

Per il detenuto al 41-bis 'l'orizzonte espressivo della sfera sessuale si riduce ad una dimensione effimera e sublimata': concesso l'abbonamento a rivista pornografica.

giurisprudenzapenale.com/2020/12/06/per-il-detenuto-al-41-bis-lorizzonte-espressivo-della-sfera-sessuale-si-riduce-ad-una-dimensione-effimera-e-sublimata-concesso-labbonamento-a-rivista-pornografica/

Carmelo Minnella

6 Dicembre
2020

in Giurisprudenza Penale Web, 2020, 12 – ISSN 2499-846X

**Tribunale di Sorveglianza di Roma,
Ordinanza, 7 ottobre 2020
Presidente dott.ssa Salvio, Relatore
dott. Circelli**



1. Torna l'annosa *quaestio* che ruota attorno alle misure restrittive del regime carcerario differenziato descritto dall'art. 41-bis, comma 2, ord. penit.. Preso atto che la Consulta e la Corte EDU hanno sancito la compatibilità del 'carcere duro' con la Costituzionale e gli standard di tutela dei diritti umani sanciti dalla CEDU, si cerca un difficile equilibrio tra le esigenze di sicurezza pubblica e quella relativa ai diritti del detenuto (per tutti, **Dentro il 41-bis: riflessioni costituzionalmente orientate sul regime differenziato, in questa Rivista, Fascicolo 1-bis/2020**).

Realizzando un condivisibile componimento del conflitto, nella pronuncia in commento, il Tribunale di sorveglianza di Roma concede la possibilità al detenuto sottoposto al 41-bis di sottoscrivere una rivista hard in libera vendita.

Due i passaggi fondamentali della pronuncia. Il primo riguarda l'inquadramento della pretesa del detenuto di ricevere materiale pornografico non nella tutela del diritto all'informazione (non essendo la stessa correlata alla ricezione di detto materiale per corrispondenza ed esulando di conseguenza dalle garanzie di cui all'art. 15 Cost.), ma nell'ambito della libertà di manifestazione del pensiero riconosciuto dall'art. 21 Cost. La questione si iscrive più precisamente nella tutela dell'affettività in carcere, all'interno del diritto al rispetto della vita privata e familiare, sancito dall'art. 8 CEDU. In tale sentiero convenzionale il diritto alla sessualità trova un riconoscimento più esplicito e diretto, e non sono riflesso (come previsto dall'ordinamento interno) e confinato solo all'interno del diritto di informarsi.

Il corretto inquadramento della possibilità di ricevere riviste porno non come ricezione per corrispondenza delle riviste hard, ma quale manifestazione del pensiero ‘sessuale’ – quale *condicio sine qua* non per assicurare una (sia pure effimera) espressione del diritto alla sessualità – è importante per distinguere tale tematica da quella relativa alle limitazioni imposte dal 41-bis sullo scambio di libri e riviste con l’esterno. Queste ultime sono state ritenute compatibili con la Costituzione (dai giudici delle leggi nella sentenza 26 maggio 2017, n. 122), proprio perché afferenti al diverso versante della libertà di corrispondenza per il quale esigenze organizzative e logistiche, prima ancora che di ordine e sicurezza, fanno sì che all’inserimento in una struttura carceraria consegua necessariamente l’esclusione di una illimitata libertà del detenuto di ricevere e scambiare oggetti.

Il secondo passaggio motivazionale – ‘chiave’ nell’accoglimento del reclamo proposto dal detenuto – è quello relativo alla valorizzazione del principio di ‘proporzionalità’, quale criterio che delimita il binario dei rapporti tra amministrazione penitenziaria e magistratura di sorveglianza in tema di tutela della dignità umana e dei valori costituzionali della persona sottoposta al regime detentivo speciale. Nel caso di specie, il tribunale di sorveglianza capitolino ritiene che il rifiuto opposto dalla direzione dell’istituto è illegittimo perché non supera il test di congruità e proporzionalità tra limitazione all’esercizio del diritto del detenuto e finalità della restrizione non cogliendosi, in assenza di una espressa previsione di legge, alcun nesso teleologico tra il contenimento del diritto alla sessualità del detenuto da esercitarsi acquistando e trattenendo la stampa (pubblicazione o rivista) di genere e finalità di tutela dell’ordine interno e della sicurezza esterna in base alla ratio dell’art. 41-bis ord. penit.

