

DE CORDIUM SOLITUDINE, OVVERO SULL'AMORE COME PENA ACCESSORIA

di Federico ALOISIO*

ABSTRACT

Il presente contributo si pone l'obiettivo di affrontare il delicato tema del binomio carcere-affettività, attraverso un'indagine che, nel tentativo di accertare se vi sia un reale diritto alla sessualità, restituisce l'immagine di un ordinamento giuridico ancora lontano dall'elaborazione di politiche di esecuzione penitenziaria sensibili al tema, complice una giurisprudenza di legittimità ammantata di riflessioni moralistiche.

SOMMARIO

1. Cenni introduttivi e profili definitori
2. Sessualità e diritto: lo stato dell'arte
3. Profili giurisprudenziali nazionali e sovranazionali
4. Possibilismo normativo: esperienze estere a confronto
5. Criticità e considerazioni conclusive

1. CENNI INTRODUTTIVI E PROFILI DEFINITORI

«Beati coloro che si baceranno sempre al di là delle labbra, varcando il confine del piacere, per cibarsi dei sogni». È così che Alda Merini, somma poetessa del Novecento, raccontava l'amore, inquadrandolo all'interno di un ragionamento inferenziale induttivo: l'amore è il mezzo attraverso il quale evadere dalla propria condizione terrena, carica di sofferenza e patimento, e abbracciare il mistero, la dimensione onirica del Sé, per ricominciare a sperare¹. Invero, la speranza si lega ai sentimenti e alla coscienza e diviene opera

progettuale da realizzarsi per il tramite della ragione, ovvero sia fondamento del pensiero stesso, che - tuttavia - ne esce menomato dall'esperienza detentiva, la quale produce una «desertificazione affettiva e relazionale che lascia sul campo solo vittime»².

In carcere si realizza il conflitto tra due impulsi umani fondamentali, il sensuale e la forma, destinato a tradursi nell'instaurazione di una «tirannide repressiva della ragione sulla sensualità»³, in un contesto ancora largamente percepito dalla collettività come ineludibilmente necessario: chi fa ingresso in istituto penitenziario è ancora percepito - si badi bene, anche dalla stessa Amministrazione penitenziaria - come un nemico, un deviato sociale incapace di rendersi partecipe di un percorso riabilitativo che dia rinnovata linfa vitale alla sua personalità e alle sue ambizioni nell'ottica di un futuro reinserimento; invero, è ineliminabile quella alterità concettuale del carcere come «luogo esterno», separato dalla società, teatro di personalità complesse da tenere il più possibile alla larga dal candore della società dei migliori. Il binomio libertà-dignità diventa, pertanto, dirimente quando si affronta il tema della detenzione.

A conforto di tale assunto militano numerose fonti che permeano (*rectius* dovrebbero permeare) il vigente ordinamento di esecuzione penitenziaria: di rango costituzionale sono gli artt. 2, 3, 25, 27 comma 3 Cost. che pongono l'individuo al centro del rapporto tra lo Stato e il detenuto e, segnatamente, rappresentano valori profondamente avinti alla dignità in senso oggettivo della persona umana e alla solidarietà che, sotto il profilo giuridico, è meta del processo di incentivazione del benessere collettivo tramite l'assolvimento di doveri di natura economica,

* Dottore magistrale in Giurisprudenza e tirocinante ex art. 73 d.l. 69/2013 presso la Procura della Repubblica del Tribunale di Trieste.

¹ L'uomo è, infatti, «un essere che progetta il suo futuro»: così affermava Edmund Husserl, considerato il padre della fenomenologia e delle ricerche contemporanee nella

psicologia cognitiva. In proposito, cfr. A. POLISENO, *La speranza. Tra ragione e sentimento*, Roma, Armando Editore, 2003, pp. 7 e ss.

² A. PUGIOTTO, *Della castrazione di un diritto. La proibizione della sessualità in carcere come problema di legalità costituzionale*, *Giur. Pen.*, fasc. 2-bis, 2019, p. 31.

³ Così J. C. F. SCHILLER, *Lettere sull'educazione estetica dell'uomo*, in M. HERBERT, *Eros e Civiltà*, Torino, p. 198.

politica e sociale⁴; del medesimo avviso è anche l'art. 1 O.P. che afferma che “il trattamento penitenziario deve essere conforme ad umanità e deve assicurare il rispetto della dignità della persona”⁵.

È d'uopo chiedersi, pertanto, se vi sia (e, in caso affermativo, in che misura sia presente) un diritto all'affettività per il detenuto, vale a dire se il comprensibile desiderio del soggetto ristretto ad intrattenere rapporti d'intimità con soggetti ad esso legati da un vincolo d'affetto possa trovare conforto nei principi di matrice nazionale, europea ed internazionale che governano l'ordinamento giuridico. Se ne potrebbe sostenere *tout court* l'ammissibilità, financo considerato che l'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) e la Conferenza Internazionale della Sanità definiscono il concetto di “salute” quale «stato di completo benessere fisico, mentale, sociale e non esclusivamente l'assenza di malattia o infermità»⁶; più precisamente, è nel documento intitolato “Educazione e trattamento nella sessualità umana” (1975) che l'OMS definisce la “salute sessuale” come l'integrazione degli aspetti somatici, affettivi, intellettuali e sociali nell'essere sessuato al fine di pervenire ad un arricchimento della personalità umana, della comunicazione e dell'amore⁷, giungendo a qualificarla quale vero e proprio diritto nel 2006: «La sessualità è un aspetto centrale

dell'esistenza umana che accompagna il corso della vita intera. La sessualità si sperimenta ed esprime per il tramite di pensieri, fantasie, desideri, credenze, attitudini, valori, comportamenti, pratiche, ruoli e relazioni. In particolare, si tratta di una forma di comunicazione attraverso la quale si ricercano piaceri ed emozioni. La sessualità è un diritto ed un determinante della salute; infatti, essa è influenzata dall'interazione di fattori biologici, psicologici, sociali, economici, politici, culturali, giuridici, religiosi e spirituali»⁸.

Com'è intuibile, la dimensione affettiva e sessuale rappresentano componenti essenziali dell'essere umano, in un'accezione fenomenologica non soltanto socio-antropologica ma anche, e soprattutto, psiconeurobiologica: le scienze sociali (e la psicologia, in particolare) descrivono l'affettività come un complesso di fatti e processi fenotipici emotivi, cognitivi, sociali e comportamentali che caratterizzano le reazioni psichiche di un individuo e che stanno alla base della comunicazione umana, in un moto circolare di interconnessione tra la dimensione affettiva e quella gnoseologica⁹.

Lo sviluppo dell'affettività, in modo fisiologico e non patologico, rappresenta, pertanto, un'ineluttabile discriminante essenziale per il tramite della quale si raggiunge il benessere o si sprofonda nel disadattamento psicologico, così come la negazione della sessualità in carcere disvela una imperante perdita della capacità decisionale del detenuto, privato del diritto di dedicarsi appieno alle proprie relazioni affettive¹⁰,

⁴ Cfr. G. SILVESTRI, *L'individuazione dei diritti della persona*, Relazione presentata dall'Autore al XXXII Convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale “Prof. G. D. Pisapia”, intitolato “Diritti della persona e nuove sfide del processo penale”, Salerno, 25-27 ottobre 2018, *Dir. Pen. Cont.*, 29 ottobre 2018. L'A. osservava che gli artt. 2 e 3 Cost. sono «espressione di valori metagiuridici, legati alla solidarietà e alla dignità della persona umana, vere e proprie ‘ancore normative’ dei diritti inviolabili riconosciuti all'individuo in quanto tale, a prescindere da qualsiasi connotazione soggettiva o, in questo caso, da ogni valutazione della sua condotta».

