

— Sessualità ed esercizio del potere amministrativo: un'occasione mancata?

Sexuality and the practice of the administrative power: a missed opportunity?

di Domenico Gaspare Carbonari

Abstract. Il regime detentivo, in particolare quello di cui all'art. 41 bis L. n. 354/1975, si scontra oggi con la prorompente (ri-)affermazione della sfera individuale e dei diritti di coloro che sono ristretti. Quello dell'esecuzione della pena in conformità alle esigenze elementari della persona umana è un passaggio fondamentale in cui si misura il grado di tensione dell'ordinamento giuridico verso i valori costituzionali e sovranazionali cui lo stesso aderisce. Ed infatti, la centralità della persona del detenuto nel percorso rieducativo non assolve solo ad esigenze di prevenzione speciale, ma soddisfa anche l'interesse generale ad un graduale reinserimento del detenuto nella comunità di riferimento, così valorizzando anche le potenzialità del trattamento. Ciò emerge, in modo evidente, quando si discute della relazione tra la tutela, anche minima, dei diritti fondamentali dei soggetti sottoposti al regime detentivo speciale e l'adozione dei provvedimenti limitativi da parte dell'autorità amministrativa competente. Lo studio di questa relazione permette di analizzare il grado di proporzionalità con cui l'autorità statale incide sul godimento e sull'esercizio dei diritti, tra cui quello alla sessualità.

Abstract. The prison regime, in particular that referred to in art. 41 bis L. n. 354/1975, today clashes with the bursting (re) affirmation of the individual sphere and of the rights of those who are restricted. The execution of the judgement in accordance with the basic needs of the human person is a fundamental step in which the degree of tension of the legal system towards the constitutional and supranational values to which it adheres is measured. And in fact, the centrality of the detainee's person in the rehabilitation process not only fulfills special prevention needs, but also satisfies the general interest in a gradual reintegration of the detainee in the community of reference, thus also enhancing the potential of the treatment. This clearly emerges when discussing the relationship between the protection, even minimal, of the fundamental rights of persons subjected to the special prison regime and the adoption of restrictive measures by the competent administrative authority. The study of this relationship allows us to analyze the degree

of proportionality with which the state authority affects the enjoyment and exercise of rights, including that of sexuality.

SOMMARIO: 1. Il diritto alla sessualità del detenuto: quale disciplina? – 2. Il diritto alla sessualità e l'esercizio del potere amministrativo. – 3. Il *decisum* della Corte e le implicazioni giuridiche: l'esercizio del potere amministrativo. – 3.1. Segue: l'accertamento sulla illegittimità della condotta dell'Amministrazione Penitenziaria. – 4. Diritto alla sessualità e rapporto con il regime detentivo speciale (ex art. 41 *bis* o.p.): esiste una soluzione al paradosso?

SUMMARY: 1. The detainee's right to sexuality: what discipline? – 2. The right to sexuality and the practice of the administrative power. – 3. The decision of the Court and the legal implications: the practice of the administrative power. – 3.1. Continues: the assessment of the illegality of the conduct of the Penitentiary Administration. – 4. Right to sexuality and relationship with the special prison regime (pursuant to art. 41 *bis* o.p.): is there a solution to the paradox?

1. Il diritto alla sessualità del detenuto: quale disciplina?

Di recente, la Corte di Cassazione¹ è stata chiamata ad esprimersi sul complesso rapporto intercorrente tra l'esercizio dei diritti fondamentali del detenuto o internato e l'incidenza del potere amministrativo. Invero, su ricorso del Ministero della Giustizia avverso l'ordinanza del Tribunale di Sorveglianza², i giudici di legittimità si sono soffermati sull'esplicazione del diritto alla sessualità del detenuto in regime detentivo speciale e sulle relative modalità di esercizio, nella specie la fruizione di riviste pornografiche, ribadendo i criteri e i limiti della discrezionalità amministrativa e tecnica riconosciuta al Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria (d'ora in poi DAP).

In particolare, pur condividendo il principio di massima sostenuto dal Tribunale di sorveglianza, per il quale il diritto alla sessualità assurge a diritto soggettivo del detenuto o dell'internato, la Corte specifica, tuttavia, che il «tema della sessualità all'interno degli istituti penitenziari, intesa come possibilità accordata alle persone sottoposte a restrizione della libertà personale di continuare ad avere relazioni affettive intime, «evoca una esigenza reale e fortemente avvertita», cui solo il legislatore potrebbe accordare ragionevole realizzazione nel prudente contemperamento dei vari interessi in gioco».³

La questione viene affrontata muovendo dalla distinzione tra diritto soggettivo e le concrete modalità di esercizio del medesimo, quest'ultime suscettibili di essere limitate o negate dall'adozione di misure non irragionevoli o che non inibiscono l'esercizio e il godimento dei diritti fondamentali. La fruizione delle riviste pornografiche esula dalla portata e dall'esercizio del diritto alla sessualità, in quanto considerata dai giudici di legittimità «uno dei mezzi possibili per la sua migliore soddisfazione (del diritto alla sessualità), ma non ne costituisce presupposto ineludibile, sicché non può ragionevolmente affermarsi che, attraverso il pratico disconoscimento di una tale

¹ Cass., Sez. I, 8 giugno 2021, n. 36865. Per leggere il testo della pronuncia, [clicca qui](#).

² Trib. Sorveglianza, ord. 2 ottobre 2020, n. 3430. Per la lettura del testo, [clicca qui](#).

³ Richiama, in tal senso, Corte Cost., sentenza 11 dicembre 2012, n. 301. In dottrina, T. Grieco, *La Corte Costituzionale sul diritto dei detenuti all'affettività ed alla sessualità*, in *Dir. pen. cont.*, 17 gennaio 2013.

eventualità, poggiante sull'assetto e sulle caratteristiche dello speciale regime di detenzione, passi la negazione di un diritto inviolabile della personalità».

Prima di analizzare nel merito la soluzione assunta dalla Corte, è opportuno svolgere qualche considerazione preliminare sulla ontologia e sulla natura del diritto all'affettività e alla sessualità del detenuto. Nella sua accezione ampia, la sessualità «è uno degli essenziali modi di espressione della persona umana», con la conseguenza che «il diritto di disporre 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»⁴.

Invero, il tema dell'affettività e della sessualità in carcere è oggi al centro di un dibattito dottrinale, giurisprudenziale e legislativo⁵. Il diritto all'affettività è espressamente menzionato dalle disposizioni in materie penitenziaria⁶, incontrando, tuttavia, limitazioni dettate dalla necessità di garantire la sicurezza e l'ordine pubblico intramurario ed esterno: l'art. 18 o.p., infatti, pur statuendo che i colloqui con i familiari avvengono in locali destinati e organizzati in una dimensione riservata, impone il controllo a vista e non auditivo del personale di custodia (c.d. principio della sorveglianza continua). La dottrina ritiene che questa disposizione sia l'espressione tangibile dell'impossibilità di garantire al detenuto o all'internato il soddisfacimento della propria sfera sessuale, posto che, nel bilanciamento degli interessi, la scelta legislativa è protesa a valorizzare il profilo della vigilanza piuttosto che l'affettività e le relazioni umane⁷.

Le conseguenze negative di questo impianto normativo, che segnano la negazione del diritto alla sessualità, si riverberano sul profilo della rieducazione e della risocializzazione del detenuto o dell'internato, oltre che in materia di diritto alla salute⁸. Ponendo attenzione al profilo rieducativo, ex art. 27, comma 3, Cost., non può trascurarsi l'impatto positivo che potrebbe derivare dalla predisposizione di apposite regole e spazi

⁴ Si esprime così Corte Cost., 10 dicembre 1987, n. 561. Nello stesso senso, anche Corte Cost., 8 febbraio 1999, n. 26, nella quale i giudici scrivono che «alla luce del dettato costituzionale, la possibilità per la persona detenuta di mantenere relazioni affettive, comprese quelle a carattere sessuale, assurge a vera e propria posizione soggettiva costituzionalmente riconosciuta che, pur sottoposta ai limiti inerenti alla restrizione della libertà personale, non è affatto annullata da tale condizione».

⁵ Sul tema, per una rassegna delle diverse tappe evolutive del dibattito, M. Brucale, *Carcere e sessualità negata. Repressione è rieducazione?* in *Percorsi penali – rivista trimestrale*, anno II, n. 2 aprile 2021, in *Filodiritto*.

