

## **Un diritto “sommerso”: la questione dell’affettività in carcere approda alla Corte costituzionale**

di Silvia Talini \*\*  
(18 ottobre 2012)

### **1. La *quaestio legitimitatis*: sulla negazione del diritto alla sessualità in carcere**

L’ordinanza di rimessione n. 132 del 2012 del Tribunale di Sorveglianza di Firenze si inserisce in un rinnovato quadro di sensibilità e attenzione ai diritti individuali delle persone ristrette, fra i quali è senz’altro da ricomprendere il diritto all’affettività e ai legami familiari, di cui la sfera sessuale costituisce una rilevante modalità di espressione.

Tale ordinanza fa emergere il ruolo preminente dell’operatore del diritto in un’ottica di possibile emersione di quei diritti soggettivi che potrebbero definirsi “sommersi” dal semplice dato testuale: ciò è tanto più importante se si pensa che, nella situazione oggetto dell’indagine, viene in rilievo la sfera dei diritti fondamentali ed inviolabili di ciascun individuo, così come riconosciuti e garantiti dalle disposizioni costituzionali.

Ciò premesso, per comprendere pienamente l’importanza della questione e le implicazioni legate al possibile riconoscimento di tale “diritto sommerso”, non si può non partire da un’attenta analisi del contenuto dell’ordinanza e dalla disposizione oggetto del giudizio, ovvero il 2° comma dell’art. 18 della legge n. 354 del 26 luglio 1975 (“Ordinamento penitenziario”), che dispone quanto segue: “I colloqui si svolgono in appositi locali sotto il controllo a vista e non auditivo del personale di custodia”.

Iniziando ad esaminare l’ordinanza da un punto di vista strutturale, essa si articola secondo un *iter* logico-giuridico scandito in quattro fasi: [1] indagine sulle fonti normative nazionali e sovranazionali; [2] analisi dei possibili soggetti destinatari di tale diritto; [3] critiche alla scelta negazionista del legislatore italiano e, conseguentemente, [4] ragioni che conducono ad una possibile incostituzionalità di tale scelta.

Sotto il primo profilo si rileva più volte come l’ordinamento penitenziario italiano, in ossequio ai principi di umanizzazione e rieducazione della pena, ponga tra i suoi molteplici obiettivi quello di mantenere vivo il legame con la dimensione extracarceraria - dove naturalmente particolare rilevanza assume quello tra il detenuto e i propri familiari - attraverso una serie di disposizioni: l’art. 28 l. n. 354/1975, che eleva l’agevolazione di tali rapporti a elemento del trattamento, e la previsione di una serie di istituti a ciò preposti quali i colloqui, le visite e i permessi. Tuttavia dalla stessa ordinanza ben emerge come tale riconoscimento rischi di rimanere un’enunciazione meramente formale. *In primis*, ed è questo uno dei nodi della questione, i colloqui e le visite, non consentendo in nessun caso la sottrazione al controllo visivo del personale di sorveglianza, porterebbero ad una compressione della libera manifestazione dell’affettività sia del soggetto ristretto sia dei suoi familiari con «*il conseguente impedimento all’espressione naturale e completa dell’affettività e, all’interno di essa, dell’espressione completa della sessualità con il partner*». Allo stesso modo, anche i permessi che riporterebbero la sessualità «*in una situazione di libertà con il ritorno nei propri ambiti personali e sociofamiliari*» non consentirebbero di superare tale

*empasse*: ciò per l'evidente carattere residuale degli stessi, dovuto all'inapplicabilità nei confronti dei soggetti in attesa di giudizio – percentuale assai rilevante della popolazione detenuta - e per le scelte normative del legislatore tese a ridurre drasticamente la concessione di misure premiali.

Ciò ha come inevitabile conseguenza una condizione di repressione fisica e morale che, il più dei casi, lascia come uniche alternative «*il sesso immaginato e negato che ha come conseguenza il sesso solitario*» o un'omosessualità indotta dalle circostanze e per questo connotata da «*innaturalità, oltreché degrado e avvilitamento personale*».