⁵ Articolo modificato con il d.lgs. 123/2018 che non ha novellato l'inciso *de quo* bensì quello successivo in prospettiva largamente più fortunata per il detenuto, dacché il trattamento penitenziario dovrà essere 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”.

⁶ www.who.int/about/governance/constitution

⁷ apps.who.int/iris

⁸ www.who.int/health-topics/sexual-health. In merito, cfr. S. LIBIANCHI, *Argomenti di prevenzione ed igiene pubblica in carcere: la questione della sessualità, della riduzione del danno e delle c.d. “love rooms”*, *Giur. Pen.*, fasc. 2-bis, 2019, pp. 296 ss.

⁹ Per approfondire il tema, cfr. F. CAMBI, s.v. “Affettività”, in AA.VV., *L'Universo del corpo*, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 1999, in www.treccani.it.

¹⁰ Tale capacità viene sottratta al detenuto in ragione del titolo detentivo proprio dal legislatore, il quale – surrogandosi al soggetto ristretto in carcere – si offre quale autorità in grado di stabilire discrezionalmente quali siano i legami meritevoli di protezione e, soprattutto, in che modo, dove e con quale frequenza ne sia ammesso il godimento. Per qualche considerazione ulteriore, cfr. M. MINAFRA, *La tutela genitoriale nel preminente interesse del minore: mai più “bambini detenuti”*, *Giur. Pen.*, fasc. 2-bis, 2019, p. 102.

oltre che una «frantumazione del rapporto emotivo-sentimentale»¹¹ in un processo di totale regressione del ristretto alla fase puberale o pre-puberale, in direzione diametralmente opposta alla rieducazione e risocializzazione del detenuto previste dall'art. 27, comma 3 Cost.¹².

La centralità del patrimonio affettivo del soggetto detenuto è, a ben vedere, resa esplicita dallo stesso ordinamento penitenziario vigente che, in numerose disposizioni, rinvia alla famiglia e al concreto mantenimento del sodalizio affettivo con la stessa come incentivo ed elemento stesso del programma esecutivo trattamentale¹³ (ne è un esempio l'art. 1, comma 2 O.P. che, alla luce della novella di cui al d.lgs. 123/2018, afferma: «Il trattamento tende, anche attraverso i contatti con l'ambiente esterno, al reinserimento sociale ed è attuato secondo un criterio di individualizzazione in rapporto alle specifiche condizioni degli interessati»). La norma poc'anzi citata, invero, rende cristallina un'evidenza che ancora si fatica a comprendere nella sua sfaccettata ontologia: la relazione tra individui consente di mantenere il contatto con la realtà e, anzi, rappresenta indubbiamente la prima pietra da posare nel percorso di ricostruzione individuale e reinserimento sociale post-detentivo. Nondimeno, v'è un aspetto critico da segnalare e che sovente viene sottaciuto in nome di un trattamento punitivo altamente individualizzato e precisamente cucito addosso al soggetto condannato: il destino del consorte del detenuto, il quale - *nomen omen* - finisce per dividerne le sorti, patendo una lontananza dagli affetti per un reato che non ha mai commesso. È il volto della c.d. bilateralità della

pena, che colpisce i familiari del reo e li condanna ad un'esistenza da invisibili, prima per l'ordinamento e poi, pian piano, per il detenuto stesso¹⁴.

Infine, l'operare di tale «dispositivo proibizionista»¹⁵ di matrice normativa determina l'insorgere di numerose altre criticità con riferimento all'esperienza detentiva del soggetto ristretto: tra le molte, meritevoli di attenzione sono, in primo luogo, le pratiche di autoerotismo, consumate con «modalità adolescenziali»¹⁶ e con destrezza (in considerazione del fatto che la masturbazione in cella configura la fattispecie penale di «atto osceno in luogo pubblico» ex art. 527 c.p., giacché aperto al pubblico è considerato lo spazio all'interno dell'istituto penitenziario¹⁷); in secondo luogo, l'omosessualità indotta, dominata dalla costrizione e sovente mezzo attraverso cui veicolare istanze di dominazione e sfruttamento; in terzo luogo, il fenomeno dei c.d. matrimoni bianchi, ovvero sia celebrati ma mai consumati, e la difficile condizione di quanti intendano mantenersi fedeli ad una identità sessuale fluida e non rigidamente binaria. A rendere ancora più desolante il quadro sin qui tracciato sono le funeste conseguenze a cui la privazione di qualsivoglia forma di contatto fisico con gli affetti espone il detenuto e che possono essere agevolmente ricondotte a quattro distinti profili di intervento: il

¹¹ In tal senso C. BRUNETTI, *Il diritto all'affettività per le persone recluse*, *Rass. Penit.*, 2008, p. 108.

¹² In proposito, cfr. A. PUGIOTTO, *Della castrazione di un diritto*, cit., p. 33: «Come i bambini, i reclusi godono di una limitata libertà d'azione, sono sorvegliati a vista, perdono la loro capacità di autodeterminazione, i loro stessi gesti quotidiani sono regolati da 'superiori', magari sollecitati dalle suppliche avanzate in apposito modulo che, fino a ieri, aveva un nome gergale - 'domandina' - non a caso attinto dal vocabolario infantile».

¹³ Dello stesso avviso è anche V. MANCA, *Perché occuparsi della questione 'affettività' in carcere?*, *Giur. Pen.*, fasc. 2-bis, 2019, p. 8: «i legami familiari, infatti, sono un parametro su cui modellare il processo di individualizzazione, a prescindere, peraltro, da ogni valutazione di tipo premiale».

¹⁴ Molteplici sono i contributi che sul punto elaborano qualche riflessione in merito. *Ex multis*, cfr. M. MINAFRA, *La tutela genitoriale*, cit., p. 103; J. MATTHEWS, *Forgotten Victims. How prison affects the family*, *Nacro*, 1983, p. 19; A. PUGIOTTO, *Della castrazione di un diritto*, cit., p. 31.

¹⁵ A. PUGIOTTO, *Della castrazione di un diritto*, cit., *passim*.

¹⁶ A. PUGIOTTO, *Della castrazione di un diritto*, cit., p. 33.

¹⁷ Diverse sono le pronunce giurisprudenziali in merito. *Ex multis*, cfr. Cass. Pen. sez. VI, 15 maggio-7 giugno 2018, n. 26028: «da cella e gli ambienti penitenziari sono da considerarsi luogo aperto al pubblico e non certamente luogo di privata dimora né luogo pubblico, sul rilievo che si tratta di luoghi che si trovano nella piena e completa disponibilità dell'amministrazione penitenziaria, che ne può fare uso in ogni momento per qualsiasi esigenza d'istituto, non essendo nel possesso dei detenuti, ai quali non compete alcuno *ius excludendi alios*. [...] Non vi è ragione giuridicamente apprezzabile per ritenere che l'istituto penitenziario, pur non essendo luogo continuativamente libero a tutti, non è luogo aperto al pubblico dal momento che in tale luogo convive una moltitudine di soggetti, non solo il personale addetto ma anche i detenuti, che interagiscono tra di loro secondo regole di natura regolamentare e di convivenza civile».

profilo umano, sul quale si concentrano distorsioni della personalità, processi dissociativi e sindromi psicopatologiche e psicopatiche sovente sfocianti in episodi di violenza fisica personale e altrui; il profilo securitario interno, rispetto al quale si pongono interrogativi con riferimento ai rapporti tra detenuti e tra detenuti ed agenti di custodia; il profilo securitario esterno, sul quale si annida il peso, come una spada di Damocle, del reinserimento nel consorzio civile di un soggetto oramai destrutturato, privato della propria individualità e a cui non è stato offerto adeguato supporto per gestire le proprie tendenze, specie in ottica specialpreventiva con riferimento a reati a sfondo sessuale; il piano igienico-sanitario, contraddistinto dal proliferare di rapporti di omosessualità indotta non protetti, con conseguente diffusione di malattie veneree ed infettive *intra moenia* ed *extra moenia* (in quest'ultimo caso, nell'ipotesi di successivo ricongiungimento con il partner all'esterno)¹⁸.

