

Sorvegliare e punire

La proibizione sessuale in carcere non è diversa dalla castrazione

Relazione svolta al Seminario “Corpi, Diritti, Soggettività” (Firenze, 15-17 settembre 2023), de *La Società della Ragione*, CRS Archivio Ingrao e Associazione Luca Coscioni.

di ANDREA PUGIOTTO*

1. Si legge nel documento introduttivo all'odierno seminario che «attraverso il “corpo recluso”, col suo ipotizzato *minus* di diritti, traspare con chiarezza il processo di “incapacitazione” che, a partire dalla privazione della libertà, lo riduce a pura corporeità, a “corpo in sé”, mutilato di soggettività».

Commisurata al tema della mia relazione, è un'affermazione che pecca per difetto. Siamo tutti soggetti incarnati in corpi sessuati: l'esercizio della sessualità, dunque, è intrinseco alla nostra condizione di persone che abitano un corpo e si relazionano intimamente attraverso il corpo. Se così è, la proibizione sessuale inframuraria è qualcosa di più di una mutilazione della soggettività del recluso ridotto a mera corporeità. È il suo stesso corpo, infatti, a subire – né più né meno – che la castrazione dell'esercizio di una dimensione che gli è naturalmente essenziale.

2. Esagero? In fondo – mi si potrebbe replicare – l'onanismo è un aspetto della sessualità nella sua accezione più lata e «l'autoerotismo non è impedito, di per sé, dallo stato detentivo» (Cass., sez. I pen., 8 giugno 2021, n. 36865). Ne siamo proprio certi?

I detenuti raccontano altro (cfr. N. Valentino, *L'ergastolo. Dall'inizio alla fine*, Sensibili alle foglie, 2009, 51-52). Ti dicono che «spesso avere un attimo di intimità in carcere è più difficile che fare una rapina», dovendo pianificare ogni dettaglio. L'orario, da calcolare in relazione ai turni della guardia che passa e dell'infermiere che porta la terapia. Lo spioncino del bagno, sempre aperto per i controlli. L'assenza di riservatezza, in una cella condivisa con più persone.

L'inibente imbarazzo, perché ti senti osservato o immaginato da agenti e compagni. «La lotta titanica» tra il desiderio di concentrarsi e la paura di essere colto sul fatto. Ecco perché «è esperienza comune che gli atti migliori d'amore sono quando sei in punizione, in isolamento».

Su tutto ciò il diritto rincara la dose: masturbarsi in cella, infatti, configura il reato di atto osceno in luogo pubblico, perché aperto al pubblico è lo spazio del carcere. Oggi depenalizzato, fino a ieri la violazione dell'art. 527 c.p. poteva essere sanzionata con la pena da 3 mesi a 3 anni (poiché l'onanismo è una condotta indubbiamente dolosa). Non basta: oggi come ieri, il detenuto è sempre punibile sul piano disciplinare con la sottrazione di un semestre dal calcolo della liberazione anticipata, e sono così 45 giorni di galera in più.

Si sa, le seghe servono alla fuga. Perché permettono di tagliare le sbarre alla finestra della cella. Oppure perché permettono – per un breve fazzoletto di tempo – di immaginarsi altrove, con la persona desiderata. Servono per evadere, le seghe. Ecco perché sono vietate in carcere.

3. Come bene ha spiegato nella sua relazione Sarah Grieco, illustrando le norme pertinenti dell'ordinamento penitenziario, dietro le sbarre non sono possibili incontri riservati, anche a carattere sessuale, perché i corpi carcerati sono inesorabilmente esposti allo sguardo altrui. È uno sguardo che li accompagna sempre e ovunque, anche nelle azioni fisiologicamente più intime. È uno sguardo che non conosce pause, intermittenza, eclissi. L'incapacità del detenuto di sot-



Buster Keaton nel film “Il carcerato n. 13”, cortometraggio del 1920

trarsi a questo controllo molto ci racconta della proibizione sessuale inframuraria. Un corpo perennemente guardato, infatti, non appartiene più soltanto a chi lo abita. Fatto oggetto di continua e forzata esibizione, vive il paradosso di essere un corpo sempre “nudo” pur non potendo mai essere realmente nudo. E poiché «l'erotizzazione del corpo necessita la sua velatura» (M. Recalcati, *I tabù del mondo*, Einaudi, 2017, 94), la vita sessuale che occasionalmente e clandestinamente si consuma dietro le sbarre non può che ricalcare le forme della pornografia: «qui dentro l'amore è un atto osceno», testimonia – non a caso – il detenuto intervistato (G. Bolino-A. De Deo, *Il sesso nelle carceri italiane*, Feltrinelli, 1970, 25).