La situazione descritta appare allora in contrasto sia con il richiamato art. 28 Ord. penit., sia con la sempre maggiore attenzione accordata dall'ordinamento comunitario ed internazionale alla sfera dei diritti individuali delle persone private della libertà<sup>1</sup>. L'ordinanza richiama espressamente gli artt. 3 ed 8, comma 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, le due Raccomandazioni del Consiglio d'Europa (Racc. n. 1340 del 1997 e Racc. 11 gennaio 2006<sup>2</sup>), benché non vincolanti, ben esprimono l'esigenza di predisporre nuovi strumenti idonei a garantire la piena esplicazione dell'individualità del detenuto, inclusiva della sfera affettiva e sessuale<sup>3</sup>.

In questo modo la lettura congiunta di tali disposizioni condurrebbe ad una naturale conseguenza: «*la soluzione al problema sessuale [...] deve passare attraverso il riconoscimento più ampio e naturale dell'affettività: la concessione di permessi più ampi per l'intera famiglia per trascorrere, all'interno del carcere e senza controllo visivo del personale, uno o più giorni*» evitando così «*le ammissioni al solo sesso fra partner, che viene invece considerato umiliante*».

---

<sup>1</sup> Per una rapida disamina degli interventi normativi nazionali e internazionali aventi ad oggetto la tutela della dignità della persona ristretta si veda: M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti*, in M. FLORIS, *Diritti umani. Cultura dei diritti e dignità della persona nell'epoca della globalizzazione, Dizionario*, Torino, 2007, Vol. I, p. 331 ss..

Per quanto riguarda la tutela della dignità umana nella giurisprudenza delle Corti europee si vedano in particolare: V. ZAGREBELSKY, M. DE SALVIA, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia delle Comunità europee*, Milano, 2006, p. 46 ss. e M. DI CIOMMO, *Dignità umana e stato costituzionale. La dignità umana nel costituzionalismo europeo, nella Costituzione italiana e nelle giurisprudenze europee*, Firenze, 2010, p. 201 ss..

<sup>2</sup> Con riferimento alla prima di tali raccomandazioni, il legislatore sovranazionale evidenzia la necessità di predisporre luoghi nei quali i detenuti abbiano la possibilità di incontrare i propri visitatori da soli, superando così una delle più gravi restrizioni imposte dall'attuale quadro penitenziario.

La successiva raccomandazione del 2006, alla Regola n. 24 comma 4, specifica che «le modalità di esecuzione dei colloqui devono permettere ai detenuti di mantenere e sviluppare relazioni familiari il più possibile normali»: tale disposizione, già di per sé rilevante soprattutto per il riferimento alla “normalità” delle relazioni familiari – che senza dubbio ricomprende la sfera dell'affettività-sessualità - è illustrata nel commento in calce contenente una fondamentale specificazione quanto ai tempi: «ove possibile devono essere autorizzate visite familiari prolungate» in quanto la brevità del lasso temporale può «avere un effetto umiliante per entrambi i partner».

<sup>3</sup> A ciò si aggiunge la considerazione che tale diritto viene ormai garantito secondo diverse forme in molteplici paesi anche al di fuori dell'area comunitaria a cui l'ordinanza fa espresso riferimento. Si passa da esperienze normative in cui la sfera affettiva viene garantita attraverso la semplice concessione di colloqui prolungati e non controllati (è il caso della Croazia e dell'Albania) a esperienze in cui l'esplicazione del diritto passa per la predisposizione di vere e proprie strutture a ciò preposte. A questo proposito basti ricordare che in molti paesi del nord Europa, come Norvegia e Danimarca, la normativa penitenziaria garantisce la più completa intimità mettendo a disposizione dei soggetti ristretti strutture con camere matrimoniali, servizi e cucina; l'intento è quello di ricreare una condizione quanto più possibile intima, in cui il detenuto e il partner possano manifestare liberamente il proprio rapporto affettivo.