2. La vicenda in esame è una nitida testimonianza di come spesso sia lungo e tortuoso il percorso procedurale per il riconoscimento dei diritti del carcerato di rigore. Nella fattispecie concreta, infatti, un soggetto sottoposto da dieci anni al 41-bis, chiede alla direzione del carcere di Rebibbia l’autorizzazione per acquistare riviste per adulti reperibili sul mercato. Al diniego opposto dalla direzione del carcere, il detenuto si rivolge al magistrato di sorveglianza, che rigetta il ricorso sulla base di due argomentazioni: 1) non ravvisa un diritto ma un mero interesse alla visione delle immagini pornografiche, ritenuta la rivista hot non essenziale per l’equilibrio psicofisico nella sfera sessuale della persona; 2) vengono fraposte anche esigenze di sicurezza sociale in ordine alla possibilità di veicolare, attraverso le riviste erotiche, messaggi ed annunci criptici provenienti dall’esterno.

Entrambe le argomentazioni vengono ribaltate dal tribunale di sorveglianza di Roma, il quale ribadisce *in primis* la ‘tassatività’ del perimetro delle restrizioni contenute nel catalogo di sospensione delle ordinarie regole del trattamento penitenziario (e che ulteriori limitazioni non sono possibili salvo che derivino da una assoluta incompatibilità della restrizione con il regime del carcere duro).

L'ordinanza in commento ricorda che sul diritto all'affettività in carcere è più volte tornata la Corte EDU nel riconoscere ai detenuti, con possibili limitazioni, il diritto al rispetto della propria vita privata e familiare garantito dall'art. 8 CEDU (vedasi, **MANCA, Nota a Corte Europea dei diritti dell'uomo, Sez. IV, 24 settembre 2015, Paoello contro Italia, in questa Rivista**). Sessualità, ossia uno degli essenziali modi di espressione della persona e il diritto di disporne liberamente, che è senza dubbio un 'diritto soggettivo assoluto', come più volte sottolineato dalla Corte costituzionale (già nella sentenza n. 571 del 1987; da ultimo ripreso dalla **decisione n. 141 del 2019**).

Emblematico il passaggio motivazionale (evidenziato in corsivo dallo stesso giudice redattore) per cui la richiesta di acquistare riviste per soli uomini è volta a migliorare la vita sessuale sottoposto al regime differenziato per il quale «*l'orizzonte espressivo della sfera sessuale si riduce ad una dimensione effimera e sublimata*».

Sulle esigenze di pubblica sicurezza – le riviste per adulti, nella prospettiva del giudice di sorveglianza di prime cure, potrebbero veicolare messaggi criminali dall'esterno – il tribunale di sorveglianza romano, oltre a non ritenere proporzionata la restrizione, ricorda che l'art. 19 della circolare DAP n. 3676 del 2 ottobre 2017 prevede la possibilità di acquistare o sottoscrivere abbonamenti per il tramite della direzione in base ad una procedura applicabile: «la strada del reperimento della rivista all'esterno non pare impercorribile dopo l'avvento di *internet* che, anzi, costituisce un efficace strumento per effettuare qualunque acquisto *on line*».

Il recupero delle esigenze securitarie – sottostante all'ineludibile bilanciamento tra tutela del diritto del detenuto e le inderogabili finalità del trattamento differenziato – avviene attraverso la sottoposizione al visto di controllo, come qualunque altra pubblicazione acquistata all'esterno, per evitare che possano essere trasmessi messaggi al detenuto.

Nell'accogliere il ricorso, il tribunale di sorveglianza di Roma dispone procedersi a spese dell'interessato a sottoscrivere una rivista per adulti in libera vendita che l'interessato indicherà entro trenta giorni dalla comunicazione del provvedimento adottato.

3. Siamo ancora lontani dal porre la parola 'fine' al riconoscimento di un diritto alla sessualità, quanto meno nella sua dimensione 'non fisica ma cartacea', anche al detenuto sottoposto al trattamento di rigore. L'amministrazione penitenziaria ha proposto ricorso per Cassazione, bloccando di fatto l'esecuzione del provvedimento.