Non vorrei essere frainteso. Le modalità del sesso immaginato e solita-

Qui la registrazione audio-
video dei lavori seminariali



rio come pure «la fraternità dell'amore omosessuale» in carcere, sdrammatizzato e difeso da Pier Paolo Pasolini in alcune pagine dei suoi *Scritti corsari* (Garzanti, 2008 [I ed. 1975], 197 ss.), rientrano certamente tra le espressioni legittime della propria sessualità. Ma ad una condizione imprescindibile: che siano il frutto di una libera scelta. Se frutto, invece, di un consenso rassegnato alla situazione detentiva, il ricorso a pratiche masturbatorie o a rapporti omosessuali assume tutt'altro significato: quello di un avvilito del detenuto e del degrado della sua dignità personale. Perché un conto è cantare – come fa uno sconosciuto e abbandonato Tiziano Ferro - «*bo levigato la tua assenza/solo con le mie braccia*». Un conto è ironizzare – come fa Woody Allen in *Manhattan* – sull'onanismo come «*uno dei*

miei bobby preferiti». Altro è doverlo dire (e doverlo fare) perché costretti dall'assenza di alternative.

4. In mancanza di una disciplina specifica in materia, non è solo la vita dietro le sbarre a testimoniare la castrazione del corpo del recluso. Infatti, l'anomia della legge n. 354 del 1975 sul diritto alla sessualità intramuraria è, in realtà, solo apparente. Nella concretezza della sua applicazione, cela un operante dispositivo proibizionista che non lo ignora semplicemente, né lo nega soltanto. Proibendolo, lo reprime.

Si spiega così il parere negativo espresso dal Consiglio di Stato sulla norma del regolamento penitenziario del 2000 (sostitutivo di quello fascista del 1931) che introduceva la possibilità di visite fino a 24 ore consecutive in apposite unità abitative interne al carcere, sorvegliate

all'esterno dagli agenti, legittimati a controllarne l'interno solo in casi di comprovata emergenza. La previsione (allora sponsorizzata dal sottosegretario alla giustizia Franco Corleone e dal capo del DAP Alessandro Margara) venne stralciata perché considerata *contra legem*.

Si spiega così perché, dal 1975 ad oggi, *mai* l'amministrazione penitenziaria o la magistratura di sorveglianza ha autorizzato un detenuto di un qualsiasi istituto di pena ad avere relazioni sessuali con il proprio *partner*. Ciò in ragione di un orientamento giurisprudenziale che riduce la castrazione del suo diritto alla sessualità in un mero pregiudizio *di fatto*, consequenziale allo stato di reclusione, come tale giuridicamente non apprezzabile, quindi trascurabile.

La stessa apparente eccezione alla regola - i permessi premio - conferma che solo in occasione di eventuali parentesi extra penitenziarie può esercitarsi il diritto alla sessualità del detenuto, non anche dietro le sbarre. E solo dopo molti anni di detenzione e per un numero limitato di volte, come «una caramella da assaggiare per quarantacinque giorni all'anno (al massimo)» (N. Valentino, op. cit., 47). Un'eccezione, quella dei permessi premio, che piega ingiustificatamente la possibilità di esercitare la propria sessualità all'interno di una logica premiale: come se l'esercizio di un diritto fondamentale della persona dovesse essere meritato, spettando solo ai «buoni», non anche ai «cattivi». L'operatività di un dispositivo proibizionista intramurario, infine, trova la propria sineddoche normativa (la parte per il tutto) nel formalismo legale dei matrimoni *bianchi* in carcere (art. 44, legge n. 354 del 1975), celebrati ma non consumati. Per la Cassazione - secondo un ragionamento che si avvita su sé stesso - essi non giustificano la concessione di un breve permesso premio, nep-



CONTINUA DA PAG. 33

pure di necessità, poiché tra gli eventi di particolare gravità che ne sono il presupposto normativo «non può rientrare il diritto ad avere rapporti sessuali, che per sua natura, non ha alcun carattere di eccezionalità» (sez. I pen., 26 novembre 2008, n. 48165). Vale per tutte le persone, è vero, purché non detenute.

5. L'operatività di questo dispositivo proibizionista pone un serio problema di legalità costituzionale. Lo ha riconosciuto la Consulta quando, dieci anni fa, fu investita della *questio legitimitatis* relativa all'art. 18 dell'ordinamento penitenziario.