Dunque il Magistrato di sorveglianza ben esprime le caratteristiche minime che dovrebbero connotare il diritto all'affettività-sessualità all'interno delle carceri: da un lato la libertà nella sua manifestazione, attraverso la predisposizione di spazi idonei a consentirne il pieno godimento, dall'altro la previsione di un lasso temporale idoneo a consentire tale manifestazione. E infatti, avendo cura di dare attuazione solo alla prima delle due caratteristiche si correrebbe l'evidente rischio di introdurre un "diritto viziato nel godimento" perché ridotto al solo atto sessuale fra *partner* condizionato nei tempi e negli spazi, di per sé umiliante e degradante. Al contrario, la combinazione di questi due aspetti, conformemente alla normativa sovranazionale, «*fa riferimento a una completezza che attiene alla normalità maggiore possibile e che quindi non può ignorare gli aspetti più intimi del rapporto*».

## **2. Dal diritto all'affettività a quello alla sessualità: i limiti soggettivi al suo concreto dispiegarsi**

Quanto ai destinatari del diritto, emerge la natura unitaria ma non indissolubile di quest'ultimo. L'ordinanza opera infatti una distinzione tra la sfera dell'affettività e quella della sessualità, pur includendo quest'ultima nella prima. Si legge che la questione affettiva «*riguarda il rapporto detenuto-famiglia e la soluzione dentro l'affettività del problema sessuale fra detenuto e coniuge o convivente stabile [...] vale soltanto quando quel rapporto sussista*».

In altri termini, se è chiaro che il diritto all'affettività ha una valenza tendenzialmente generale e deve intendersi nel senso più ampio possibile come «*rapporto detenuto-famiglia*», è ovvio che analogo carattere di generalità non possa riconoscersi alla sfera sessuale. Questa verrà quindi in rilievo solo se e in quanto esista all'interno della dimensione affettiva un rapporto di matrimonio o di convivenza stabile.

Tale soluzione, pur minando un pieno riconoscimento del diritto all'affettività-sessualità in carcere (perché imporrebbe di fatto un'astinenza sessuale per coloro che non siano legati da un vincolo matrimoniale o da rapporto stabile) appare l'unica soluzione concretamente attuabile. Quanto al riconoscimento di effettivi rapporti di convivenza soccorrerà l'applicazione degli esistenti criteri individuati in materia dal diritto di famiglia. Il problema semmai, a tutto concedere, potrà essere un altro: il rischio di unioni legali aventi il solo scopo di ottenere il diritto alla sessualità con il *partner*.

## **3. La "scelta negazionista": l'inibizione del diritto e l'insostenibilità del divieto**

L'ordinanza – nel terzo tornante del suo viaggio argomentativo - si occupa della «*scelta negazionista del nostro sistema penitenziario*» desumibile dal comma 2 dell'art. 18 della l. n. 354/1975 che «*esige il controllo a vista del personale di custodia sui colloqui e che quindi impone l'astinenza sessuale*». Scelta che il giudice *a quo* sottopone ad un duplice ordine di critiche: l'inibizione del diritto e l'insostenibilità del divieto.

Quanto al primo aspetto, richiamate le due citate raccomandazioni del Consiglio d'Europa, si fa leva su una delle più importanti pronunce della Corte Costituzionale in

tema di tutela di diritti umani nell'esecuzione penale: la sentenza n. 26 del 1999. Il richiamo a tale pronuncia appare necessario per minare le fondamenta stesse della scelta negazionista del legislatore italiano.

In primo luogo, viene chiarito che i principi di cui al 3° comma dell'art. 27 Cost. - umanizzazione e rieducazione della pena - *«si traducono non soltanto in norme e direttive obbligatorie rivolte all'organizzazione e all'azione delle istituzioni penitenziarie ma anche in diritti di quanti si trovino in esse ristretti»*. A tal fine la Corte specifica il criterio cui deve improntarsi il trattamento penitenziario: *«l'esecuzione della pena e la rieducazione che ne è finalità - nel rispetto delle irrinunciabili esigenze di ordine e disciplina - non possono mai consistere in "trattamenti penitenziari" che comportino condizioni incompatibili col riconoscimento della soggettività di quanti si trovano nella restrizione della loro libertà»*. Partendo da tali premesse – peraltro omesse nel testo dell'ordinanza - la Consulta, con una duplice dichiarazione di principio, fa emergere la portata del principio di umanità della pena in un'ottica di salvaguardia dei diritti inviolabili dell'uomo e della sua dignità, di cui anche il soggetto ristretto conserva la titolarità<sup>4</sup>.