In attesa della decisione definitiva della Suprema Corte, la pronuncia del tribunale di sorveglianza appare condivisibile nelle conclusioni e convincente nelle argomentazioni addotte in quanto applica correttamente la giurisprudenza interna e convenzionale che ha faticosamente cercato di trovare un difficile equilibrio tra contrapposte esigenze meritevoli di riconoscimento e tutela.

L'ordinanza ha il merito di comporre il conflitto tra il diritto inviolabile e assoluto del detenuto alla sua vita sessuale (da inquadrarsi all'interno del rispetto della vita privata e familiare e di quello di informarsi) e la tutela della collettività, non rinunciando 'a monte' a sacrificarne uno a discapito dell'altro. Si cerca di bilanciare le due esigenze contrapposte, subordinando l'esercizio del diritto del detenuto al visto di controllo, in modo che le istanze sottese ad entrambe possano dispiegarsi.

Nell'ottica del bilanciamento infatti dei due interessi in gioco (entrambi riconosciuti dalla Carta Costituzionale e dalla CEDU) il sacrificio 'integrale' di uno di loro è ammissibile solo 'in ultima battuta', qualora non sia possibile una diversa composizione del conflitto e non si può garantire, nemmeno in *parte qua*, uno dei due diritti che si trovano sui piatti della bilancia.

4. Nella ricerca dell'accennato punto di equilibrio tra istanza di difesa sociale e diritti fondamentali del detenuto, in cui il principio di proporzionalità rappresenta il *passepourt* per aprire a soluzioni congrue e non aprioristicamente sbilanciante verso indefinite esigenze di sicurezza pubblica, si rendono opportune alcune precisazioni.

La normalizzazione del c.d. carcere duro sembra avere spazzato via le voci insistenti dell'evidente contrasto del regime differenziato con la Costituzione e la CEDU. Non è così: «il 41-bis è il più stridente punto di rottura dei principi costituzionali e convenzionali che governano e delineano il senso della pena. Si contrappone con forza ad ogni aspetto del vivere umano: affettività, territorialità, segretezza della corrispondenza, diritto allo studio ed alla libera informazione, diritto al lavoro, alla socialità. Perfino il diritto alla parola. È sospeso, a norma di legge, il trattamento intramurario ordinario e quello residuo, di rieducativo, ha ben poco» (M. BRUCALE, *Dal 41bis non si esce. Così Francesco resta sepolto vivo*, *Il Riformista*, 30 ottobre 2020).

La circostanza che la Consulta e la Corte EDU ne hanno affermato la sua legittimità all'interno della cornice costituzionale e convenzionale non significa che qualsivoglia limitazione ai diritti del detenuto di rigore sia giustificata dalle istanze di pubblica sicurezza e superi il controllo di proporzionalità.

La Corte Costituzionale, infatti, in più occasioni ha ritenuto vessatorie alcune prescrizioni del regime di massimo rigore. L'ultima, in ordine di tempo, la sentenza n. 97 del 2020, che ha dichiarato incostituzionale il divieto assoluto di scambio di oggetto tra detenuti al 41-bis appartenenti allo stesso gruppo di socialità, sottolineandone il carattere inutilmente e meramente afflittivo della misura.

Ad una riduzione del perimetro del regime differenziato, i giudici delle leggi avevano in precedenza contribuito dichiarando costituzionalmente illegittimo lo stesso art. 41-bis, comma 2-*quater*, lettera f) sul divieto di «*cuocere cibi*» (n. 186 del 2018). E, ancora prima, con la sentenza n. 143 del 2013, la Corte era giunta ad una dichiarazione di incostituzionalità in relazione ad una questione relativa alla limitazione dei colloqui con i difensori (cfr, **G.P. DOLSO, Corte costituzionale, 41-bis OP e sindacato di**

ragionevolezza. Note a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 186 del 2018, in Dentro il 41-bis: riflessioni costituzionalmente orientate sul regime differenziato, in questa Rivista, Fascicolo 1-bis/2020).