In passato, il problema del riconoscimento di un vero e proprio diritto alla sessualità del detenuto non aveva attirato la dovuta attenzione del legislatore nazionale ma aveva, comunque, fatto breccia nel cuore della Corte costituzionale con la sentenza n. 301/2012, ancorché la medesima Corte avesse dichiarato inammissibile la questione sollevata con ordinanza dal Magistrato di sorveglianza di Firenze. Oggi la questione si ripropone, giacché il Giudice dell'esecuzione di Spoleto ha sollevato questione di legittimità costituzionale davanti al Giudice delle leggi proprio in relazione al divieto per i detenuti, previsto dall'art. 18 O.P., di consumare rapporti sessuali con i rispettivi partner, ritenendo tale proibizione contrastante con molteplici norme, tra le quali figurano gli artt. 2, 13, 29, 30, 31 e 32 Cost. Ci si augura che non sia nuovamente un'occasione persa per l'Italia per conformarsi agli standard europei (ed internazionali) in materia, realizzando un'armonizzazione legislativa capace di dare una

definitiva risoluzione alla quotidianità di ciascun soggetto detenuto.

2. *SESSUALITÀ E DIRITTO: LO STATO DELL'ARTE*

L'epistilio portante dell'asserito divieto di intrattenere rapporti sessuali *intra moenia* va ravvisato, senza dubbio, nel principio della sorveglianza continua sul detenuto, che trova ampia declinazione nell'(in)evitabile imperativo del controllo visivo del soggetto ristretto durante i colloqui e le visite con i propri affetti¹⁹. Orbene, la sorveglianza viva rintraccia le ragioni della propria vigenza nella necessità di garantire il rispetto di diffuse ragioni di ordine pubblico e sicurezza sociale, oltre che di ostacolare la commissione di ulteriori reati e assicurare al detenuto il diritto ad incontrare i propri cari nel contesto di spazi comuni adeguatamente tranquilli ed ordinati ma, al tempo stesso, inibenti²⁰.

Ad oggi, l'unica possibilità per il soggetto ristretto di esercitare il proprio diritto alla sessualità si snoda lungo due diverse direttrici istituzionali: da un lato, i permessi premio; dall'altro, le misure alternative alla detenzione. Questi due istituti portano, a parere di chi scrive, a identificare il principio rieducativo di cui all'art. 27, comma 3 Cost. nella premialità, nella concessione di benefici penitenziari introdotti nell'ordinamento vigente grazie alla l. 10 ottobre 1986, n. 663 (nota come

¹⁸ Sul punto, cfr. V. MANCA, *Perché occuparsi della questione 'affettività' in carcere?*, cit., pp. 11 ss.; A. ZAFFANELLA, *Dal perimetro della cella a quello del cuore: l'affettività in carcere*, *Giur. Pen.*, fasc. 2-bis, 2019, p. 230.

¹⁹ L'art. 18, comma 2 O.P. afferma che «i colloqui si svolgono in appositi locali, sotto il controllo a vista e non auditivo del personale di custodia». Tale principio viene, poi, ripreso e avvalorato da alcune norme del Regolamento del 30 giugno 2000 n. 230: si pensi all'art. 37, comma 5 che sostiene che «[...] In ogni caso, i colloqui si svolgono sotto il controllo a vista del personale del Corpo di polizia penitenziaria»; o all'art. 61 del Regolamento medesimo che, nel disciplinare i rapporti con la famiglia e la progressione nel trattamento, stabilisce che il direttore dell'istituto penitenziario può autorizzare modalità di visita alternative tra il detenuto e la propria famiglia ma pur sempre nel rispetto delle «modalità previste dal secondo comma dell'articolo 18 della legge». E ancora, anche il d.m. 5 dicembre 2012, attuativo del d.P.R. 5 giugno 2012 n. 136 (c.d. Carta dei diritti e dei doveri dei detenuti e degli internati) rafforza siffatte prescrizioni, affermando che i colloqui si svolgono «in appositi locali senza mezzi divisorii e sotto il controllo visivo e non auditivo del personale di polizia penitenziaria».

²⁰ In questo senso, cfr. A. PUGIOTTO, *Della castrazione di un diritto*, cit., p. 22.

Legge Gozzini), che, nella superiore intenzione di valorizzare l'aspetto rieducativo della detenzione rispetto a quello meramente punitivo e retributivo, prevede strumenti marcatamente più appropriati a salvaguardare e coltivare le relazioni c.d. primarie, ovvero quelle con la propria famiglia²¹; in tale ottica, i permessi premio di cui all'art. 30-ter O.P. rappresentano una valida soluzione all'inevitabile sacrificio del diritto alla sessualità del detenuto. Parimenti, le misure alternative alla detenzione rappresentano un'altra importante circostanza compensativa della rinuncia *de qua agitur*, trattandosi di misure che consentono al soggetto che ne beneficia di scontare la pena irrogata con modalità differenti dall'esecuzione all'interno di un istituto penitenziario, pur trattandosi di istituti intrinsecamente connotati da una ineliminabile componente afflittiva, affiancata ad un'attitudine rieducativa, variamente individuata nella prescrizione di obblighi di *facere e non facere*, la cui pregnanza muta in relazione alla specifica misura considerata; è evidente, tuttavia, che si tratta di strumenti residuali, concedibili solo a fronte della sussistenza di determinati requisiti oggettivi e soggettivi²², che suggeriscono una soluzione al problema della sessualità dei detenuti attraverso l'apertura di «parentesi extrapenitenziarie»²³, lontane dalle lungimiranti soluzioni *de iure condendo* - in seguito bocciate dalla legge delega n. 103/2017 - proposte dalla Commissione ministeriale presieduta dal Prof. Francesco Palazzo in tema di modifiche al sistema sanzionatorio, le quali prospettavano l'introduzione di veri e propri «permessi di affettività». Ciò nonostante, anche i permessi premio di cui all'art. 30-ter O.P. hanno subito un travagliato percorso di bilanciamento delle istanze in gioco, stante la faticosa volontà del

legislatore di garantire a tutti i detenuti la possibilità di esercitare il proprio diritto alla sessualità²⁴.

Se la premialità penitenziaria rappresenta una prima modalità di contatto tra il soggetto ristretto e i suoi affetti - ferme restando le condizioni che, *de facto*, ne consentono l'accesso ad una platea alquanto ridotta di beneficiari -, la seconda forma di contatto è rappresentata dall'ingresso in carcere dei soggetti legati affettivamente al detenuto: ciò è reso possibile proprio dall'istituto dei colloqui visivi di cui all'art. 18 O.P., il cui accesso - diversamente da quanto accade per i permessi premio - è garantito al di là del rispetto di talune condizioni, assurgendo, così, al rango di istituto essenziale e parte integrante del trattamento esecutivo²⁵. Chiaramente, *ça va sans dire*, trattandosi della modalità più pregnante attraverso cui instaurare quei «contatti con il mondo esterno» cui fa riferimento l'art. 15 O.P., tale istituto si è sovente prestato a strumentalizzazioni e storture che, soprattutto nell'ambito di condanne per 416-bis c.p., hanno di fatto agevolato il condannato nel mantenimento del rapporto con il sodalizio criminoso e nella gestione, dall'interno, degli affari illeciti, ragione per cui si è giustificata l'ulteriore compressione del diritto *de quo* in regime di 41-bis O.P.²⁶.