⁶ Può richiamarsi, ad esempio, l'art. 1, comma 6, o.p., per il quale il recupero sociale necessita invece di una partecipazione attiva dei soggetti, che deve essere facilitata e promossa attraverso l'utilizzo di una serie di stimoli culturali, umani e affettivi; l'art. 15 o.p., nella parte in cui statuisce che il trattamento del detenuto è fondato anche sull'agevolazione dei rapporti con i familiari; l'art. 13 o.p., che prevede che il trattamento tiene conto dei particolari bisogni della personalità di ciascun soggetto.

⁷ A. Pugiotto, *Della castrazione di un diritto la proibizione della sessualità in carcere come problema di legalità costituzionale, Affettività e carcere: un binomio (im)possibile?*, in *Giurisprudenza penale web*, 2019, 2-bis, per il quale l'art. 18, comma 2, o.p., costituirebbe «l'architrave dell'operante dispositivo proibizionista della sessualità inframuraria», espressione del «principio di sorveglianza continua sul detenuto, declinato nella regola inderogabile del suo controllo visivo, sia durante i colloqui sia durante le visite familiari». Pur non disconoscendone la portata, l'autore ritiene che tale principio produca un effetto inibitorio. Sulla stessa linea, M. Brucale, *Carcere e sessualità negata. Repressione è rieducazione?*, cit., scrive che «la sessualità è negata. Il desiderio, la spinta naturale, l'istinto sono negati, spezzati, repressi, per l'intera durata della pena». Nello stesso senso, l'ordinanza del Magistrato di sorveglianza di Firenze del 27 aprile 2012. Non a caso, infatti, il disegno di legge all'attenzione delle Camere prende le mosse dalla riforma dell'art. 18 o.p.

⁸ Ampiamente, F. Ceraudo, *La sessualità in carcere: aspetti psicologici, comportamentali ed ambientali*, in *Ristretti orizzonti*, 10 maggio 2012.

adibiti ai ricongiungimenti relazionali e familiari, in perfetta aderenza a quanto la normativa penitenziaria prescrive. Si prende atto, tuttavia, di un *vulnus* giuridico, che rende più difficili le condizioni di vita del detenuto o dell'internato, il quale, in un clima di costante privazione personale, avverte una esigenza forte e reale esigenza di mantenere le relazioni affettive intime, tra cui quelle a carattere sessuale, con evidenti ripercussioni sul trattamento individuale.

La consapevolezza di tale vuoto normativo, ha motivato parte della dottrina e della giurisprudenza di merito a considerare non più idoneo l'istituto dei permessi premio, ex art. 30 *ter* o.p.; beneficio ritenuto parzialmente coerente con le suddette esigenze, in quanto concesso solo a favore di una parte della popolazione carceraria⁹. Da qui, la necessità di un intervento del legislatore che, sollecitato anche dalla Consulta¹⁰ operi il bilanciamento tra i bisogni di intimità e le garanzie di sicurezza ed ordine pubblico perseguite dall'ordinamento, predisponendo le regole di operatività, individuando i relativi destinatari e i presupposti comportamentali per la concessione delle visite intime, il loro numero e la loro durata¹¹.

Se, da un lato, manca uno strumento idoneo allo scopo, dall'altro, sulla scia di una visione comparatistica¹², si diffondono iniziative tese a predisporre un sistema di regole e di organizzazione, che trovano un forte seguito nel disegno di legge A.S. 1876 presentato nel 2020¹³ al Parlamento, recante disposizioni in materia di tutela delle relazioni affettive intime delle persone detenute. L'intento di riforma muoverebbe dalla opportunità, rilevata a seguito degli Stati Generali sull'Esecuzione Penale, di operare la distinzione tra l'attuale istituto del colloquio e quello della visita: infatti, è stata auspicata¹⁴ a modifica dell'art. 18 o.p. nel senso di consentire visite o incontri senza controllo visivo e auditivo, in locali idonei a consentire relazioni intime e nel pieno della riservatezza dell'incontro.

In questo contesto variegato, si innesta anche la giurisprudenza della Corte EDU, la quale, pur aderendo con favore alle iniziative assunte da alcuni degli Stati membri della

⁹ In tal senso, anche Corte Cost., 11 dicembre 2012, n. 301, nella quale è stato sostenuto che l'esigenza di cui si tratta trova una «risposta solo parziale nell'istituto dei permessi premio, la cui fruizione – stanti i relativi presupposti, soggettivi ed oggettivi – resta in fatto preclusa a larga parte della popolazione carceraria».

¹⁰ Corte Cost., 11 dicembre 2012, n. 301.

¹¹ Si inseriscono in questo percorso anche una serie di atti di matrice sovranazionale: Raccomandazione n. 1340 (1997) del Consiglio d'Europa sugli effetti sociali e familiari della detenzione; la Raccomandazione R. (2006) sulle regole penitenziarie europee; la Raccomandazione del Parlamento europeo del marzo 2009, sui diritti dei detenuti dell'UE; la Raccomandazione Rec (2006)2-rev dell'1 luglio 2020, così come aggiornata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa.

¹² Sul tema, 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*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2019, 2-bis. Il tema della sessualità nelle carceri è affrontato dalla legislazione di molteplici Paesi europei e non, con soluzioni differenziate. Si passa dal mero prolungamento della durata del colloquio, alla predisposizione di spazi adibiti agli incontri intimi. Nella regione europea, quarantasette Stati hanno predisposto una disciplina specifica, tra questi: Russia, Francia, Svizzera, Finlandia, Norvegia, Austria, Germania, Svezia, Spagna, Croazia e Albania. Anche paesi extraeuropei si sono adeguati all'evoluzione, tra questi Canada, Israele, India e Messico.

¹³ Per la lettura del testo, [clicca qui](#).

¹⁴ Allegato 6 alla Relazione Ministeriale del 12 febbraio 2016, redatto dal Tavolo 6 istituito in seno agli Stati Generali dell'Esecuzione penale e avente per missione la trattazione dei «problemi connessi al riconoscimento e all'esercizio del diritto all'affettività del detenuto, all'esercizio del proprio ruolo genitoriale, al mantenimento di relazioni positive con il proprio mondo affettivo». V. la pagina dedicata agli Stati Generali dell'Esecuzione penale nel sito www.giustizia.it, sezione archivio 2015-2016.

CEDU, esclude che esista un obbligo positivo in capo agli Stati Parte di riconoscere un diritto alla sessualità intramuraria discendente dagli artt. 8 e 12¹⁵. Conclusione, questa, ribadita di recente dalla stessa Corte EDU nel sostenere che le eventuali limitazioni del diritto alla affettività e alla sessualità sono rimesse alla individuazione del legislatore e all'intervento della giurisdizione¹⁶.

Va osservato, tuttavia, che la limitata posizione di favore espressa dalla Corte EDU non è indifferente alle esigenze della popolazione carceraria, in quanto in diverse occasioni ha specificato che, «se è vero che una certa discrezionalità è riconosciuta alle autorità statali quando sono chiamate a decidere sulla questione delle visite familiari, è altrettanto vero però che tali autorità hanno il dovere di assistere i detenuti nella creazione e mantenimento dei legami extra-murari, offrendo in questo modo i mezzi per il reinserimento sociale degli stessi. Ai fini dell'adempimento di tale dovere, occorre che, sul piano interno, le autorità statali forniscano ai detenuti e, se del caso, ai membri delle loro famiglie, una realistica opportunità di esercitare in maniera effettiva il diritto alle visite familiari»¹⁷.

2. Il diritto alla sessualità e l'esercizio del potere amministrativo.

La Corte di Cassazione, nella sentenza n. 36865/2021¹⁸, si sofferma sulla relazione intercorrente tra l'esercizio della potestà amministrativa autoritativa e l'esercizio dei diritti fondamentali, e in particolare sull'impatto e sulle refluenze prodotte da un provvedimento, quello emanato dal DAP, ritenuto limitativo della sfera individuale del detenuto. Si è ritenuto, in particolare, che il diritto alla sessualità, pur essendo una delle manifestazioni dell'ampio *genus* del diritto alla salute, non potesse essere primariamente soddisfatto dalla fruizione di riviste pornografiche da parte del detenuto, in considerazione della natura meramente materiale (e non sostanziale) di tale attività.

