ad intervenire a seguito della protratta inerzia da parte del legislatore soprattutto in riferimento alla mancata garanzia dei diritti, giungendo finanche a utilizzare lo strumento del rinvio dell’udienza a data fissa³⁵.

Sul punto, come specifica anche il rimettente, i giudici costituzionali, nell’ordinanza n. 207 del 2018, hanno avuto modo di ricordare come in «situazioni analoghe a quella in esame, questa Corte ha, sino ad oggi, dichiarato l’inammissibilità della questione sollevata, accompagnando la pronuncia con un monito al legislatore affinché provvedesse all’adozione della disciplina necessaria al fine di rimuovere il vulnus costituzionale riscontrato: pronuncia alla quale, nel caso in cui il monito fosse rimasto senza riscontro, ha fatto seguito, di norma, una declaratoria di illegittimità costituzionale (...). Questa tecnica decisoria ha, tuttavia, l’effetto di lasciare in vita - e dunque esposta a ulteriori applicazioni, per un periodo di tempo non preventivabile - la normativa non conforme a Costituzione. La eventuale dichiarazione di incostituzionalità conseguente all’accertamento dell’inerzia legislativa presuppone, infatti, che venga sollevata una nuova questione di legittimità costituzionale, la quale può, peraltro, sopravvenire anche a notevole distanza di tempo dalla pronuncia della prima sentenza di inammissibilità, mentre nelle more la disciplina in discussione continua ad operare. Un simile effetto non può considerarsi consentito nel caso in esame, per le sue peculiari caratteristiche e per la rilevanza dei valori da esso coinvolti»³⁶.

A tal proposito, in dottrina è stato ben rilevato come nella giurisprudenza costituzionale più recente la “morsa” delle rime obbligate si sia progressivamente attenuata «almeno in un’ipotesi specifica, che è quella del mancato o inidoneo intervento legislativo a seguito del monito della Corte, non importa se espresso in pronuncia di inammissibilità o di rigetto. E come se la discrezionalità del legislatore sia divenuta limite “relativo” per l’intervento della Corte, superabile ove non vi sia stato “seguito” all’invito ad esercitarla in concreto»³⁷.

³⁵ In effetti, è proprio nel tentativo di offrire una risposta all’inerzia legislativa che sovente accompagna i moniti dei giudici costituzionali o, in casi ben più gravi, le addizioni di principio, che si inserisce la più recente giurisprudenza costituzionale in materia di differimento dell’udienza a data certa.

³⁶ La Corte costituzionale ha utilizzato il medesimo strumento con l’ordinanza n. 132 del 2020 in riferimento alla pena detentiva per la diffamazione a mezzo stampa e, più di recente, in materia di c.d. ergastolo ostativo, con le ordinanze nn. 97 del 2021 e 122 del 2022, cui ha fatto seguito il d.l. n. 162 del 2022.

³⁷ M. RUOTOLO, *L’evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell’Ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Rivista AIC*, 2, 2019, p. 650.

La riflessione in ordine alla volontà di trattare la discrezionalità legislativa come limite relativo nel sindacato di costituzionalità, superabile nel caso in cui l’inerzia legislativa produca omissioni incostituzionali, è ripresa e argomentata anche nelle successive pagine 654, 664, 665.

Da tali riflessioni sembra dunque poter discendere una conseguenza assai rilevante anche in relazione alla questione attualmente in esame.

Se l’inserimento di un monito rivolto al legislatore nella sentenza n. 301 del 2012 ha prodotto l’effetto indiretto di lasciare aperta la strada a un’eventuale successiva pronuncia della Corte nella (prevedibile) ipotesi dell’inerzia parlamentare, sembra che l’ordinanza di rimessione n. 23 del 2023 possa effettivamente rappresentare una valida occasione in tal senso; ciò anche a fronte dei più volte citati mutamenti che hanno interessato la normativa penitenziaria.

Del resto, non va dimenticato come la stessa giurisprudenza costituzionale, già a metà degli anni ’80, affermasse «il diritto di realizzare, nella vita di relazione, la propria identità sessuale (...) [come] aspetto e fattore di svolgimento della personalità» che i «membri della collettività sono tenuti a riconoscere, per dovere di solidarietà sociale»³⁸; dunque, essendo la sessualità «uno degli essenziali modi di espressione della persona umana, il diritto di disporne liberamente è senza dubbio un diritto 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»³⁹.

Se questa è la “fisionomia costituzionale” che la sessualità assume nella società libera, non sembrano sussistere valide ragioni che possano giustificare un’ulteriore tolleranza nei confronti di un’omissione legislativa che preclude alle persone detenute, in modo assoluto e automatico, il godimento di quel diritto.

Sul punto occorre altresì ricordare come autorevole dottrina, già nella prima metà degli anni ’80, osservasse che i moniti «costituiscono il modo per avvertire il legislatore che, oggi, allo stato, la disciplina non è ritenuta incostituzionale o che è ritenuta tale solo in parte, ma che potrebbe diventarla un domani, se all’invito non si risponde o se il monito non è seguito» (F. MODUGNO, *La funzione legislativa complementare della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1981, 1653 e, del medesimo Autore, *La “supplenza” della Corte costituzionale*, in *ID.*, *Scritti sull’interpretazione costituzionale*, Napoli 2008, 159 ss.).

³⁸ Corte cost. sent. n. 161 del 1985.

³⁹ Corte cost. sent. n. 561 del 1987.