Lo strumento dei colloqui visivi, tuttavia, non ha saputo resistere alla tentazione di proporsi quale panacea di ogni male, ignorando del tutto la circostanza per la quale il controllo visivo (che ne è parte integrante) non consente la piena espressione dei sentimenti propri del detenuto e dei suoi cari (che subiscono un processo di vittimizzazione collaterale) giacché non sono permessi nel corso di

²¹ Cfr. C. OLIVO, *Affetti e carcere: prospettive intramurarie di riforma nel bilanciamento tra esigenze di tutela contrapposte*, *Giur. Pen.*, fasc. 2-bis, 2019, p. 136.

²² Con riferimento, nello specifico, ai permessi premio di cui all'art. 30-ter O.P., questi sono concedibili soltanto qualora vi sia assenza di pericolosità e regolare condotta del detenuto e siano state espresse determinate porzioni di pena.

²³ A. PULVIRENTI, *Diritti del detenuto e libertà sessuale*, *Annali del Seminario giuridico*, Università di Catania, 2001, I, p. 172. Per alcune riflessioni aggiuntive, cfr. anche A. PUGIOTTO, *Della castrazione di un diritto*, cit., p. 23.

²⁴ In proposito, cfr. A. PUGIOTTO, *Della castrazione di un diritto*, cit., pp. 23 ss. L'Autore offre una disamina particolareggiata della cronistoria legislativa dei permessi premio, evidenziando, fra l'altro, le difficoltà di accesso a siffatto beneficio penitenziario, stante l'impossibilità di usufruirne da parte di tutti coloro che attendono il passaggio in giudicato della sentenza o i definitivi socialmente pericolosi o in regime di 4-bis o 41-bis O.P. Particolari regole sono dettate, poi, in tema di recidiva.

²⁵ Tale assunto viene confermato dall'art. 15, comma 1 O.P., secondo il quale «Il trattamento del condannato e dell'internato è svolto [...] agevolando opportuni contatti con il mondo esterno e i rapporti con la famiglia».

²⁶ M. NESTOLA, *I colloqui e i detenuti al 41-bis*, *Giur. Pen.*, fasc. 2-bis, 2019, p. 165.

tali colloqui baci, carezze o tenerezze: così, il detenuto, da carnefice, diviene vittima di un meccanismo che dovrebbe educare all'amore, al rispetto, alla gentilezza, all'altruismo, che dovrebbe insegnare l'arte della devozione al prossimo e che, invece, finisce per impedire al recluso di maturare un senso di responsabilità che gli consenta di confrontarsi nuovamente con la vita comunitaria²⁷. A mitigare parzialmente - quantomeno nelle intenzioni - l'aggravio dello *status* di detenuto con ulteriori vincoli e ostacoli inevitabilmente impattanti anche sui familiari del detenuto, l'art. 14 O.P. sancisce il c.d. principio di territorialità della pena, stabilendo che «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»²⁸. Anche in questo caso, tuttavia, le sempre più pressanti esigenze logistiche legate al fenomeno del sovraffollamento carcerario ledono il diritto del detenuto a vedersi collocato in un istituto penitenziario vicino al luogo di residenza della famiglia, rendendo, per ciò solo, difficile (e, talvolta, impossibile) la realizzazione degli incontri ed accentuando sempre di più il rumore assordante di quella solitudine che, giorno dopo giorno, finisce per inghiottire il penitente e le sue speranze.

3. PROFILI GIURISPRUDENZIALI NAZIONALI E SOVRANAZIONALI

All'esito di questa introduttiva disamina, ancorché priva di pretese di completezza, è possibile affermare che il sistema restituisce l'immagine di un vero e proprio diritto alla sessualità. Ciò nonostante, è notorio che, dall'entrata in vigore della legge di ordinamento

penitenziario ad oggi, nessun magistrato di sorveglianza ha mai autorizzato un detenuto ad intrattenere rapporti sessuali con il proprio partner all'interno delle mura dell'istituto penitenziario; tale circostanza ha, in effetti, trovato conferma nel diritto vivente della Suprema Corte di Cassazione, la quale ha precisato che «il vigente ordinamento penitenziario esclude, per i detenuti, la facoltà di rapporti sessuali, anche tra persone unite in matrimonio, nel carcere», basando siffatta ricostruzione sul presupposto che la compressione di tale diritto sia «una conseguenza diretta della privazione della libertà personale, propria della reclusione e, pertanto, il nostro ordinamento giuridico non attribuisce al condannato in espiazione della pena inflittagli, il potere di contrastare, in tale suo stato, la detta limitazione opponendo un diritto civico della sua personalità privata, in contrapposizione alla privazione della libertà personale»²⁹. Sovrapponibili sono stati, poi, gli approdi giurisprudenziali nel «caso Cutolo», laddove il desiderio del condannato di diventare padre veniva riconosciuto ma solo attraverso il prelievo di liquido seminale e a causa di una condizione patologica della moglie che, prevista dalla l. 40 del 2004, ne consentiva l'accesso alle pratiche di procreazione medicalmente assistita³⁰.

L'imperante divieto, avvallato dalla giurisprudenza di legittimità, di intrattenere rapporti sessuali anche tra persone unite nel matrimonio ha generato il fenomeno dei c.d. matrimoni bianchi, ovvero sia celebrati ma mai consumati, in considerazione dell'assunto per cui «non costituisce motivo grave che, se accertato, può legittimare la concessione di permesso al detenuto a norma dell'art. 30, legge n. 354 del 1975 [...] la necessità di trascorrere un breve periodo di tempo con il coniuge al fine di consumare il matrimonio celebrato in carcere», dal momento che non vi è «alcuna illegittimità costituzionale di una norma che ha come scopo ben altro che non un'esigenza naturale ed affettiva, sacrificata per lo stato di

²⁷ Il carcere, infatti, si connota per essere un luogo dove aggressività e negatività si concentrano, dove emarginazione e diversità dominano incontrastate i sentimenti del detenuto, in un clima sovente attraversato da un difficile rapporto tra l'autorità penitenziaria e i carcerati, sfociante, talvolta, in interventi di carattere intimidatorio e repressivo al fine di sedare episodi di tensione carceraria.

²⁸ C. OLIVO, *Affetti e carcere*, cit., p. 143; A. ZAFFANELLA, *Dal perimetro della cella*, cit., pp. 186 ss.

²⁹ Cass. Pen. sez. I, 10 aprile-22 giugno 1992, n. 1553, *Ponti*, in *Mass. Cass. Pen.*, 1992, n. 11, p. 66.

³⁰ A. PUGIOTTO, *Della castrazione di un diritto*, cit., pp. 21 ss.

detenzione»; infatti, prosegue la Corte, «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»³¹. Dura, pertanto, la posizione della Corte di Cassazione, a cui si potrebbe obiettare che l'eccezionalità rappresenta la qualità di ciò che esula dalla norma, da ciò che è ordinario e comune, da ciò che accade frequentemente; con riferimento al rapporto sessuale, si potrebbe sostenere tale tesi laddove anche il soggetto detenuto, rispetto ad un soggetto libero, avesse la medesima possibilità di fruire dei piaceri carnali, cosa che non avviene e che, pertanto, non può definirsi già in sé eccezionale, stante l'assoluta preclusione di base di accedere a tali contatti fisici.