A fondamento di tale assunto, i giudici di legittimità hanno addotto la funzione, la complessità e la specificità del regime detentivo speciale, le cui connotazioni indurrebbero l'Amministrazione a non avallare richieste di acquisizioni esterne di riviste o giornali pornografici. L'esigenza di tutela dell'ordine pubblico esterno, oltre che intramurario, sembrerebbe giustificare la limitazione posta ad alcune modalità di esercizio dei diritti fondamentali, se non addirittura al godimento dei diritti stessi.

¹⁵ Tra tutte, Corte EDU, 29 aprile 2003, *Aliiev c. Ucraina*, ricorso n. 41220/98: «Rilevando positivamente i percorsi di riforma in diversi Stati europei tesi al miglioramento delle condizioni detentive attraverso l'agevolazione delle visite coniugali [...], attualmente il rifiuto di tali visite potrebbe ritenersi giustificato da ragioni di prevenzione penale». Nella successiva Corte EDU, 4 dicembre 2007, *Dickson contro Regno Unito*, ricorso n. 44362/04, i giudici ribadiscono che, «mentre la Corte ha espresso approvazione per l'evoluzione in favore delle visite coniugali, essa non ha ancora interpretato la Convenzione in senso tale da affermare che richieda agli Stati Parte di provvedere in merito a tali visite. Di conseguenza è questa un'area in cui gli Stati godono di ampia discrezionalità nella determinazione del percorso da seguire per garantire l'applicazione della Convenzione, con particolare riguardo alle necessità e alle risorse delle comunità nazionali».

¹⁶ Corte EDU, 1 luglio 2021, *Lesław Wójcik c. Polonia*, ricorso n. 66424/09. Nello stesso senso, la Commissione EDU, 22 ottobre 1997, E.L.H. e P.B.H. c. Regno Unito (ricorsi n. 32095/96, n. 32568/96). Sul tema, A. Martufi, *Diritti dei detenuti e spazio penitenziario europeo*, Jovene, 2015, p. 106.

¹⁷ Corte EDU, 25 luglio 2013, *Khodorkovskiy e Lebedev c. Russia*, ricorsi n. 11082/06 e 13772/05.

¹⁸ Cass., Sez. I, 8 giugno 2021, n. 36865.

Nella specie, il DAP presentava ricorso per Cassazione avverso l'ordinanza del Tribunale di Sorveglianza di Roma, con la quale veniva accolto il reclamo avanzato da un detenuto sottoposto al regime di cui all'art. 41 *bis*, comma 2, o.p. Il giudice di merito, premessa la proporzionalità e l'adeguatezza da osservare nell'imposizione delle limitazioni, riteneva la richiesta di abbonamento ad una rivista pornografica ammissibile e coerente con l'esercizio del diritto alla sessualità¹⁹. Osservava, inoltre, che la sottoscrizione dell'abbonamento in questione era conforme alle indicazioni e ai parametri riportati nelle circolari emanate dal DAP²⁰.

Di avviso contrario il DAP, il quale lamentava l'indebita compressione della propria potestà regolamentare, oltre che la violazione di legge. Invero, osservava che la «limitazione delle somme, dei beni e degli oggetti che possono essere ricevuti dall'esterno» è prevista dall'art. 41 *bis*, comma 2 *quater*, o.p., in quanto l'esperienza ha dimostrato che l'ingresso di qualsiasi oggetto potrebbe favorire, anche in via potenziale, la comunicazione e lo scambio di informazione con l'esterno e, quindi, con l'organizzazione criminale di provenienza²¹.

3. Il *decisum* della Corte e le implicazioni giuridiche: l'esercizio del potere amministrativo.

La pronuncia in questione, significativa sotto diversi profili, sembra soffermarsi più sulla valutazione rigorosa della funzione del regime detentivo speciale che sulle conseguenze personali della limitazione. Non può escludersi che la Corte, nell'attribuire rilevanza all'esercizio del potere amministrativo, abbia essa stessa espresso giudizi tipici della discrezionalità tecnica, specie nella parte in cui sostiene che l'autoerotismo è un'accezione in senso lato rispetto tema della sessualità del detenuto²².

Va osservato, inoltre, che il limite che la Corte sembra essersi imposta, consistente nella considerazione delle sole esigenze di ordine e sicurezza pubblica tipiche del regime

¹⁹ Il Tribunale di Sorveglianza ha ritenuto tale richiesta non confliggente con l'art. 18 *ter*, comma 1, o.p., rubricato "limitazioni e controlli della corrispondenza", il quale statuisce che «per esigenze attinenti le indagini o investigative o di prevenzione dei reati, ovvero per ragioni di sicurezza o di ordine dell'istituto, possono essere disposti, nei confronti dei singoli detenuti o internati, per un periodo non superiore a sei mesi, prorogabile per periodi non superiori a tre mesi:

a) limitazioni nella corrispondenza epistolare e telegrafica e nella ricezione della stampa;
b) la sottoposizione della corrispondenza a visto di controllo;
c) il controllo del contenuto delle buste che racchiudono la corrispondenza, senza lettura della medesima».

²⁰ In tal senso, Circolare DAP n. 3676/616 del 2 ottobre 2017.

²¹ L'art. 7 della suddetta circolare, che disciplina l'acquisto di prodotti al cd. sopravvito, consente l'acquisto di generi in vendita nella dispensa del sopravvito indicati nel modello 72, ossia una lista di generi e prodotti distribuiti dalla struttura penitenziaria, vietando l'acquisto di oggetti non espressamente previsti, salvo che circostanze eccezionali non consentano diversamente (previa valutazione della Direzione e sempre che non si tratti di beni di carattere voluttuario e/o tali da manifestare una posizione di potere e supremazia del detenuto/internato).

²² Come si vedrà nel proseguo, al considerando n. 6 la Corte scrive che il tema della sessualità all'interno degli istituti penitenziari attiene ad una questione rimessa alla volontà del legislatore, ritenendo che «l'autoerotismo esula da tale problematica. Anche a volerlo considerare un aspetto della sessualità, nella sua accezione più lata, esso non è impedito dallo stato detentivo. La fruizione di materiale pornografico costituisce uno dei mezzi possibili per la sua migliore soddisfazione, ma non ne costituisce presupposto ineludibile».

detentivo speciale, comporta insufficiente attenzione alla effettiva e concreta portata del diritto alla sessualità²³ in stato detentivo.

Nel pervenire alla suddetta conclusione, viene valorizzata la distinzione tra diritto soggettivo e mere modalità di esercizio dello stesso, al contempo analizzando il rapporto di forza tra l'esercizio dei diritti *in vinculis* e il potere regolamentare del DAP, e tra questo potere e la giurisdizione della magistratura di sorveglianza²⁴. In generale, si afferma la giurisdizione del Tribunale di Sorveglianza solo qualora venga in rilievo la lesione dei diritti soggettivi del detenuto, come tali incisi dall'esercizio arbitrario o illegittimo dei poteri conferiti per legge all'autorità amministrativa²⁵: solo tali contesti sono tutelabili, mediante reclamo, dinanzi alla magistratura di sorveglianza.

Viceversa, premesso che la detenzione implica, di per sé, la limitazione dei diritti fondamentali, la pubblica amministrazione è titolare di un potere regolamentare autonomo, la cui esplicazione è legittima solo ove le misure limitative adottate siano informate a canoni di proporzionalità e ragionevolezza²⁶. In tal caso, l'intervento della magistratura di sorveglianza assume i caratteri della violazione delle norme sulla competenza della pubblica amministrazione: è evidente che non ogni limitazione è giustiziabile in sede di reclamo²⁷, posto che la limitazione di determinate modalità di esercizio del diritto sono «inevitabilmente assoggettate a regolamentazione» e, come tali, «affidate alle scelte discrezionali dell'Amministrazione penitenziaria, in funzione delle esigenze di ordine e di disciplina interne» e, ritenute, quindi, insindacabili dall'autorità giudiziaria ove conformi ai suddetti canoni.