Nel suo dispositivo, la sent. n. 301/2012 dichiarava l'eccezione d'incostituzionalità inammissibile, per ragioni processuali dovuti alla zoppicante formulazione dell'atto di promovimento del Tribunale di sorveglianza di Firenze.

Nella sua motivazione, però, la Corte costituzionale prendeva posizione sul tema. Riconoscendo che il diritto alla sessualità inframuraria è compatibile con lo stato di reclusione, perché va annoverato tra quei residui di libertà personale di cui il detenuto conserva titolarità. Certificando l'insufficienza dei permessi-premio a rimedio del problema, perché larga parte della popolazione carceraria - *de jure* o *de facto* - non può beneficiarne. Considerando il superamento della persistente anomia come doverosa e tracciandone le linee-guida.

Il conseguente monito a intervenire, rivolto al legislatore, suonava inequivoco e perentorio: è «una esigenza reale e fortemente avvertita [...] 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 rispo-

sta solo parziale. [...] Si tratta di un problema che merita ogni attenzione da parte del legislatore, anche alla luce delle indicazioni provenienti dagli atti sovranazionali [...] e dall'esperienza comparatistica che vede un numero sempre crescente di Stati riconoscere, in varie forme e con diversi limiti, il diritto dei detenuti ad una vita affettiva e sessuale intramuraria».

Colpito da sospetta ipoacusia, il legislatore ha finto di non sentire. Ancora oggi l'ordinamento penitenziario, che nulla dice circa il diritto alla sessualità inframuraria del detenuto (anomia), opera concretamente come se ne prevedesse il divieto (diritto vivente).

6. La buona notizia è che, attualmente, pende davanti alla Corte costituzionale una nuova *questio* riguardante l'art. 18 ord. penit., «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».

A sollevarla è il Magistrato di sorveglianza di Spoleto (ord. n. 5 del 2023, in G.U., I serie speciale, n. 6 dell'8 febbraio 2023), sulla scia di riflessioni presenti da tempo in dottrina e delle quali si ode Peco (cfr. A Pugiotta, *Della castrazione di un diritto. La negazione della sessualità in carcere come problema di legalità costituzionale*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2019, fasc. 2-bis). L'udienza pubblica per la sua discussione è iscritta a ruolo per il prossimo 5 dicembre.

Preliminarmente, il giudice a quo ricava, dal quadro normativo attuale, «un vero e proprio divieto» di esercitare l'affettività-sessualità con

il proprio partner in contesto penitenziario. Ciò perché la vigilanza in presenza o tramite videosorveglianza è permanente sui colloqui carcerari, svolti peraltro in ambienti in cui è contemporanea la presenza di adulti e bambini. In contesti simili, oltre che inibiti, «i rapporti intimi anche di tipo sessuale» configurano addirittura ipotesi di reato perseguibili.

Questa situazione normativa solleva plurimi dubbi di legittimità per violazione di molteplici parametri costituzionali. Secondo il giudice remittente (a ciò sollecitato sia dalla parte privata che dal pubblico ministero) il catalogo è il seguente.

Violato è l'art. 2 Cost., che garantisce i diritti inviolabili della persona sia come singolo che nelle formazioni sociali intermedie: tale è la libera espressione dell'affettività, anche all'interno del carcere in cui si svolge la personalità del detenuto.

Violato è l'art. 13, 1° comma, Cost., che garantisce la libertà personale: la forzata astinenza sessuale, infatti, ne determina una compressione non sempre giustificata da ragioni di sicurezza, traducendosi in un *surplus* di sofferenza oltre a quella conseguente alla legittima detenzione.

Violato è l'art. 13, 4° comma, Cost., che vieta ogni violenza fisica e morale sul detenuto: «una amputazione così radicale di un elemento costitutivo della personalità, quale la dimensione sessuale dell'affettività» trasmoda, invece, in una vessazione «umiliante e degradante» non solo per il recluso, ma anche per il suo partner.

Violato è l'art. 27, 3° comma, Cost., che esige pene improntate a umanità e finalizzate alla rieducazione: invece, l'inumana privazione dell'intimità sessuale fa regredire il detenuto a una «dimensione infantilizzante» e produce «conseguenze desocializzanti».

Violati in solido sono gli artt. 29, 30 e 31 Cost., posti a tutela delle relazioni familiari: il divieto della sessualità intramuraria «dogora i rapporti di coppia», pregiudica la

Secondo la Corte
Costituzionale
il diritto alla sessualità
inframuraria
è compatibile con lo
stato di reclusione,
perché va annoverato
tra i residui di libertà
personale

«possibilità di accedere alla genitorialità» ove desiderata, mina «il diritto dei figli alla serenità» familiare.