Tuttavia, la giurisprudenza di legittimità non è stata la sola a pronunciarsi sul diritto alla sessualità del detenuto: tale posizione soggettiva è stata sottoposta al vaglio tanto del Consiglio di Stato quanto della Corte costituzionale, con esiti non decisivi. Anzitutto, meritevole di menzione è il parere negativo espresso dal Consiglio di Stato sul d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230, nella parte in cui proponeva l'introduzione di una nuova specie di permesso intramurario, concedibile al di sopra di un determinato *quantum* di pena (sei mesi, nello specifico) e per un numero precisato di volte in un anno (dodici al massimo, significando in media 1 al mese). Il detenuto avrebbe potuto trascorrere con i propri affetti fino a ventiquattro ore consecutive in predisposte unità abitative all'interno dell'istituto di pena, contando su di una sorveglianza esterna da parte degli agenti di custodia sussidiaria, attivabile soltanto in situazioni di comprovata emergenza³². Orbene, siffatta proposta normativa venne cancellata con un colpo di spugna in quanto ritenuta contraria alla legge, giacché «il contemperamento tra i diritti più intimi della persona da un lato e la configurazione di fondo del trattamento penitenziario dall'altro» richiedono «il responsabile intervento del legislatore, al quale solo spetta il potere di adeguare sul punto la normativa

penitenziaria che sembra diversamente orientata». Tale fu, come si evince, il monito lanciato dal Consiglio di Stato al legislatore nazionale che, tuttavia, non venne (e non viene tutt'oggi) colto dalla sensibilità politica del Parlamento, nemmeno quando sul punto si espresse la Corte costituzionale con una sentenza storica, la n. 301 del 2012.

A fornire il contesto di siffatta pronuncia era l'ordinanza di rimessione degli atti al Giudice delle leggi del Magistrato di Sorveglianza di Firenze che nel 2012, censurando l'art. 18, comma 2 O.P. nella parte in cui prevedeva il controllo visivo del personale di custodia sui colloqui, sollevò quattro questioni di legittimità costituzionale con riferimento alla violazione di diversi parametri di giudizio rappresentati dagli artt. 2, 3, 27 comma 3, 29, 31 e 32 Cost., rappresentando come lo *status* detentivo non potesse assurgere ad elemento ostativo all'esercizio del diritto alla sessualità del detenuto, qualificato come diritto inviolabile dell'uomo, trasformandosi in mezzo attraverso cui annichire il processo di sviluppo della personalità umana dei soggetti ristretti che, certamente, si estrinseca anche per il tramite del mantenimento delle relazioni umane, tanto nella loro componente sentimentale quanto sessuale; inoltre, nell'ordinanza *de qua* il Magistrato di Sorveglianza qualificava come degradante ed inumano l'approccio trattamentale dell'astinenza sessuale imposta dall'art. 18 O.P., in totale antitesi con il principio rieducativo della pena e in violazione del diritto alla salute - anch'esso fondamentale ed inviolabile - e del diritto a tutelare e a favorire la formazione del nucleo familiare e dei legami affettivi. La Corte costituzionale, ancorché dichiarando la questione inammissibile e la non autosufficienza dell'ordinanza di rimessione, aveva tuttavia riconosciuto la rilevanza del diritto all'affettività: infatti, «l'ordinanza di rimessione», afferma la Corte, «evoca 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: esigenza che trova attualmente, nel nostro ordinamento, una risposta solo parziale nel già ricordato istituto dei

³¹ Cass. Pen. sez. I, 26 novembre 2008, n. 48165.

³² A. PUGIOTTO, *Della castrazione di un diritto*, cit., p. 19.

permessi premio [...] la cui fruizione resta in fatto preclusa a larga parte della popolazione carceraria». Prosegue il Giudice delle leggi sostenendo che «si tratta di un problema che merita ogni attenzione da parte del legislatore, anche alla luce delle indicazioni provenienti dagli atti sovranazionali richiamati dal rimettente e dell'esperienza comparatistica»³³.

Se nella giurisprudenza costituzionale poc'anzi citata emergeva la consapevolezza dell'insufficienza del dato normativo sul tema e la contestuale affermazione dell'esistenza di un diritto alla sessualità *intra moenia* come «in sé non incompatibile con lo stato di reclusione»³⁴, alcune indicazioni provengono anche dalla giurisprudenza sovranazionale che in diverse occasioni - pur lasciando intendere la propria necessità di restare estranea alle scelte di politica criminale nazionale - ha, con prudenza e cautela, trattato il tema delle visite coniugali e della sessualità negli istituti penitenziari. In particolare, in *Dickson c. Regno Unito*, la Corte E.D.U. aveva sostenuto l'opportunità di approvare politiche interne ai singoli Stati nazionali che consentissero ai soggetti ristretti di accedere ad incontri privati, anche al fine di estrinsecare la propria sessualità³⁵, sebbene non vi fosse un consenso unanime tra i diversi Stati membri che legittimasse un intervento della Corte ben più pregnante³⁶. È d'uopo sottolineare, infine, come la Corte di Strasburgo avesse più volte chiarito come fosse fondamentale che il detenuto, al di là dell'esecuzione della sua pena, conservasse comunque - sia pur in via residuale - un margine di libertà personale incontaminabile³⁷, tenendo a

mente, tra le funzioni della pena, soprattutto quella riabilitativa a salvaguardia della conservazione dei rapporti con le persone al di fuori dell'istituto penitenziario, alla luce del dettato dell'art. 8 C.E.D.U.³⁸.

Emerge, dunque, con chiarezza - ad avviso di chi scrive - che il diritto del detenuto alla sessualità non può esclusivamente risolversi in una logica premiale; anzi, il suo riconoscimento dovrà andare esente da qualsivoglia riferimento ai benefici penitenziari di cui si è detto, giacché esso stesso è essenziale connotato dell'umana condizione. *Rebus sic stantibus*, la sessualità potrà trovare nei permessi premio o nelle misure alternative alla detenzione soltanto un'ulteriore possibilità di esercizio, non certamente la *condicio sine qua non* da rispettare al fine di non ostacolare la fruizione.

4. POSSIBILISMO NORMATIVO: ESPERIENZE ESTERE A CONFRONTO

Molteplici sono le considerazioni, le obiezioni, i problemi emersi nell'arena dialettica, divenuta terreno di scontro ideologico tra dottrina e opinione pubblica, con riferimento al binomio carcere-affettività. Di tali riflessioni si darà contezza nel paragrafo che seguirà, di talché appare doveroso formulare alcune osservazioni sul tema proprio richiamandosi all'eterogeneo arsenale di istituti a sostegno del diritto all'affettività offerto da molteplici Paesi, europei e non.

In Spagna, la comunità autonoma della Catalogna ha previsto la possibilità di accedere, due volte al mese, a delle "visitas intimas" con il partner di riferimento, della durata di 90 minuti cadauna, in appositi locali non sottoposti a sorveglianza continua, al fine di consumare rapporti sessuali. V'è di più: proprio al fine di non comprimere oltremodo il diritto del detenuto al mantenimento del sodalizio familiare, la Catalogna ha ammesso

³³ www.cortecostituzionale.it. Per un approfondimento sulle motivazioni della sentenza in parola, cfr. C. OLIVO, *Affetti e carcere*, cit., pp. 141 ss.

³⁴ M. RUOTOLO, *Tra integrazione e maieutica: Corte costituzionale e diritti dei detenuti*, in *Rivista AIC*, 6 agosto 2016, p. 30.

³⁵ Corte E.D.U., 4 dicembre 2007, *Dickson v. UK*, ric. n. 44362/04, par. 81.

³⁶ «The refusal of conjugal visits may for the present time be regarded as justified for the prevention of disorder and crime». In proposito, cfr. Corte E.D.U., 29 luglio 2003, *Aliiev v. Ukraine*, ric. n. 41220/08, par. 88.

³⁷ «Prisoners in general continue to enjoy all the fundamental rights and freedoms guaranteed under the Convention save for the right to liberty, where lawfully imposed detention expressly falls within the scope of Article 5 of the Convention [...]».