Ancora, la distinzione tra diritto soggettivo e mere modalità di esercizio rileva in relazione alla struttura del giudizio, il quale è articolato in un duplice accertamento: da un lato, il giudice accerta la ricorrenza di una posizione giuridica soggettiva non comprimibile

²³ Il tema delle relazioni affettive intime all'interno delle strutture penitenziarie è stato analizzato da Corte Cost., sentenza 11 dicembre 2012, n. 301.

²⁴ *Ex multis*, Cass., Sez. I, 7 luglio 2020, n. 23533.

²⁵ La Corte scrive di un esercizio del potere amministrativo che provochi «al detenuto o all'internato un attuale e grave pregiudizio». In tal senso, Cass, SS.UU., 26 febbraio 2003, n. 25079 e, di recente, Cass., Sez. I, n. 10348/2021. Conformi, inoltre, alcune pronunce della Corte Costituzionale (Corte Cost., 19 giugno 1997, n. 212, e Corte Cost., 8 febbraio 1999, n. 26, e della giurisprudenza amministrativa (*ex multis*, TAR Piemonte, 7 ottobre 2019, n. 577; TAR Umbria, 17 febbraio 2020, n. 80).

²⁶ L'art. 41 *bis*, comma 2, o.p., infatti, prescrive che le misure ivi previste siano «necessarie per il soddisfacimento delle predette esigenze [di ordine pubblico e sicurezza] e per impedire i collegamenti con l'associazione».

²⁷ La Corte, nel richiamare Cass., Sez. I, 4 dicembre 2020, n. 4030, scrive che si tratta di «misure e provvedimenti che, ove adottati nel rispetto dei fondamentali canoni di ragionevolezza e proporzionalità, incidono legittimamente sulla posizione soggettiva del ristretto, andando ad integrarne l'ambito di autorizzata e lecita compressione».

in stato di detenzione²⁸; dall'altro, si accerta la sussistenza di una condotta illegittima ed imputabile alla pubblica amministrazione²⁹.

Si anticipa che la Corte di legittimità, nell'eseguire il primo accertamento, ha rigettato le conclusioni del giudice di merito in ordine alla portata del diritto alla sessualità, declinato nella fruizione di riviste pornografiche. Quest'ultima modalità è stata ritenuta idonea solo a soddisfare pulsioni di autoerotismo, il quale, tuttavia, assurge solo ad «uno dei mezzi possibili per la sua migliore soddisfazione (cfr., diritto alla sessualità), ma non ne costituisce presupposto ineludibile, sicché non può ragionevolmente affermarsi che, il pratico disconoscimento di una tale eventualità, poggiante sull'assetto e sulle caratteristiche dello speciale regime di detenzione, passi la negazione di un diritto inviolabile della personalità».

3.1. Segue: l'accertamento sulla illegittimità della condotta dell'Amministrazione Penitenziaria.

Preliminarmente all'accertamento della presunta illegittimità della condotta del DAP, la Corte si sofferma sulla ratio e sulla natura dei poteri riconosciuti, per legge, alla suddetta struttura dipartimentale. Si tratta di un'annosa questione oggetto del dibattito sorto intorno alla problematica della giurisdizione in materia di lesione dei diritti dei detenuti, oggi attribuita alla magistratura di sorveglianza dalla legge sull'ordinamento penitenziario³⁰.

Una delle ragioni del rigetto della richiesta di abbonamento ad una rivista pornografica andrebbe rinvenuta, secondo la Corte, nell'esercizio dei poteri che la legge riconosce al Ministro della Giustizia³¹ e al DAP nell'ambito del regime di detenzione

²⁸ Si tratta di un accertamento che tiene conto della natura della posizione giuridica soggettiva attivata, in considerazione anche della circostanza per cui «è principio di civiltà giuridica che al condannato sia riconosciuta la titolarità di situazioni soggettive attive, e garantita quella parte di personalità umana, che la pena non intacca. Tale principio è accolto nel nostro ordinamento: nell'art. 27, comma terzo, Cost.». Ed infatti, «chi si trova in stato di detenzione, pur privato della maggior parte della sua libertà, ne conserva sempre un residuo che è tanto più prezioso in quanto costituisce l'ultimo ambito nel quale può espandersi la sua personalità individuale» (Corte Cost., n. 349/1993). Conformi anche Corte Cost, 20 febbraio 2019, n. 99 e Corte Cost. 25 luglio 1979, n. 114, oltre che Corte Cost., 6 novembre 1991, n. 414.

²⁹ Questa conclusione è stata avallata anche di recente dalla giurisprudenza di legittimità, la quale, nella sentenza n. 23553/2020, ha sostenuto che l'accertamento di una condotta illegittima della p.a. deve basarsi su elementi di lampante evidenza, tal da ritenere che «la carenza delle condizioni di legge deve essere rilevabile *ictu oculi*, non deve comportare valutazioni discrezionali, né valutazioni negative fondate su argomentazioni complesse o rese opinabili da possibili differenti ricostruzioni della situazione di fatto posta a base della richiesta».

³⁰ Il legislatore è intervenuto con il D.L. n. 146/2013, introducendo nella legge sull'ordinamento penitenziario gli artt. 35 *bis* e 69, i quali, rispettivamente, disciplinano il procedimento per reclamo e il giudizio di ottemperanza. La magistratura di sorveglianza, invero, è stata individuata quale «unico giudice specializzato per la gestione delle posizioni giuridiche soggettive dei detenuti in contesto di detenzione, proprio per la specifica funzione di detta magistratura e la particolare e bilanciata valutazione che le eventuali problematiche richiedono in ottica di gestione della pena». In tal senso, la giurisprudenza costituzionale (Corte Cost., 19 giugno 1997, n. 212 e Corte Cost., 8 febbraio 1999, n. 26) e la giurisprudenza amministrativa (*ex multis*, TAR Piemonte, 7 ottobre 2019, n. 577; TAR Umbria, 17 febbraio 2020, n. 80).

³¹ Per espressa previsione normativa (art. 41 *bis*, comma 2, o.p.), il Ministro della Giustizia, in presenza di delitti di cui all'art. 4 bis o di un delitto che sia stato commesso avvalendosi delle condizioni o al fine di agevolare l'associazione di tipo mafioso, e ricorrendo elementi che facciano ritenere il collegamento con un'associazione criminale, terroristica o eversiva, ha la facoltà di sospendere l'applicazione delle regole di trattamento.

speciale. Tra questi poteri, il comma 2 dell'art. 41 *bis* o.p. annovera anche quello di limitare l'ingresso di somme, beni e oggetti di vario tipo, che trova una più compiuta disciplina nelle circolari dipartimentali: tra queste, la circolare del 2 ottobre 2017³² appresta un'apposita regolamentazione dell'acquisizione e della circolazione dei libri, riviste e stampe.

Desti particolare interesse la circostanza per cui la disciplina legislativa si combina e viene integrata da una fonte secondaria, nella specie il decreto del Ministro della Giustizia, e da singoli provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria, appunto le circolari. Quest'ultime rappresentano una particolare tipologia di atti interni che, a differenza del *genus* delle circolari amministrative, non vincolano solo il comportamento degli organi operativi e dei dipendenti dell'amministrazione, ma incidono notevolmente sulle posizioni giuridiche soggettive dei detenuti e degli internati.

Il tema è stato oggetto di dibattito in dottrina e in giurisprudenza di legittimità anche prima della riforma del 2013, a seguito della quale gli artt. 35 *bis* e 69 o.p. riconoscono al magistrato di sorveglianza il dovere di pronunciarsi sui reclami presentati dai detenuti, giudicando anche della osservanza o meno della legge e dei regolamenti da parte dell'Amministrazione penitenziaria. Si è osservato, invero, che l'ambito dei poteri regolamentari, pur essendo stato oggetto di parziale disciplina legislativa³³, tuttavia, presenta dei margini lasciati alla libera determinazione dell'Amministrazione penitenziaria, con riferimento ai quali trova applicazione il c.d. criterio del potere non espresso.

La dottrina ritiene, al riguardo, che tale criterio elude il principio di legalità sostanziale, in quando si rileva che, «indipendentemente da una espressa presa di posizione del legislatore, l'autorità amministrativa possa adottare qualsiasi mezzo in vista del perseguimento delle specifiche finalità connesse all'interesse pubblico affidatole in cura. In simile, non condivisibile, prospettiva, si muovono prassi amministrative che – spesso in forma non intenzionale – sembrano ricorrere al “criterio del potere non espresso, ma esercitato per coerenza con il fine o per esigenze di risultato»³⁴.