Sotto il profilo soggettivo, nel percorso di possibile erosione del carcere duro si segnala il recente sollevamento della questione di legittimità costituzionale dell'art. 41-bis, commi 2 e 2-quater, ord. penit., nella parte in cui prevedono la facoltà di sospendere l'applicazione delle regole di trattamento nei confronti degli internati, assoggettati a misura di sicurezza detentiva (**Cass. Pen., Sez. I, n. 30408 del 2020, in questa Rivista, 9 novembre 2020**).

La Suprema Corte ha contribuito pure in tale percorso di ridimensionamento dell'area del carcere duro, da un lato, garantendo al detenuto di rigore un'ora in più fuori dalla cella (da 23 a 22 ore!), riconoscendoli il diritto, quotidianamente, a trascorrere un'ora all'aria aperta e un'ora all'interno delle sale destinate alla "socialità", biblioteca o palestra (Sez. I, nn. 17580 e 17851 del 2019); o statuendo che il "carcere duro" non può impedire al detenuto di essere presente alla nascita del figlio (Sez. I, n. 48424 del 2017). Dall'altro lato, i giudici di legittimità hanno respinto qualunque tentativo, portato avanti da certa magistratura di sorveglianza di merito, di ridurre *il quantum* dei colloqui con i familiari in caso di incontri con i Garanti locali dei diritti dei detenuti, non potendo incidere su quello (unico mensile) con familiari e conviventi (si veda, **M. PASSIONE, La danza immobile, in questa Rivista, 2019, 12**).

Tra le prescrizioni inutilmente afflittive per il detenuto sottoposto al carcere duro, si segnala un'ordinanza dello stesso tribunale di sorveglianza di Roma (2 ottobre 2018, n. 4164, in questa *Rivista*, 3 dicembre 2018), che ha considerato sproporzionata, incongrua ed ingiustificata la disposizione che limita temporalmente al detenuto di accendere la televisione in cella (con conseguente disapplicazione della circolare DAP *in parte qua*).

La Corte EDU, dal canto suo, ha ribadito che, laddove le misure previste e/o adottate impediscono *de facto* qualsiasi contatto del detenuto col mondo esterno (fatta eccezione per i suoi difensori), queste non possono essere considerate necessarie e proporzionate nel contesto di una società democratica (Sez. V, 17 settembre 2020, *Mirgadirov c. Azerbaijan e Turchia*, Osservatorio Corte EDU: settembre 2020, in *Sistema Penale*, 19 ottobre 2020).

5. Il ricco e descritto panorama giurisprudenziale dimostra che le esigenze di prevenzione speciale debbano trovare un equilibrio rispetto all'umanità del trattamento penitenziario ed alla funzione rieducativa della pena sul singolo. La pronuncia in commento si rende portavoce della necessità di un calibrato bilanciamento tra i diversi valori in esame di cui il diritto vivente si mostra sempre più sensibile.

Sempre in tema di riviste erotiche, invero, sia pure per il detenuto sottoposto al 'regime ordinario', il Tribunale di sorveglianza di Verona aveva riconosciuto che «La fruizione di materiale pornografico da parte del detenuto, sottoposto al regime ordinario, è

tutelato dagli artt. 8 e 11 CEDU nonché dagli artt. 15 e 21 Cost. e contempla la possibilità per il soggetto ristretto di acquistare riviste erotiche, in libera vendita all'esterno del circuito carcerario, mediante abbonamento da effettuarsi tramite la Direzione dell'istituto di pena» (ordinanza 12 febbraio 2020, n. 411, in *Il Penalista*, 29 aprile 2020, con nota di L. CATTELAN).

L'apertura anche ai detenuti sottoposti al 41-bis può rappresentare un punto di svolta nel percorso di umanizzazione del regime penitenziario differenziato, dove non si travalichino le ragionevoli istanze di tutela della collettività con l'imposizione di inutili misure afflittive e vessatorie che rischiano concretamente di far superare la soglia di gravità dello *status detentionis*, tracciata dalla costante giurisprudenza della Corte di Strasburgo, sconfinando in un trattamento inumano o degradante, ai sensi dell'art. 3 CEDU.

Scarica l'ordinanza

Come citare il contributo in una bibliografia:

C. Minnella, Per il detenuto al 41-bis 'l'orizzonte espressivo della sfera sessuale si riduce ad una dimensione effimera e sublimata': concesso l'abbonamento a rivista pornografica, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2020, 12