*There is, therefore, no question that a prisoner forfeits his Convention rights merely because of his status as a person detained following conviction». Per la sentenza nella sua interezza, cfr. Corte E.D.U., Grande Camera, 6 ottobre 2005, *Hirst v. UK* (n. 2), ric. n. 74025/01.*

³⁸ Cfr. G. ZAGO, *Declinazioni del principio di dignità umana per i detenuti queer: sessualità e identità di genere nel sistema penitenziario italiano*, *Giur. Pen.*, fasc. 2-bis, 2019, p. 254.

la possibilità, in caso di visite con figli di minore età, di effettuare tali incontri in spazi adibiti *ad hoc*, arredati e separati da quelli ove si svolgono ordinariamente i colloqui, prescindendo da una valutazione prognostica circa la condotta del reo³⁹.

Anche in Francia si è optato per una soluzione simile per il tramite delle c.d. UVF, vale a dire le “Unità di Visita Familiare”: trattasi, *tout court*, di appartamenti arredati con spazi esterni ad essi pertinenti ove è consentito al detenuto ricevere la visita di familiari e amici per un lasso di tempo compreso tra le sei e le settantadue ore, anche in questo caso lontano dalla sorveglianza continua degli agenti di custodia.

Inghilterra, Galles e Scozia hanno, invece, adottato un piano di assistenza finanziaria per tutte quelle famiglie dai redditi non particolarmente elevati, al fine di consentire loro di visitare i parenti carcerati, con il pieno rimborso delle spese di viaggio, pernottamento e vitto, per un massimo di ventisei visite l'anno⁴⁰.

La Svizzera, nello specifico il Canton Ticino, ha previsto che il detenuto possa ricevere visite da familiari e amici per massimo sei ore ogni mese, effettuando fino a tre telefonate settimanali, della durata di dieci minuti ciascuna, oltre alla previsione di un variegato ventaglio di tipologie di colloqui, una volta scontata una parte della pena detentiva: da

quello gastronomico (che consente al soggetto ristretto, una volta ogni due mesi, di pranzare o cenare insieme a parenti, partner e amici) al c.d. “congedo interno” che, in alternativa al primo, consente al detenuto di trascorrere un massimo di sei ore con familiari e amici, pranzando in una apposita struttura – denominata “Silva” – in un’area dell’istituto penitenziario, senza sorveglianza continua⁴¹.

E ancora, sempre in area europea, si pensi alla Croazia e alla Germania, dove il detenuto può accedere a colloqui senza sorveglianza con il partner, soprattutto in tutti quei casi in cui la pena detentiva da scontare sia particolarmente lunga; ai Paesi scandinavi che garantiscono il diritto alla sessualità consentendo al recluso di consumare rapporti sessuali con il partner in piccoli appartamenti a ciò adibiti, immersi nel verde e provvisti di tutte le comodità necessarie; alla Romania e all’Albania, che predispongono stanze all’interno degli istituti penitenziari per consentire i *vis-à-vis* intimi.

Anche Oltreoceano vi sono diversi Paesi che meritano di essere brevemente menzionati, alla luce delle scelte normative che hanno posto in essere con riferimento al tema della sessualità del detenuto: si pensi al Canada, che consente ai detenuti di trascorrere, fino ad un massimo di tre giorni consecutivi, del tempo con le proprie famiglie o partner in piena intimità all’interno di prefabbricati ubicati negli istituti penitenziari stessi; ad alcuni Stati americani (nello specifico, Mississippi, New York, California, Washington e New Mexico) che hanno introdotto i c.d. “*Conjugal or Family Visitation Programs*”, una sorta di permesso che autorizza il detenuto ad incontrare il coniuge (ogni quattordici giorni) e la famiglia (ogni mese) in appositi appartamenti collocati entro il perimetro del carcere, fino ad un massimo di tre giorni consecutivi; al Brasile che, nonostante la severità dell’esperienza detentiva, garantisce ad ogni soggetto recluso il diritto ad intrattenere, una

³⁹ A. ZAFFANELLA, *Dal perimetro della cella*, cit., p. 198. Con riferimento all’ordinamento spagnolo, si veda anche J.A.R. VAZQUEZ, *Afectividad y cárcel: un binomio (casi) posible en la experiencia española*, *Giur. Pen.*, fasc. 2-bis, 2019, pp. 70 ss. L’Autore afferma che il detenuto ha un vero e proprio diritto alle visite intime, pensate proprio al fine di consentire la consumazione del rapporto sessuale tra gli individui. Sui soggetti esterni all’istituto penitenziario ammessi a beneficiare di tale istituto, la Spagna si è a lungo interrogata, giacché il Regolamento penitenziario lasciava intendere che siffatte comunicazioni intime potessero celebrarsi sia che alla base vi fosse una relazione stabile tra il detenuto e l’altro soggetto, sia nel caso contrario. Tuttavia, l’Istruzione della Segreteria generale delle istituzioni penitenziarie n. 24 del 1996 ha fissato restrizioni alquanto severe, financo richiedendo la prova documentale della stabilità della relazione tra i soggetti coinvolti, dimostrando che, nei sei mesi anteriori, non vi siano stati altri contatti di natura sessuale con soggetti differenti.

⁴⁰ L. CUPPARI, “*Amore sbarrato*”: *affettività e sessualità dei detenuti come diritti fondamentali (parzialmente) inattuati. Approccio negazionista del legislatore italiano in una prospettiva di analisi comparata*, *Giur. Pen.*, fasc. 2-bis, 2019, p. 273.

⁴¹ Per una disamina complessiva di ulteriori istituti elvetici, anche a sostegno della genitorialità e della tutela dell’infanzia, cfr. A. PUGIOTTO, *Della castrazione di un diritto*, cit., pp. 198 ss.

volta alla settimana, rapporti sessuali di un'ora con qualsiasi persona egli desideri, indipendentemente dal fatto che i due soggetti siano o siano stati in passato legati da un rapporto di convivenza riconosciuto dallo Stato; a Città del Messico, che ha compiuto un passo ulteriore, concedendo - nello specifico - visite coniugali anche per i detenuti omosessuali al pari dei reclusi eterosessuali, anche al fine di arginare il dilagante fenomeno della prostituzione indotta e della violenza *intra moenia*, specie su minori⁴².

Com'è agile notare, i Paesi più avanguardisti sul punto si sono preoccupati di curare anche il profilo architettonico non solo degli spazi in cui consentire l'incontro intimo tra i partner bensì anche dell'istituto penitenziario stesso. Le neuroscienze hanno compreso che l'ambiente si inserisce in un processo di interazione con il comportamento umano, influenzandolo positivamente o negativamente, ragion per cui l'architettura penitenziaria, in concorso con le scienze sociali, è stata, negli anni, teatro di ampi dibattiti sul come costruire gli istituti penitenziari, come gestirne gli spazi, affidando ad un'indagine prossemica il concepimento delle caratteristiche che siffatti edifici debbano avere al fine di non prolungare oltre misura la sofferenza di una libertà negata⁴³. L'impianto edilizio rappresenta una delle molteplici *condiciones sine quibus non* attraverso cui realizzare la funzione rieducativa e riabilitativa del soggetto recluso, in un processo circolare che trasforma il carcere da luogo di sofferenza a luogo di riscatto e redenzione. Il sovraffollamento carcerario di cui l'Italia si rende da anni protagonista - a dispetto delle numerose sentenze di condanna da parte della Corte E.D.U. - unitamente alla quasi totale assenza di ambienti igienicamente controllati contribuiscono a perpetrare la malsana narrazione che vede nello stato detentivo la totale abnegazione del Sé, in un luogo caratterizzato da fagocitanti contrasti interni, prevaricazione e aggressività, ben lontani da quel

percorso trattamentale destinato a favorire il graduale reinserimento sociale del detenuto in un contesto che, col senno di poi, sentirà ancora più estraneo rispetto al suo ingresso in carcere.