Violato è l'art. 32 Cost., che assicura il diritto alla salute: prevedibili, infatti, sono le negative conseguenze psico-fisiche su un adulto costretto a una prolungata e coatta astinenza sessuale.

Violato è l'art. 117, 1° comma, che impone il rispetto degli obblighi internazionali pattizi: la preclusione di relazioni sessuali in carcere, infatti, contraddice il divieto di trattamenti inumani e degradanti (art. 3 CEDU) e il diritto al rispetto della propria vita privata e familiare (art. 8 CEDU).

Volendo rintracciarlo, il denominatore comune in tutte queste criticità costituzionali è nella lesione del principio supremo di dignità personale del detenuto. Il diritto all'affettività, infatti, è stato inquadrato dalla Consulta tra le libertà costituzionalmente garantite (sent. n. 561/1987). Una volta riconosciuto al diritto alla vita sessuale (che del diritto all'affettività è componente essenziale) valore costitutivo della dignità umana, certamente non lo si può negare a una persona in ragione della sua condizione di cattività, che – come attestano l'esperienza comparata e le fonti di *soft-law* transnazionali - non è necessariamente incompatibile con l'esercizio di quel diritto.

7.1. Ci sono ragionevoli motivi per aspettarsi un esito diverso da quello che dieci anni fa ebbe l'analoga *quaestio* decisa con la già citata sent. n. 301/2022?

Il Governo, costituitosi tramite l'Avvocatura dello Stato, scommette sulla conferma di quel precedente. Nel suo atto d'intervento, infatti, chiede che la questione sia dichiarata inammissibile perché, in assenza di una soluzione costituzionalmente obbligata, «la materia regolata dalla norma censurata è riservata alla discrezionalità del legislatore».

L'argomento della *political question* preclusa alla Corte costituzionale (ex art. 28, legge n. 87 del 1953) è il classico calcio del pallone in tribuna. È

un argomento che ignora le novità ordinamentali intervenute da quel precedente ad oggi e che il Magistrato di sorveglianza di Spoleto, molto opportunamente, allinea nel suo atto di promovimento.

7.2. La prima novità, rispetto alla *quaestio* decisa nel 2012, è il mancato seguito legislativo al monito della sent. n. 301. Il giudice *a quo* parla di «protratta inerzia del legislatore sul tema» ma, in realtà, quel decennale silenzio esprime qualcosa di più: un vero e proprio rifiuto di modificare un diritto vivente che – come abbiamo visto – nega l'esercizio di un diritto fondamentale.

La prova regina è nella mancata attuazione della delega legislativa di riforma dell'ordinamento penitenziario (legge n. 103 del 2017) che prevedeva espressamente – tra i suoi principi - «il riconoscimento del diritto all'affettività delle persone detenute e internate e la disciplina delle condizioni generali per il suo esercizio» (art. 1, 85° comma): benché introdotta nello schema di decreto delegato (elaborato dal governo Gentiloni), alla fine quella disciplina è stata scorporata dal testo dei decreti legislativi nn. 123 e 124 del 2018 (approvati dal governo Conte I).

Ciò, a rigore, dovrebbe precludere alla Consulta la possibilità di ricorrere alla tecnica della dichiarazione d'incostituzionalità prima prospettata e poi, inerte il legislatore, formalmente dichiarata. È la c.d. incostituzionalità *differita*, tecnica introdotta con il noto caso Cappato-DJ Fabo (ord. n. 307/2018 e sent. n. 242/2019) e che la Corte ha già adoperato in ambito penitenziario affrontando l'istituto dell'ergastolo ostativo (ordd. nn. 97/2021, 122/2022, 227/2022).

Mi (e vi) domando: che senso

avrebbe un nuovo monito a dieci anni dal primo e deliberatamente disatteso? Sarebbe come ammettere – da parte dei giudici costituzionali – che i loro sono *penultimatum*, ai quali i primi a non credere sono loro stessi, figurarsi il legislatore.

7.3. Di più. Il giudice remittente fa leva su una novità normativa introdotta nell'ordinamento penitenziario minorile (art. 19, decreto legislativo n. 121 del 2018) che ora prevede espressamente la possibilità per il

recluso di usufruire di visite prolungate (in numero di 4 al mese), di durata congrua (da 4 a 6 ore), da svolgersi in unità abitative appositamente attrezzate all'interno degli istituti, pensate per riprodurvi in ambiente domestico. Compete al direttore dell'istituto verificare la

sussistenza del legame affettivo e la inesistenza di eventuali divieti giudiziari alla visita richiesta.