In tal senso, le circolari del DAP, nel delineare e nel riempire di contenuto i divieti e le prescrizioni previste dall'art. 41 *bis* o.p.³⁵, talvolta, sembrerebbero essere informate al

³² La circolare ha ad oggetto l'Organizzazione del circuito detentivo speciale previsto dall'art. 41 bis O.P., le cui disposizioni «riguardano le modalità di contatto dei detenuti e degli internati sottoposti al regime tra loro e con la comunità esterna, con particolare riferimento ai colloqui con i minori; al dovere in capo al Direttore dell'istituto di rispondere entro termini ragionevoli alle istanze dei detenuti; alla limitazione delle forme invasive di controllo dei detenuti ai soli casi in cui ciò sia necessario ai fini della sicurezza; alla possibilità di tenere all'interno della camera detentiva libri ed altri oggetti utili all'attività di studio e formazione; alla possibilità di custodire effetti personali di vario genere, anche allo scopo di favorire l'affettività dei detenuti ed il loro contatto con i familiari».

³³ Sul tema, G.M. Napoli, *Il principio di legalità dell'azione amministrativa nell'esecuzione penitenziaria*, in *Archivio Penale*, 1, gennaio-aprile 2016, pp. 37, fa notare che, «rispetto alla precedente impostazione – caratterizzata dall'assenza di fondamento legislativo – infatti, l'attenzione è stata spostata dalla dimensione soggettiva, in cui risultava dominante la posizione di “supremazia” dell'Amministrazione penitenziaria, ad una dimensione incentrata esclusivamente sull'attività amministrativa, il cui carattere tipico è ravvisabile unicamente nella cura di predeterminati interessi».

³⁴ G.M. Napoli, *Il principio di legalità*, cit.

³⁵ L'esempio di questa modalità di intervento si rinviene nell'ipotesi del controllo della corrispondenza epistolare tra detenuti sottoposti al regime di sospensione delle ordinarie regole del trattamento, ex art. 41-*bis*, comma 2, o.p., la quale attività, e conseguente limitazione, si ritiene tragga origine dalla previsione generica delle esigenze di ordine pubblico, di sicurezza e di impedimento dei contatti tra detenuti pericolosi alleati/antagonisti.

suddetto criterio, facendo derivare dai “gravi motivi di ordine pubblico” e di “sicurezza pubblica” l’impiego di qualsivoglia mezzo idoneo a soddisfarle. L’adesione al principio di legalità sostanziale, invece, impone al legislatore l’individuazione dei fini e una più marcata delimitazione dell’ambito di operatività della discrezionalità amministrativa, delineandone i contenuti e le modalità di esercizio, specie con riferimento allo stato di detenzione e, ancor di più, al regime detentivo speciale.

Traccia della problematica esposta, si rinviene nella formulazione dell’art. 41 *bis*, comma 2 *quater*, lettera a), o.p., che, nel richiedere l’adozione di misure di elevata sicurezza interna ed esterna, pone quali finalità la «necessità di prevenire contatti con l’organizzazione criminale di appartenenza o di attuale riferimento, contrasti con elementi di organizzazioni contrapposte, interazione con altri detenuti o internati appartenenti alla medesima organizzazione ovvero ad altre ad essa alleate»: si indicano, infatti, solo i fini e si prescrive una generica adozione di provvedimenti per soddisfare tali esigenze³⁶. Allo stesso modo, potrebbe concludersi se si considera la lettera c), che impone l’adozione di provvedimenti atti ad impedire la «limitazione delle somme, dei beni e degli oggetti che possono essere ricevuti dall’esterno».

Malgrado queste criticità, nelle ipotesi di esercizio non ragionevole della discrezionalità amministrativa sono previsti dei correttivi, individuati nel controllo giurisdizionale in sede di reclamo, ex artt. 35 *bis* e 69 o.p., e nella osservanza del canone di proporzionalità nella predisposizione e nell’adozione delle misure³⁷. Con riferimento a quest’ultimo, si impone che le misure limitative, ex art. 41 *bis* o.p., siano “necessarie” per soddisfare le esigenze indicate dalla legge e, al contempo, siano strettamente circoscritte nel tempo: in virtù del canone della necessità, l’Amministrazione penitenziaria è espressamente gravata da un obbligo di agire nel rispetto del minor sacrificio possibile dei diritti dei singoli, dovendo tenere a mente il fine del più adeguato soddisfacimento delle esigenze di sicurezza collettiva.

A corroborare questa conclusione, si richiamano i preamboli di alcune delle circolari emanate dal DAP, nelle quali sovente si precisa che l’obiettivo del regime detentivo speciale viene raggiunto «attraverso le prescrizioni contenute nella norma (*rectius*, art. 41 *bis* o.p.), rese operative in concreto con il provvedimento ministeriale, la cui corretta attuazione non può prescindere da una valutazione della funzione alla quale sono legate. L’attuazione delle disposizioni ministeriali o non sono volte a punire e non devono determinare un’ulteriore afflizione, aggiuntiva alla pena già comminata, per i soggetti sottoposti al regime detentivo in esame»³⁸. È evidente, dunque, che a fronte

³⁶ G.M. Napoli, *Il principio di legalità*, cit., il quale aggiunge che la norma in questione «fissa con precisione i fini, ma nulla dice in ordine ai mezzi per perseguirli, ragion per cui da esso non può farsi discendere alcun conferimento di potere all’Amministrazione penitenziaria». Allo stesso modo deve ritenersi con riguardo alla lettera f del comma 2 *quater*, che prefigge l’obiettivo «dell’assoluta impossibilità di comunicare tra detenuti appartenenti a diversi gruppi di socialità, di scambiare oggetti e cuocere cibi», tuttavia, senza delineare alcun potere o mezzi per l’esercizio.

³⁷ G.M. Napoli, *Il principio di proporzionalità nell’esecuzione penitenziaria. Poteri amministrativi autoritativi e diritti della persona detenuta*, in *Dir. pen. cont.*, 2015.

³⁸ In tal senso, A. Pugiotto, *Della castrazione di un diritto*, cit., che ritiene ricorrente la lesione del principio della legalità della pena, in quanto ciò «accade per tutti i detenuti cui è indistintamente negato il diritto alla sessualità intramuraria, in ragione di un’organizzazione penitenziaria che – se diversamente normata, come pure è possibile e come già accade in altri paesi – consentirebbe di annullare tale permanente proibizione, frutto

dell'ampiezza dei poteri discrezionali riconosciuti all'Amministrazione penitenziaria, spesso ritenuti in contrasto con il principio di legalità sostanziale, gli operatori tentino di informare l'attività amministrativa a canoni di adeguatezza (ad esempio, evitando una ulteriore afflizione), riconoscendo al detenuto il ricorso alla magistratura di sorveglianza qualora, in presenza dell'inosservanza di disposizioni previste dalle legge sull'ordinamento penitenziario e dal regolamento di esecuzione penale, si verifichi un attuale e grave pregiudizio all'esercizio dei diritti del detenuto o dell'internato.

La Corte, cosciente di questa evoluzione, nella sentenza in questione ha ribadito che al DAP compete un potere regolamentare per la concreta applicazione delle restrizioni; potere che è legittimo se ricorrono tre condizioni: 1) rispetto dei principi generali dell'ordinamento; 2) applicazione coerente e non gravosa dello speciale trattamento (c.d. canone della necessità dell'intervento); 3) evitare la compressione dei diritti costituzionalmente garantiti del detenuto (c.d. canone della proporzionalità)³⁹.

Orbene, con riferimento alla fruizione delle riviste pornografiche, i giudici di legittimità hanno ritenuto legittimo il diniego perché conforme ai principi generali dell'ordinamento e al canone di necessità dell'intervento e, quindi, rispondente ad esigenze di grado superiore; al contempo, detto diniego non comprime eccessivamente i diritti fondamentali del detenuto o internato, posto che l'uso delle riviste pornografiche (il c.d. autoerotismo) non costituisce diritto soggettivo ma solo una mera modalità di esercizio del diritto medesimo, come tale passibile di limitazione.