Evidente è quindi l'importanza del richiamo a tale sentenza in un'ottica di critica alla scelta negazionista del legislatore italiano. E infatti i principi in essa sanciti – letti alla luce dell'art. 28 Ord. penit. e alla ricordata legislazione sovranazionale, e trasposti nella realtà fattuale - si traducono non soltanto in norme di principio dirette ad organizzare gli istituti di detenzione, ma in veri e propri diritti soggettivi e a cui l'ordinamento giuridico deve prestare adeguata tutela. Alla luce di queste riflessioni – osserva il giudice *a quo* - *«non è possibile costituzionalmente inibire il diritto al rapporto sessuale con il partner in una relazione legale di coniugio o di convivenza stabile e che la forma con cui deve essere ammessa la fruizione di tale diritto è quella dell'affettività, che evita l'effetto umiliante (e per questo inumano e degradante) del riconoscimento puro e semplice dell'ammissione a rapporti sessuali tra partner»*. In tal senso *«l'astinenza sessuale fa parte di queste dinamiche e colpisce il corpo in una delle sue funzioni fondamentali»*.

Interrogandosi sulla *ratio* di tale negazione, il giudice rimettente conferma l'insostenibilità del divieto di rapporti sessuali con il proprio *partner* secondo le modalità normativamente imposte dalla disposizione impugnata. Come spesso accade nel sistema penitenziario italiano, l'accento è posto sulle esigenze di ordine e sicurezza, sul concetto di *«una costante sorveglianza di principio»* in relazione ai diritti individuali dei soggetti ristretti. La limitazione di questi diritti sarebbe dunque possibile soltanto se, e nella misura in cui, il loro pieno riconoscimento si scontrasse con tali esigenze che assumono, nell'ordinamento italiano, una posizione di preminenza<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> *«I diritti inviolabili dell'uomo, il riconoscimento e la garanzia dei quali l'art. 2 Cost. pone tra i principi fondamentali dell'ordine giuridico, trovano nella condizione di coloro che sono sottoposti ad una restrizione della libertà personale, i limiti ad essa inerenti, che sono propri di tale restrizione, ma non sono affatto annullati da tale condizione. La restrizione della libertà personale secondo la Costituzione vigente non comporta dunque affatto una capitis deminutio di fronte alla discrezionalità dell'autorità preposta alla sua esecuzione»*. E dunque, *«la dignità della persona (art. 3, primo comma, della Costituzione) anche in questo caso - anzi: soprattutto in questo caso, il cui dato distintivo è la precarietà degli individui, derivante dalla mancanza di libertà, in condizioni di ambiente per loro natura destinate a separare dalla società civile - è dalla Costituzione protetta attraverso il bagaglio degli inviolabili diritti dell'uomo che anche il detenuto porta con sé lungo tutto il corso dell'esecuzione penale»*.

<sup>5</sup> Per un approfondimento sul tema dei diritti fondamentali in relazione con lo stato di detenzione e con le esigenze di ordine e sicurezza del carcere si vedano: M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino, 2002, p. 26 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, VI edizione, Padova, 2011, p. 229 ss..

#### **4. Non oltre il punto di estrema tensione: il difficile bilanciamento tra esigenze di sicurezza e diritti inviolabili**

Qui è il nocciolo del problema: quando tale preminenza debba ritenersi giustificata, se non si vuole correre il rischio di relegare il pieno riconoscimento di tali diritti al rango di mera eccezione.

Se vi sono situazioni in cui tale compressione appare inevitabile – basti pensare alle limitazioni dei diritti individuali per i soggetti sottoposti a regime detentivo speciale<sup>6</sup> – la situazione normativa in esame sembra difficilmente giustificabile con esigenze di ordine e sicurezza. Infatti «*si deve anche riflettere sul fatto che l'affermazione del principio di sorveglianza interviene in un luogo che è espressione della sorveglianza nelle sue mura, nell'organizzazione degli spazi, che è sostanza e simbolo della sorveglianza*».