Questa novità normativa ha un duplice rilievo, per la *quaestio* che la Corte sarà chiamata a decidere nell'udienza del 5 dicembre prossimo.

Ecco il primo rilievo. L'assenza di analogia previsione – idonea a consentire l'intimità degli incontri - in riferimento ai detenuti adulti configura un'evidente irragionevolezza normativa, con conseguente violazione dell'art. 3, 1° comma, Cost. Si irrobustisce così la fondatezza della *quaestio* pendente a Palazzo della Consulta.

Ecco l'altro rilievo. Secondo un recente (ma già consolidato) orientamento della giurisprudenza costituzionale, è possibile dichiarare ammissibile e accogliere una *quaestio legitimitatis* laddove sia rinvenibile nell'ordinamento una «soluzione costituzionalmente adeguata, benché non obbligata» (sent. n. 40/2019),

Il prossimo
5 dicembre la Corte
sarà chiamata
a decidere se dovrà
essere applicato
o meno il diritto
costituzionale
della sessualità
in carcere



CONTINUA DA PAG. 35

che la Corte potrà utilizzare per risolvere nel merito il dubbio posto dal giudice *a quo*. È una nuova tecnica manipolativa, a rime *possibili*, nata nell'ambito del sindacato di costituzionalità della misura delle pene, ma che la Consulta ha già esteso anche ad altri ambiti ordinali (cfr. sent. n. 62/2022, in tema di riequilibrio della rappresentanza di genere). Dunque, generalizzabile.

Ebbene, l'art. 19 dell'ordinamento penitenziario minorile può rappresentare proprio quel gancio normativo necessario alla Corte costituzionale per pronunciare la sentenza additiva richiesta dal Magistrato di sorveglianza di Spoleto.

7.4. Nell'ipotesi di un accoglimento della sua *questio*, non si può escludere anche un'ulteriore variante: la cd. sentenza additiva di *principio*, con la quale la Consulta dichiara l'illegittimità dell'assenza di una disciplina idonea ad assicurare l'effettività di un diritto costituzionalmente riconosciuto. In prospettiva, tale giudicato costituzionale vincola il legislatore ad introdurlo e a disciplinarlo, nell'esercizio delle sue competenze. Nel frattempo, immette nell'ordinamento un principio cui fare già riferimento in sede applicativa, per porre rimedio all'illegittima omissione.

La garanzia interinale del diritto alla sessualità inframuraria così riconosciuto potrebbe forse avvenire per opera del giudice di sorveglianza, facendo leva sul nuovo art. 18, 2° comma, ord. penit. (introdotto dal già citato decreto legislativo n. 123 del 2018), laddove prevede che «i locali destinati ai colloqui con i familiari favoriscono, ove possibile, una dimensione riservata del colloquio e sono collocati preferibilmente in prossimità dell'ingresso dell'istituto».

Quella garanzia interinale potrà certamente essere pretesa dall'amministrazione penitenziaria e dal Governo, se necessario insistendo con dieci, cento, mille mirati ricorsi giurisdizionali ex art. 35-bis, ord. penit., con ampie chances di suc-



Foto di Irene Ciafardone

cesso: il principio introdotto dal giudicato costituzionale, infatti, rappresenta il gancio normativo sufficiente a consentire di provvedere – tramite circolare o per via regolamentare – alla definizione di modi e limiti del diritto alla sessualità inframuraria.

8. In un modo o nell'altro, dunque, il diritto alla sessualità dietro le sbarre s'impone costituzionalmente. Eppure, vista l'aria che tira, una battaglia di scopo per il riconoscimento del diritto alla sessualità inframuraria parrebbe esulare non solo dal probabile e dal possibile ma anche dall'improbabile, per sfiorare il regno dell'impossibile.

A opporvi resistenza sono, infatti, i cavalli di frisia del pensiero corrente, con il suo mantra secondo cui *dentro* si deve stare peggio che *fuori*:

altrimenti, che galera sarebbe? Hanno già la televisione: che cosa pretendono ancora? Il coito a cura dello Stato? Le celle a luci rosse? La monta legalizzata in sezioni-postribolo con annesso reparto profilattico?

Sono, questi, argomenti largamente diffusi e di facilissimo consenso: prima e dopo l'udienza del 5 dicembre li ascolteremo e li leggeremo fino alla nausea. Non possono, però, essere la risposta di uno Stato di diritto, dove la pena dovuta è la giusta pena, e la pena è giusta solo se e quando non è contraria alla Costituzione.

***Ordinario di Diritto costituzionale nell'Università di Ferrara**