I provvedimenti adottati in virtù della lettera c) del comma 2 *quater*, come visto, sono oggetto della circolare dipartimentale del 2 ottobre 2017, con la quale il DAP ha aggiornato la disciplina in materia di acquisizione e circolazione di libri, riviste e stampa. Nell'intento di adeguare le limitazioni ai suddetti canoni, ha previsto la possibilità di usufruire di qualsiasi tipo di stampa autorizzata (quotidiani, riviste, libri), che possa essere acquistato solo nell'ambito dell'istituto, tramite l'impresa di mantenimento o il personale delegato dalla Direzione. Inoltre, è vietata la ricezione di libri e riviste provenienti dall'esterno, e in particolare dai familiari, sia a mezzo pacco postale sia tramite consegna in occasione dei colloqui, così come la trasmissione all'esterno di tale materiale da parte del detenuto⁴⁰.

Questa disciplina, dunque, non preclude al detenuto o all'internato in regime detentivo speciale il diritto alla lettura, allo studio o ad essere informati in quanto, malgrado le limitazioni poste all'accesso esterno, possono comunque usufruire delle riviste e dei libri interni alla struttura carceraria o acquistati con il patrocinio del DAP o dell'impresa di mantenimento⁴¹.

dunque di una scelta normativa (illegittima) e non di un'inevitabile situazione di fatto». La forzata astinenza sessuale inframuraria rivela così i tratti di una vera e propria pena accessoria «che attualmente si infligge ai detenuti uomini e donne, giovani o adulti, coniugati o meno in conseguenza automatica della esecuzione della condanna alla pena detentiva».

³⁹ V. il considerando n. 4. In tal senso anche altre pronunce, tra tutte Cass., Sez. I, n. 4030/2020.

⁴⁰ V. Circolare dipartimentale del 2 ottobre 2017, artt. 7.2, secondo paragrafo, e 11.6, sesto paragrafo; art. 7.2, quarto paragrafo, e 11.6, quinto paragrafo.

⁴¹ La suddetta disciplina – rileva la Corte – ha superato il vaglio di costituzionalità nella sentenza n. 122/2017 della Corte Costituzionale, nella quale è stato sancito che ai detenuti in regime speciale non è preclusa la possibilità di ricevere e tenere con sé le pubblicazioni di loro scelta non fosse, in quanto agli stessi è

Ed è proprio richiamando questa disciplina generale che la Corte avalla le argomentazioni dell'Amministrazione penitenziaria, negando il sindacato sostitutivo del giudice di merito e riespandendo la sfera discrezionale del DAP, salvo «il vaglio di razionalità e congruenza delle scelte operate». In primo luogo, valorizzando la portata generale della disciplina medesima, annovera la fruizione delle riviste pornografiche nell'ambito del mero accesso alle riviste, ai libri e alle stampe: in altri termini, le uniche riviste pornografiche accessibili potrebbero essere quelle eventualmente previste dal "modello 72", ossia dalla c.d. lista di sopravvitto in cui sono indicati i quotidiani, le riviste e le stampe accessibili ai detenuti o internati⁴².

Come si vedrà nel proseguo, tuttavia, questa argomentazione risulta fallace quando viene in rilievo il diritto fondamentale alla sessualità e alla affettività dei detenuti o degli internati in regime di detenzione speciale, i quali, a differenza degli altri detenuti, sono soggetti a restrizioni più incisive rispetto alla possibilità di incontro e di congiungimento familiare. Pur essendo due attività materialmente equiparabili, quella della fruizione delle riviste pornografiche si differenzia dal mero accesso alle riviste comuni per una serie di conseguenze sulla sfera personale del detenuto, che non possono non essere oggetto di considerazione o essere meramente ricondotte a problematiche organizzative, come avviene nell'ipotesi di difficoltà di approvvigionamento o reperimento del prodotto sul mercato⁴³.

In secondo luogo, si sostiene che il relativo diniego sia conforme alla massima di esperienza, per cui «libri, giornali e stampa in genere [sono] molto spesso usati dai ristretti quali veicoli per comunicare illecitamente con l'esterno, [...] ricevendo o inviando messaggi in codice [...] che da un lato non interrompono (ma possono anche alimentare) le comunicazioni di tipo criminale, dall'altro costituiscono concreti pericoli per l'ordine interno degli istituti». Le prescrizioni imposte, quindi, sarebbero legittime perché, prevenendo ed impedendo comportamenti elusivi dei detenuti in regime speciale, tutelano ugualmente il loro diritto allo studio, alla lettura e all'informazione; si evita, in particolare, che i detenuti o gli internati siano destinatari di «annunci e messaggi privati, gratuiti o a pagamento, nonché inserzioni pubblicitarie a sfondo sessuale, dietro i quali abilmente nascondere messaggi criptici, di non agevole identificazione, pregiudizievoli per l'ordine e la sicurezza pubblica».

4. Diritto alla sessualità e rapporto con il regime detentivo speciale (ex art. 41 bis o.p.): esiste una soluzione al paradosso?

«semplicemente imposto di servirsi, per la relativa acquisizione, dell'istituto penitenziario, al fine di evitare che il libro o la rivista si trasformi in un veicolo di comunicazioni occulte con l'esterno». La Consulta opera un bilanciamento tra due contrapposte esigenze, rilevando come l'una e l'altra sono soddisfatte, senza eccessiva compromissione dei diritti fondamentali.

⁴² Con riferimento alla fruizione degli stampati previsti dal modello 72, la Corte ha richiamato i principi di diritto sanciti dalla giurisprudenza costituzionale, per cui il sopravvitto deve essere svolto mediante un servizio efficiente, assicurando «in concreto che le riviste e gli stampati giungano ai detenuti destinatari in un tempo ragionevole». Il magistrato di sorveglianza potrà, tuttavia, esercitare un controllo sulla procedura.

⁴³ Al considerando n. 6, i giudici di legittimità scrivono che «l'impresa di mantenimento non poteva garantire il loro approvvigionamento, per la difficile reperibilità del prodotto sul mercato delle edizioni cartacee, dovuto al sopravvento delle tecnologie digitali, e per l'assenza di significativa domanda da parte della popolazione detenuta».

Maggiori difficoltà si riscontrano con riferimento ai detenuti o agli internati sottoposti al regime detentivo speciale, perché finalizzato a neutralizzare i contatti con le organizzazioni criminali di appartenenza: in tal senso, gli unici contatti con l'esterno sono quelli con i familiari, sottoposti a costante controllo visivo ed auditivo. Le ragioni di sicurezza e di prevenzione impedirebbero, quindi, il riconoscimento di uno spazio in cui poter esercitare, senza controlli, il diritto alla sessualità.

Ciò nonostante, la condizione di ristretto non può comportare la negazione o la compressione di un diritto fondamentale del singolo, quale appunto la sessualità, dovendo l'interprete riflettere sul bilanciamento delle contrapposte esigenze⁴⁴. Invero, bisogna interrogarsi su quali siano le modalità di esercizio del diritto idonee a non compromettere le finalità del regime detentivo: possono ammettersi forme piene o forme sublimati di esercizio?

Se le prime si pongono in aperto contrasto con le esigenze di prevenzione, appare allora coerente opinare per una o più forme sublimati di esercizio del diritto, ammettendo modalità che esulano dal contatto fisico e che consentono al detenuto o all'internato di soddisfare, anche se in modo mediato, l'esigenza primaria. Tra queste, potrebbe annoverarsi anche l'autoerotismo, esercitato proprio con la fruizione delle riviste pornografiche.

Benché questa soluzione rappresenti, allo stato, quella più conforme al bilanciamento suddetto, la Corte ha scelto la via più rigorista nel valorizzare le mere ragioni organizzative: si evincono, da un lato, la difficoltà o l'impossibilità a reperire le riviste, dall'altro, la scarsa funzionalità ed onerosità di meccanismi di censura del materiale pornografico in ingresso.

Questa conclusione si espone a rilievi critici, in primo luogo, perché contravviene al principio asserito dalla stessa Corte, ossia che le limitazioni del regime detentivo speciale non devono costituire una inutile compressione dei diritti fondamentali: impedire la fruizione delle riviste pornografiche significa negare la titolarità stessa del diritto alla sessualità, inteso quale specificazione del più generale diritto alla salute. Una compressione non strettamente necessaria alla esigenza di ordine e di sicurezza, che acquisisce un valore afflittivo ulteriore rispetto alla privazione della libertà personale⁴⁵.