5. CRITICITÀ E CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

A rendere complessa l'elaborazione di nuove politiche più sensate, inclusive e attente alla dimensione umana del detenuto concorrono, in primo luogo, difficoltà di ordine economico; in secondo luogo, difficoltà di ordine comunicativo con il legislatore nazionale; in terzo luogo, la dimensione concretamente problematica della questione, sia dal punto di vista operativo che ermeneutico.

Per quel che concerne le difficoltà di ordine economico, il diritto all'affettività - in quanto diritto - è vincolato a considerare la finitezza delle risorse disponibili, la capacità di spesa dello Stato, ben più limitata rispetto a quanto richiesto per soddisfare bisogni a tal punto articolati⁴⁴. Ampia prova di tale ostacolo si ritiene sia fornita proprio dalle scelte di politica criminale degli ultimi decenni, caratterizzate da un'evidente impronta indulgenziale che - per il tramite di indulti e leggi svuotacarceri - ha scommesso maggiormente su istituti e testi normativi capaci di mitigare il numero di persone detenute che su seri progetti di riqualificazione strutturale degli istituti penitenziari. Da quanto emerso infatti, nell'ipotesi in cui la normativa penitenziaria venisse novellata nel senso di riconoscere un vero e proprio diritto alla sessualità del detenuto, si renderebbe necessaria la previsione e l'introduzione di nuove forme di colloquio *vis-à-vis*, derogando all'obbligo di costante controllo a vista da parte degli agenti di polizia penitenziaria; tale introduzione richiederebbe, come s'è visto, la predisposizione di stanze o unità abitative a ciò destinate, impensabile nelle nostre carceri a causa dei gravi problemi di sovraffollamento.

⁴² L. CUPPARI, "Amore sbarrato", *cit.*, pp. 273 ss.

⁴³ D.A. DÈ ROSSI, *Architettura penitenziaria diritti umani e qualità della salute. L'affettività in carcere: modelli da ripensare*, *Giur. Pen.*, fasc. 2-bis, 2019, p. 210.

⁴⁴ In tal senso, cfr. M. BARONI, *Amare in carcere. Prospettive di riforma contro il rischio di destrutturazione oggettiva*, *Giur. Pen.*, fasc. 2-bis, 2019, p. 289.

Per quanto riguarda, invece, le difficoltà di ordine comunicativo, ad emergere con drammatica onestà è l'incapacità del consorzio civile, della giurisprudenza e della dottrina giuridica ad instaurare un valido confronto sul tema con il legislatore nazionale, complici una «ipersemplificazione del linguaggio politico»⁴⁵ e la contestuale (e sempre più avvertita) esistenza di un bisogno emotivo di punire sorgente nel comune consociato a fronte di condotte penalmente rilevanti di particolare allarme sociale; d'altronde, diversi sono i riferimenti che ci restituiscono l'immagine di una giustizia fortemente influenzata dalla vendetta, tanto nella letteratura quanto nella rappresentazione iconografica della stessa, la quale agisce con simmetria rispetto all'offesa inferta: il male derivante dalla violazione della norma verrà espiato con il male generato dall'inflizione della pena (*malum passionis propter malum actionis*). A conforto di tale ricostruzione milita anche un dato che è opportuno segnalare: accanto alla pretesa (in)sondabilità della sofferenza e della malvagità di un individuo, si accompagna quasi sempre un senso di frustrazione nel momento della sentenza definitiva di condanna, come se il bisogno di giustizia – concepita in termini assoluti – non fosse soddisfabile per il tramite di alcun trattamento punitivo. Si tratta di un ideale di retribuzione oggi non più sostenibile sia perché inappagante rispetto allo scopo perseguito sia perché limitato nella sua efficacia risocializzante.

Venendo alle criticità operative ed ermeneutiche, è doveroso premettere che sono state diverse le prospettive di riforma, con interventi particolarmente incentrati sulla modifica dell'art. 18 O.P. La prima difficoltà emerge proprio sul versante del controllo visivo: giacché la particolarità dei colloqui intimi sta nell'assenza di qualsivoglia forma di controllo, tale situazione potrebbe porsi in aperto contrasto con le esigenze di ordine e sicurezza interna, dando al detenuto la possibilità di creare o mantenere senza troppe difficoltà nuovi contatti con il sodalizio criminoso di cui era membro, sfruttando i familiari come mezzo attraverso cui veicolare istanze illecite.

Proprio con riferimento ai familiari o, più in generale, alle persone ammesse a beneficiare del colloquio intimo, è d'uopo sottolineare come l'art. 18 O.P., nella sua formulazione legislativa, faccia riferimento ai congiunti e, genericamente, alle "altre persone". La giurisprudenza è ormai concorde nel ricomprendere nel concetto di "famiglia" anche quella allargata, quella di fatto o l'unione civile, consentendo – pertanto – l'equiparazione anche di quanti convivano ai prossimi congiunti. Resta, tuttavia, da chiedersi quale sorte spetti a tutte quelle forme di affettività tra soggetti non qualificate dalla legge: si pensi, ad esempio, ai comuni fidanzati o a tutti quei rapporti di conoscenza o affetto comunque non caratterizzati da una affettività stabile nel tempo. È evidente che, sotto il profilo affettivo, siffatti rapporti siano meritevoli di protezione da parte dell'ordinamento giuridico tanto quanto quelli con i prossimi congiunti o i conviventi di fatto, trattandosi di relazioni sociali certo variegata ma comunque parte del percorso risocializzante del detenuto, sicché – previo accertamento del reale legame affettivo tra i due (e ci si domanda con quali mezzi si possa raggiungere tale dato probatorio) – appare possibile mantenere tutte le relazioni affettive importanti per il recluso⁴⁶. All'opposto, sotto il profilo della sicurezza interna ed esterna e dell'ordine pubblico qualche dubbio permane, dal momento che la stabilità del legame affettivo nel tempo rappresenta un requisito intrinseco che l'ordinamento vigente richiede al fine di autorizzare l'incontro tra il detenuto e il terzo soggetto senza la sorveglianza continua del personale penitenziario, potendosi il detenuto servire dell'incontro al solo fine di mantenere i contatti con la criminalità *extra moenia*. Infine, alle considerazioni poc'anzi svolte, si lega un'ulteriore criticità di difficile risoluzione: ammettere a beneficiare dei colloqui intimi i detenuti legati da stabili o sufficientemente stabili rapporti affettivi con i propri compagni, congiunti o conviventi di fatto equivale, in negativo, ad escluderne l'ammissibilità per quanti siano detenuti ma non abbiano relazioni affettive qualificate con nessuno,

⁴⁵ Così si esprime M. BARONI, *Amare in carcere*, cit., p. 290.

⁴⁶ Cfr. C. OLIVO, *Affetti e carcere*, cit., p. 147.

vivendo l'esperienza detentiva nella propria solitudine. È pacifico che, come si è detto in apertura di tale contributo, la sessualità rappresenta un bisogno primario di ogni individuo al fine di una corretta estrinsecazione della propria personalità, sicché ammettere taluni detenuti a tale possibilità, escludendone contestualmente talaltri genererebbe una disparità di trattamento inaccettabile, negando il diritto all'affettività ad una buona percentuale di popolazione reclusa. Una possibilità sarebbe quella di consentire al detenuto di accedere a prestazioni sessuali con soggetti terzi, sia pur con tutte le evidenti (e comprensibili) perplessità e tutte le difficoltà riferibili a questioni di sicurezza interna e di rilievo morale.