In altri termini, l'esigenza di ordine e sicurezza non possono giustificare quella che appare non già compressione del diritto all'affettività-sessualità ma totale sacrificio dello stesso. Si è fuori, altrimenti, dalla logica del bilanciamento che permette, sì di giustificare la prevalenza di uno degli interessi in gioco ma mai oltre il punto di estrema tensione che produca il totale sacrificio di uno di essi, che ne pregiudichi la sua ineliminabile ragion d'essere<sup>7</sup>.

Il Magistrato di sorveglianza solleva d'ufficio quattro eccezioni di incostituzionalità dell'art.18, comma 2, l. n. 354 del 1975:

[1] Violazione degli artt. 2 e 3 Cost.. Da tali articoli è possibile desumere il "principio supremo della libertà-dignità", pervasivo dell'intera Costituzione repubblicana, epitome di tutti quei valori metagiuridici, legati alla solidarietà e alla dignità della persona umana, rispettosi dell'uomo in tutte le sue manifestazioni e senza alcuna distinzione di sorta<sup>8</sup>.

Tale principio non può dunque non venire in rilievo nel caso in questione, rimanendo il detenuto titolare di quei diritti inviolabili ed inalienabili previsti dall'art. 2 Cost., che gli spettano in quanto essere umano, e nei cui confronti lo Stato deve assumere un ruolo propulsivo. Emerge infatti come l'astinenza sessuale non solo violerebbe le norme più volte ricordate, ponendosi anche in contrasto con la richiamata giurisprudenza costituzionale, ma avrebbe come naturale conseguenza «*il ricorso a pratiche masturbatorie o di omosessualità ricercata o coatta (sia che la coazione consegua alla violenza o alla minaccia o ad un consenso rassegnato alla situazione), pratiche tutte che avviliscono profondamente la persona del detenuto, nel momento in cui dovrebbe essere proposta la sua promozione umana*».

---

<sup>6</sup> Sul tema del regime detentivo speciale si vedano, tra i molti, S. ARDITA, *Il regime detentivo speciale 41-bis*, Milano, 2007; C.DEFILIPPI – D.BOSI, *L'art. 41-bis Ord. Pen. e le garanzie del detenuto*, Torino, 2007; P. CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, Milano, 2010.

Dal punto di vista della giurisprudenza costituzionale si vedano in particolare le sentt. n. 349/1993, n. 410/1993, n. 351/1996 e n. 190/2010.

<sup>7</sup> R.BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, p. 81; F. MODUGNO, *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, p. 101.

<sup>8</sup> In tal senso F. MODUGNO, *I "nuovi diritti"*, cit., p. 107.

Donde la richiesta del Magistrato di sorveglianza «*di dichiararsi la illegittimità costituzionale del comma 2 dell'art. 18 della l. 354/75, che richiede il controllo a vista dei colloqui, in quanto impedisce la intimità dei rapporti affettivi fra i componenti della famiglia fondata sul rapporto di coniugio o di convivenza stabile*».

[2] Violazione dei principi di umanizzazione e rieducazione della pena sanciti dal comma 3 dell'art. 27 Cost., parafrasato nell'art. 1, Ord. pen.<sup>9</sup> Il richiamo a tali disposizioni, unitamente al disposto degli artt. 13, 15 e 28 Ord. penit. e alla giurisprudenza costituzionale in tema di rieducazione e umanizzazione<sup>10</sup>, appare fondamentale per il pieno riconoscimento del diritto all'affettività, ai legami familiari e, all'interno di questo, della sfera sessuale delle persone ristrette. E, infatti, il continuo controllo visivo, l'astinenza sessuale che conduce alle degradanti conseguenze del sesso solitario o dell'omosessualità indotta e l'assenza di una situazione di preminenza delle esigenze di ordine e sicurezza a giustificazione della scelta negazionista, ledono il dettato costituzionale che - esigendo una pena umana, rieducativa e risocializzante - non può certo trascurare la sfera affettiva e sessuale nella sua forma più completa, volta cioè a «*mantenere, migliorare o ristabilire relazioni dei detenuti e degli internati con le famiglie*» (art. 28 Ord. penit.). Da qui l'eccezione d'incostituzionalità del 2 comma dell'art. 18 l. n. 354/1975 per violazione dell'art. 27, comma 3, nella misura in cui, impedendo di fatto l'intimità dei rapporti affettivi, consente che «*la pena non attui le sue finalità rieducative/risocializzanti/socialmente inclusive*».