In secondo luogo, non coglie nel segno la dedotta scarsa funzionalità ed onerosità dei meccanismi di controllo, in quanto l'Amministrazione penitenziaria, malgrado la complessità dell'attività richiesta, è nelle condizioni di intraprendere le soluzioni più idonee ad impedire la comunicazione di messaggi criptici. Nell'esercizio razionale della propria discrezionalità, essa potrebbe indicare al detenuto o all'internato una modalità piuttosto che un'altra per l'esercizio del diritto, anche individuando uno strumento diverso dalle mere riviste.

⁴⁴ Nella sentenza n. 301/2012, la Consulta scrive, infatti, che «l'asserita necessità costituzionale di rimuovere tale conseguenza (l'ostacolo all'esplicazione del diritto alla sessualità) non giustificherebbe la caduta di ogni forma di sorveglianza sulla generalità dei colloqui».

⁴⁵ In tal senso, Corte Cost., 3 giugno 2013, n. 135.

La Corte si è limitata a negare rilievo al meccanismo di controllo di cui all'art. 18 *ter* o.p., valorizzando, per un verso, il grado elevato di discrezionalità riconosciuto al DAP in tema di regime detentivo speciale e, per altro verso, le disposizioni della circolare del 2017 che stabiliscono l'accesso alle sole riviste autorizzate dall'Amministrazione e a quelle indicate nel modello 72.

Di contro, può osservarsi che gli artt. 41 *bis*, comma 2 *quater*, lettera e), o.p., e 18.1 della suddetta circolare prevedono la generale sottoposizione a visto di censura della corrispondenza del detenuto/internato, da esercitare per il tramite di un visto di controllo e, quindi, di un esame dello scritto; dispositivo che può essere applicato in senso estensivo anche alla fruizione della rivista pornografica. Ed infatti, così come avviene in relazione all'acquisto dei giornali (ex art. 7.2 della circolare), anche con riferimento alle riviste in questione potrebbe ammettersi il dovere dell'Amministrazione penitenziaria di segnalare all'autorità giudiziaria l'eventuale situazione di pericolo connessa all'acquisto o alla ricezione della rivista medesima: se il giudice avalla la richiesta del detenuto o dell'internato, l'Amministrazione sarà tenuta, prima della consegna della stampa o della rivista, al relativo visto di controllo, trattenendo le pagine sospette e sottoponendole all'attenzione del giudice.

A corroborare questa conclusione può richiamarsi, inoltre, l'art. 19 della circolare, rubricato "acquisto di quotidiani", nella parte in cui ammette l'acquisto e l'abbonamento di stampe per il tramite dell'Amministrazione penitenziaria, tuttavia, vietando l'acquisto dei quotidiani locali, indipendentemente dalla provenienza geografica dei detenuti/internati e previo intervento dell'autorità giudiziaria⁴⁶. Pertanto, l'unico divieto assoluto è previsto con riferimento ai soli quotidiani locali e ai giornali e riviste provenienti dai familiari o con pacchi postali, prevedendo in tutte le restanti ipotesi l'intervento dell'Amministrazione penitenziaria nel reperimento della stampa o giornale richiesto dal detenuto o dall'internato.

E allora, se da un lato il DAP favorisce il diritto all'informazione, allo studio e alla lettura, concedendo anche l'acquisto o la ricezione di giornali e riviste dall'esterno e, dall'altro, pone un divieto circoscritto nei confronti di determinate stampe e determinati mittenti (esempio, i familiari), allora, non si comprende la ragione vera per cui debba essere rigettata la richiesta del detenuto di fruire di una rivista pornografica. Se il diritto alla sessualità assurge a diritto fondamentale, deve ritenersi che l'Amministrazione penitenziaria, mediante la procedura prevista dall'art. 7.1 della circolare e dal modello 72, e previa comunicazione all'autorità giudiziaria, possa procedere all'acquisto esterno e alla sottoscrizione dell'abbonamento alla rivista a favore del detenuto, senza l'intervento di quest'ultimo o dei familiari e a prescindere dai dedotti oneri di controllo⁴⁷.

⁴⁶ La ratio del divieto di acquisto dei quotidiani locali dell'area geografica di appartenenza si rinviene nell'esigenza di impedire che i detenuti o internati possano tenersi informati sulle vicende connesse al *clan* criminale ovvero per verificare l'avvenuta esecuzione dei propri ordine veicolati all'esterno. Infatti tali quotidiani spesso offrono una dettagliata descrizione degli episodi di cronaca. È avvenuto, inoltre, che alcuni detenuti/internati cui è stata inibita la lettura dei quotidiani contenente cronaca locale, abbiano cercato di aggirare le restrizioni imposte, servendosi di altri soggetti appartenenti allo stesso gruppo di socialità per i quali non vi era analogo divieto da parte della competente Autorità giudiziaria.

⁴⁷ Si consideri, inoltre, che l'acquisto o l'abbonamento avverrebbe da parte dell'Amministrazione, la quale opera in totale autonomia, rivolgendosi a soggetti del tutto estranei al circuito criminale e al territorio di provenienza del detenuto o internato.

In altri termini, da un divieto circoscritto a determinate ipotesi viene tratta una limitazione più generale: si impedisce l'acquisto, la ricezione o l'abbonamento ad una rivista pornografica come se, per un verso, vi dovesse provvedere direttamente il detenuto, i familiari o i soggetti esterni e, per altro verso, la rivista giungesse dalla stessa zona geografica in cui il soggetto criminale operava. Contrariamente a ciò, infatti, il DAP gode di strutture e mezzi idonei ad impedire, nell'ambito della propria attività, le interferenze ed influenze da parte di soggetti esterni al circuito penitenziario.

Il profilo più interessante attiene, però, alla considerazione che la Corte esprime nei confronti della fruizione delle riviste pornografiche, quale manifestazione del diritto alla sessualità in senso lato; in particolare, l'autoerotismo non costituirebbe presupposto ineludibile per il soddisfacimento del suddetto diritto. Questa conclusione merita di essere censurata, non tanto perché l'autoerotismo potrebbe rappresentare l'unica forma di esercizio del diritto, quanto piuttosto perché sembra non tenere in considerazione la condizione personale chi è sottoposto al regime di cui all'art. 41 *bis* o.p. Si tratta di un soggetto che incorre in limitazioni penetranti delle facoltà di autodeterminazione: se al detenuto comune è ammesso svolgere o usufruire di limitati spazi di libertà, al detenuto in regime speciale, invece, ogni movimento è oggetto di restrizioni notevoli.

Se il regime detentivo speciale non può costituire ulteriore afflizione rispetto alla pena da espiare, allora, non può ritenersi legittima la preclusione alla fruizione di una rivista pornografica, quale negazione di un diritto fondamentale, tenuto conto anche della evidente disparità di trattamento rispetto ad altri detenuti⁴⁸: è vero che le ragioni di sicurezza giustificano un inasprimento del regime, ma è altrettanto vero che l'ordinamento deve apprestare mezzi idonei a garantire, anche se in misura effimera, sublimata o relativa, il diritto alla affettività e alla sessualità.

In tal senso, se il ragionamento operato dal giudice di legittimità si muove entro i limiti del sindacato sull'esercizio della discrezionalità tecnica da parte dell'Amministrazione penitenziaria⁴⁹, tuttavia, entra in crisi nel momento in cui opera valutazioni più di ordine psico-fisico che giuridico. Sostenere, infatti, che l'autoerotismo integra un'accezione lata del diritto alla sessualità, significa concludere, aprioristicamente, per il diniego dell'unica modalità di esercizio del diritto medesimo da parte del detenuto in regime speciale, posto che sono vietati i contatti fisici.

Seguendo questo ragionamento, si pone nel dubbio la considerazione, avallata dalla Corte, per cui «l'inibizione all'ingresso in istituto di riviste per soli adulti, da quel regime implicato [...] non frustra, sotto l'aspetto considerato, alcun diritto fondamentale di rilevanza costituzionale, venendo semmai ad incidere solo sulle concrete modalità di esercizio del diritto stesso» se, allo stato, la fruizione delle riviste pornografiche appare l'unica modalità possibile di esercizio del diritto alla sessualità, allora, l'inibizione in questione assurge a vera e propria negazione di un diritto inviolabile della persona.