Un'ulteriore questione *de iure condendo* riguarda la posizione processuale del detenuto da ammettere all'esercizio di tale diritto: ci si chiede, cioè, se - in quanto diritto soggettivo - debba essere concesso ad ogni soggetto recluso o se, diversamente, debbano prevedersi alcune restrizioni in particolari ipotesi. Una parte della dottrina⁴⁷ ritiene che si debba distinguere tra soggetti imputati, indagati e detenuti definitivi: con riferimento ad indagati e imputati, nonostante la loro penale responsabilità non sia ancora stata accertata e non sia stata addebitata la paternità dei reati loro ascritti, potrebbe apparire necessario introdurre eventuali limitazioni al fine di salvaguardare le esigenze di cui all'art. 274, comma 1, lett. a) c.p.p. al fine di impedire, ad esempio, un contatto qualificato con soggetti all'esterno della realtà carceraria che possa rivelarsi strumento attraverso cui inquinare il compendio probatorio e la sua genuinità; per quanto riguarda i detenuti definitivi, invece, ci si richiama alle conclusioni cui si è pervenuti in precedenza, ben potendo il congiunto divenire un mezzo attraverso cui rinsaldare il legame con l'organizzazione per delinquere di appartenenza.

Un'ulteriore questione, infine, si pone con riferimento alla possibilità di ammettere al colloquio intimo qualsiasi detenuto, indipendentemente dal titolo di reato e dalla quantità di pena irrogata. Il problema si porrebbe

in tutti quei casi in cui il reo si fosse macchiato di reati di particolare gravità o che avessero una stretta attinenza tematica con il diritto in questione (come, ad esempio, quei soggetti che abbiano commesso reati a sfondo sessuale, magari anche a danno di soggetti di minore età); o si pensi, altresì, alle fattispecie penali di maltrattamenti in famiglia *ex art. 572 c.p.* o di atti persecutori *ex art. 612-bis c.p.* commessi ai danni del coniuge, del prossimo congiunto per cui il detenuto presenti istanza di accesso al colloquio intimo. Si tratta di un problema particolarmente avvertito, giacché è assai frequente che le vittime di violenza domestica o di atti persecutori non riescano ad interrompere *in toto* il rapporto affettivo con i propri aguzzini, innescandosi un processo di dipendenza emotiva destinato a perpetrare, sia pur indirettamente, le medesime violenze subite precedentemente.

All'esito di questa disamina, dunque, emerge come il diritto alla sessualità del detenuto sia un vero e proprio diritto soggettivo. L'esperienza comparatistica di ordinamenti giuridici terzi mostra come l'affettività cui ha bisogno il detenuto sia un'esigenza avvertita ad ogni latitudine e, come tale, vada regolamentata. Il diritto a vivere la propria intimità con la propria famiglia non può, quindi, collocarsi entro le strette maglie della premialità penitenziaria, trovando invero autonomo riconoscimento anche a livello sovranazionale nell'art. 8 C.E.D.U. È pacifico, altresì, che vi siano circostanze e ragioni che legittimano restrizioni e intrusioni in tale diritto, dovendosi pertanto operare necessariamente un bilanciamento tra interessi individuali e collettivi. Sebbene la giurisprudenza nazionale sia stata discontinua e disomogenea nel corso degli anni con riferimento a tale diritto, sia pur avvertendo il legislatore della necessità di legiferare sul tema, la Corte E.D.U., invece, si è mostrata ben più sensibile alle istanze avanzate dai detenuti sul punto, riconoscendo *expressis verbis* l'esistenza di un diritto all'affettività e raccomandando agli Stati membri di avere un approccio proattivo nel rendere effettivo l'esercizio di tale diritto.

Proprio dal contesto familiare dovrebbe ripartire il percorso di rieducazione e risocializzazione del recluso, dalla scoperta di una

⁴⁷ C. OLIVO, *Affetti e carcere*, cit., p. 148.

nuova dimensione di Sé nel mondo grazie ad una riconciliazione che gli consenta di perdonare, in primo luogo, sé stesso e, poi, di farsi perdonare dal consorzio civile. È in questo senso che il mantenimento di un rapporto con il mondo esterno può aiutare a preparare il terreno per il suo futuro reinserimento in società, poiché un individuo recuperato è un individuo che fa prevenzione generale.

BIBLIOGRAFIA E SITOGRAFIA

- M. BARONI, *Amare in carcere. Prospettive di riforma contro il rischio di destrutturazione oggettiva*, *Giur. Pen.*, fasc. 2-bis, 2019
- C. BRUNETTI, *Il diritto all'affettività per le persone recluse*, *Rass. Penit.*, 2008
- F. CAMBI, s.v. "Affettività", in AA.VV., *L'Universo del corpo*, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 1999
- L. CUPPARI, "Amore sbarrato": affettività e sessualità dei detenuti come diritti fondamentali (parzialmente) inattuati. Approccio negazionista del legislatore italiano in una prospettiva di analisi comparata, *Giur. Pen.*, fasc. 2-bis, 2019
- D.A. DÈ ROSSI, *Architettura penitenziaria diritti umani e qualità della salute. L'affettività in carcere: modelli da ripensare*, *Giur. Pen.*, fasc. 2-bis, 2019
- S. LIBIANCHI, *Argomenti di prevenzione ed igiene pubblica in carcere: la questione della sessualità, della riduzione del danno e delle c.d. "love rooms"*, *Giur. Pen.*, fasc. 2-bis, 2019
- V. MANCA, *Perché occuparsi della questione 'affettività' in carcere?*, *Giur. Pen.*, fasc. 2-bis, 2019
- J. MATTHEWS, *Forgotten Victims. How prison affects the family*, Nacro, 1983
- M. MINAFRA, *La tutela genitoriale nel preminente interesse del minore: mai più "bambini detenuti"*, *Giur. Pen.*, fasc. 2-bis, 2019
- M. NESTOLA, *I colloqui e i detenuti al 41-bis*, *Giur. Pen.*, fasc. 2-bis, 2019
- C. OLIVO, *Affetti e carcere: prospettive intramurarie di riforma nel bilanciamento tra esigenze di tutela contrapposte*, *Giur. Pen.*, fasc. 2-bis, 2019
- A. POLISENO, *La speranza. Tra ragione e sentimento*, Roma, Armando Editore, 2003
- A. PUGIOTTO, *Della castrazione di un diritto. La proibizione della sessualità in carcere come problema di legalità costituzionale*, *Giur. Pen.*, fasc. 2-bis, 2019
- A. PULVIRENTI, *Diritti del detenuto e libertà sessuale*, *Annali del Seminario giuridico*, Università di Catania, 2001
- M. RUOTOLO, *Tra integrazione e maieutica: Corte costituzionale e diritti dei detenuti*, in *Rivista AIC*, 6 agosto 2016
- J. C. F. SCHILLER, *Lettere sull'educazione estetica dell'uomo*, in M. HERBERT, *Eros e Civiltà*, Torino
- G. SILVESTRI, *L'individuazione dei diritti della persona*, *Dir. Pen. Cont.*, 29 ottobre 2018
- J.A.R. VAZQUEZ, *Afectividad y cárcel: un binomio (casi) posible en la experiencia española*, *Giur. Pen.*, fasc. 2-bis, 2019
- A. ZAFFANELLA, *Dal perimetro della cella a quello del cuore: l'affettività in carcere*, *Giur. Pen.*, fasc. 2-bis, 2019
- G. ZAGO, *Declinazioni del principio di dignità umana per i detenuti queer: sessualità e identità di genere nel sistema penitenziario italiano*, *Giur. Pen.*, fasc. 2-bis, 2019
- www.who.int/about/governance/constitution
- apps.who.int/iris
- www.who.int/health-topics/sexual-health