[3] Violazione di disposizioni costituzionali riguardanti la famiglia e la maternità: il comma 1 dell'art. 29, a norma del quale «*La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio*» e l'art. 31 nella misura in cui dispone che «*La Repubblica agevola [...] la formazione della famiglia e l'adempimento dei compiti relativi*» e «*Protegge la maternità, l'infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo*». Il riconoscimento del diritto all'affettività-sessualità in carcere va inteso in senso ampio, inclusivo anche delle ipotesi in cui, pur mancando un vincolo legale, sussista un legame affettivo stabile riscontrabile nella convivenza abituale: ciò perché è l'affettività «*che è valore che fonda e mantiene il legame familiare*».

È un quadro costituzionale in cui lo Stato assume su di sé il compito di favorire, proteggere e agevolare la famiglia e la maternità - e con essa naturalmente i rapporti affettivi che si creano al suo interno. È un quadro costituzionale che mal si concilia con

---

<sup>9</sup> Rubricato "Trattamento e rieducazione", così dispone: «*Il trattamento penitenziario deve essere conforme ad umanità e deve assicurare il rispetto della dignità della persona*». E, ancora, all'ultimo comma: «*Nei confronti dei condannati e degli internati deve essere attuato un trattamento rieducativo che tenda, anche attraverso i contatti con l'ambiente esterno, al reinserimento sociale degli stessi. Il trattamento è attuato secondo un criterio di individuazione in rapporto alle specifiche condizioni dei soggetti*».

<sup>10</sup> Sulla funzione della pena e sui principi di umanizzazione e rieducazione si vedano tra i molti contributi: G. VASSALLI, *Funzioni e insufficienze della pena*, in *Riv. it. proc. pen.*, 1962, p. 296 ss.; G. BETTIOL, *Il mito della rieducazione*, in *Sul problema della rieducazione del condannato*, II Convegno di dir. pen., 1964, Padova, p. 3 ss.; G. VASSALLI, *Il dibattito sulla rieducazione*, in *Rass. penit. e crim.*, 1982, p. 442 ss.; M. RUOTOLO *Il principio di umanizzazione della pena e i diritti dei detenuti nella costituzione italiana*, in *Riv. Diritto e società*, N. 1, Padova, 2005, p. 54 ss.; A. MORO, *La funzione della pena, lezione del 13 gennaio nella Facoltà di Scienze politiche dell'Università degli studi di Roma*, in S. ANASTASIA, F. CORLEONE, *Contro l'ergastolo. Il carcere a vita, la rieducazione e la dignità della persona*, Roma, 2009, p. 125 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, op. cit. p. 730 ss. Da ultimo con particolare riguardo alla giurisprudenza costituzionale si veda F. BAILO, *La scrittura delle sanzioni (una prospettiva costituzionalistica)*, Milano, 2012, p. 261 ss..

la scelta negazionista del legislatore responsabile di un'astinenza sessuale, consacrata dai cd. «matrimoni "bianchi" in carcere, con la celebrazione dell'atto, ma non la consumazione dello stesso».

[4] Violazione del diritto alla salute, costituzionalmente garantito dai due commi dell'art. 32. La logica proibizionista del 2° comma dell'art. 18 Ord. penit., inducendo il soggetto ristretto - per reagire all'astinenza sessuale - a pratiche di autoerotismo o ad una omosessualità ricercata o coatta e, quindi, ad un *deficit* di rapporti affettivi con il proprio *partner*, «impedisce uno sviluppo normale della sessualità con nocive ricadute stressanti sia di ordine fisico che psicologico». Tali pratiche, esponendo il reo al concreto pericolo di contrarre malattie sessualmente trasmissibili, si pongono in palese contrasto con la fase preventiva della tutela del diritto alla salute. La soluzione additiva richiesta alla Corte costituzionale conseguirebbe, dunque, due importanti risultati: limitare quel sentimento di frustrazione connaturato alla nozione stessa di astinenza (riducendo anche il numero di rapporti a rischio) e garantire il rispetto della persona umana (eliminando l'effetto umiliante che discenderebbe dalla sola soddisfazione fisica del desiderio sessuale)<sup>11</sup>.