⁴⁸ Basti pensare alla possibilità che hanno i detenuti comuni di appendere, sui muri della cella, poster o immagini.

⁴⁹ Come ha più volte chiarito il Consiglio di Stato, da ultimo nel parere del 30 novembre 2020, n. 1958, «in caso discrezionalità tecnica il sindacato del giudice amministrativo, essendo pur sempre un sindacato di legittimità e non di merito, è limitato al riscontro del vizio di illegittimità per violazione delle regole procedurali e di quello di eccesso di potere per manifesta illogicità, irrazionalità, irragionevolezza, arbitrarietà ovvero se fondato su di un altrettanto palese e manifesto travisamento dei fatti».

Inoltre, il rischio che si corre è quello di contrastare, rispettivamente, con i principi della universalità dei diritti, di cui all'art. 4 o.p., e con quello c.d. dell'individualizzazione, di cui all'art. 13 o.p., il quale prevede che il trattamento e la rieducazione devono determinarsi in modo individualizzato, rispondendo «ai particolari bisogni della personalità di ciascun soggetto». Così facendo, il rischio che si corre è quello per cui il trattamento assuma una connotazione sempre meno individualizzata, prescindendo dalla considerazione della situazione e dei bisogni personali del detenuto o dell'internato, cui viceversa la più volte citata circolare dipartimentale è diretta.

Per concludere, diverse sono le ragioni di ordine pratico ed etico che inducono l'ordinamento a negare il riconoscimento del diritto alla sessualità del detenuto⁵⁰; tuttavia, non può non tenersi conto della rapida evoluzione giuridica che ha interessato ed interessa il regime detentivo speciale, inaugurato dalla Corte Costituzionale nel senso di "umanizzare" le condizioni di chi vi è sottoposto ed incentivarne una eventuale collaborazione con la giustizia.

L'esclusione dei soggetti ristretti al regime di cui all'art. 41 *bis* o.p. dall'esercizio del diritto, comporta l'esito paradossale del riconoscimento di un diritto soggettivo assoluto ad ogni individuo ristretto, sia pure con delle limitazioni, ma il cui esercizio è concesso solo ad una parte della popolazione carceraria⁵¹. Ed infatti, come rilevato da autorevole dottrina⁵², il vuoto normativo provocherebbe delle interferenze con i principi generali della Costituzione, in particolare con il principio di legalità delle pene, con la libertà di disporre del proprio corpo, con il diritto alla salute (individuale e collettivo) e la dignità personale del detenuto, al contempo, integrando gli estremi di un «illegittimo ostacolo alla risocializzazione» e, quindi, un vero e proprio fattore desocializzante⁵³.

In definitiva, sembra che il detenuto sia considerato non quale titolare di diritti soggettivi, bensì di interesse legittimo. È vero che in materia detentiva non è dato distinguere tra diritto soggettivo ed interesse legittimo per attivare la tutela del giudice di sorveglianza⁵⁴, ma è altrettanto vero che il libero esercizio del potere amministrativo nell'individuazione dei mezzi comporta una degradazione del diritto alla sessualità del detenuto in una posizione di mero interesse legittimo, comprimibile in modo variabile dall'Amministrazione penitenziaria a seconda degli interessi pubblici da soddisfare. Questa è una conclusione non conforme ai principi generali: vi sono diritti fondamentali

⁵⁰ La dottrina ha individuato, anzitutto, le ragioni di ordine pratico, in quanto si assiste alla mancanza degli spazi, alla difficoltà nell'espletamento degli ordinari controlli. Quanto alle ragioni etico-morali, si rileva la difficoltà di garantire il diritto alla sessualità ai detenuti celibi e stranieri, cui si aggiungono le problematiche relative alla questione delle malattie sessualmente trasmissibili, alla procreazione, alla distribuzione di preservativi. In tal senso, L. Cuppari, *"Amore sbarrato"*, cit.

⁵¹ In questo senso è stata auspicata la modifica dell'art. 18 *ter* o.p. proposta dalla commissione di esperti istituita in seno agli Stati Generali dell'Esecuzione penale del 2016.

⁵² A. Pugiotto, *Della castrazione di un diritto*, cit..

⁵³ A. Pulvirenti, *Diritti del detenuto e libertà sessuale*, in *Annali del Seminario giuridico*, Università di Catania, 2001.

⁵⁴ In tal senso, alcune pronunce della Corte Costituzionale (n. 212/1997, n. 26/1999) e della giurisprudenza amministrativa (*ex multis*, TAR Piemonte, 7 ottobre 2019, n. 577; TAR Umbria, 17 febbraio 2020, n. 80). Le Sezioni Unite, 26 febbraio 2003, n. 25079 e, di recente, Cass., Sez. I, n. 10348/2021, hanno precisato che la tutela del detenuto «resterebbe irrimediabilmente depotenziata ove non fosse attribuito all'interessato il potere di azionare la giurisdizione proprio al fine di denunciare la violazione delle posizioni soggettive ricollegabili alle concrete modalità attuative del trattamento da parte della amministrazione penitenziaria».

che non possono essere negati da provvedimenti amministrativi, né tantomeno essere degradati ad interessi legittimi o a meri interessi⁵⁵; al più, sono suscettibili di essere bilanciati con altri interessi, magari ritenuti anch'esso di rango primario⁵⁶.

Il fronte della tutela non può che essere individuato nella giurisdizione della magistratura di sorveglianza, una volta abbandonata la concezione che limitava il sindacato alle sole lesioni non derivanti da decisioni assunte dall'Amministrazione penitenziaria nell'esercizio dei suoi poteri discrezionali. Se si sostiene che le disposizioni sui controlli operati sui detenuti (art. 18 *ter* o.p.) «non escludono forme ulteriori di limitazione che discendano dalla sottoposizione al regime di cui all'art. 41 *bis* O.P.», il quale assume valenza di norma speciale derogatoria, tuttavia, non può non apprestarsi una tutela effettiva, anche minima, in caso di compressione non necessaria di un diritto ritenuto fondamentale, quale quello alla affettività e alla sessualità.

Ed allora, se l'art. 41 *bis* o.p. impone limitazioni ritenute necessarie, può opinarsi per la legittimità dell'esercizio del potere amministrativo solo ove, in virtù del canone del minor sacrificio possibile, viene lasciato impregiudicato o parzialmente limitato l'esercizio del diritto alla sessualità, nella specie la fruizione delle riviste pornografiche. Viceversa, se a fronte della limitazione si innesta la negazione o la compressione non necessaria del diritto, senza che sia garantito quel grado minimo di tutela, la lesione non può che rilevare sotto il profilo della sproporzione, dell'irragionevolezza e della incongruenza, riconoscendo al giudice la possibilità di sostituirsi direttamente all'Amministrazione penitenziaria.

⁵⁵ F. Fiorentin, *Lesioni dei diritti dei detenuti conseguenti ad atti e provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria*, in *Giur. mer.*, 2010, p. 2810. La qualifica di mero interesse renderebbe non tutelabile la posizione del detenuto dinanzi al giudice di sorveglianza. Sul tema, S. Talini, *Diritto inviolabile o interesse cedevole? affettività e sessualità dietro le sbarre (secondo la sentenza n. 301 del 2012)*, in *Diritto penitenziario e costituzione*, n.10/2013, pp. 1089 ss., si pone l'interrogativo circa la qualificazione del diritto all'affettività in termini di diritto soggettivo o di mero interesse cedevole.

⁵⁶ Qualche autore (L. Maruotti, *Questioni di giurisdizione ed esigenze di collaborazione tra le giurisdizioni superiori*, in *Giustizia Amministrativa*, 2012), per sopperire alla superata teoria della degradazione dei diritti soggettivi, sostiene che, quando a fronte dell'esercizio del potere pubblico si innesta un diritto fondamentale del singolo, può parlarsi di interesse legittimo fondamentale, ossia di bene o una libertà avente un certo valore che non recede o degrada in mero interesse legittimo. La posizione del detenuto in regime detentivo speciale potrebbe, in base a questa conclusione, era qualificata quale interesse legittimo fondamentale, in quanto i suoi diritti vengono coinvolti nell'esercizio dei poteri amministrativi e non subiscono una ingiusta lesione del bene in questione, ma una legittima compressione o limitazione a fronte di interessi pubblici contrapposti.