Tutto ciò considerato il Magistrato di sorveglianza, «chiede di dichiarare la illegittimità costituzionale dell'art. 18, comma 2 della legge 26/7/1975 n. 354 (Ordinamento penitenziario), nella parte in cui prevede che il controllo a vista dei colloqui impedisce la effettuazione, nel quadro del pieno riconoscimento dei rapporti affettivi con i familiari, di rapporti intimi con il partner (legato con un rapporto coniugale o con stabile rapporto di convivenza, sul quale si è innestata o meno una situazione familiare)».

## **5. Verso una soluzione costituzionalmente obbligata, oltre gli ostacoli processuali**

Appare difficoltoso fare previsioni sulla risposta della Consulta alle richieste avanzate nell'ordinanza: non solo per la complessità del tema ma anche per il tipo di intervento richiesto. Infatti, trattandosi di un settore – quello dell'amministrazione penitenziaria – caratterizzato da particolare complessità organizzativa e dall'inevitabile condizionamento delle scelte politiche, è difficile ipotizzare che la Corte scelga di pronunciarsi con la richiesta sentenza sostitutiva. La diretta applicazione della norma modificata potrebbe generare un effetto simile a quello derivato dalla nota sentenza *Sulejmanovic c. Italia*<sup>12</sup> della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in ambito di sovraffollamento carcerario: un elevatissimo numero di ricorsi e il venir meno di diverse disposizioni in rapporto di connessione logica con l'art. 18, comma 2 della l. n. 354 del 1975<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> Per approfondire il tema del diritto alla salute in carcere si vedano in particolare: C. FIORIO, *Libertà personale e diritto alla salute*, Padova, 2002, p. 37 ss.; F. FACCIOI, V. GIORDANO, C. SARZOTTI, *L'AIDS in carcere e nella società*, Milano, 2003; M. ESPOSITO, *Malati in carcere. Analisi dello stato di salute delle persone detenute*, Milano, 2007; M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, Napoli, 2011, p. 107 ss.

Quanto alla giurisprudenza costituzionale sul tema si ricordano le sentt. n. 134/1984, n. 70/1994, n. 165/1996; n. 173/1997, n. 70/1994.

<sup>12</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 16 luglio 2009, *requête* n. 22635/03.

<sup>13</sup>

Si tratta, in particolare, degli artt. 37 e 61 del D.P.R. 30 giugno 2000, n. 230 (Regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà). La prima di tali disposizioni, pur innovando sensibilmente le modalità di svolgimento dei colloqui tra detenuti e familiari – basti pensare all'eliminazione

Si aggiunga la considerazione che l'effetto della declaratoria di illegittimità costituzionale potrebbe limitare l'azione ponderata del legislatore in una materia che, per la sua complessità, impone invece percorsi normativi ragionati e condivisi. A questo proposito, va ricordato che nello schema originario del Regolamento era stata proposta l'introduzione, all'art. 61, di una particolare forma di permesso volto a consentire alle persone ristrette di trascorrere con i propri familiari fino a 24 ore continuative in apposite unità abitative all'interno dell'istituto di detenzione, soluzione analoga a quelle adottate da diversi Paesi dell'area europea, fra cui Spagna, Norvegia, Danimarca e Svezia. L'elemento più innovativo della proposta consisteva senz'altro nell'esclusione del controllo visivo del personale penitenziario all'interno di tali unità, consentito solo ove motivato da situazioni di comprovata emergenza. La proposta, seppur apprezzabile sul piano del pieno riconoscimento del diritto all'affettività-sessualità in ambiente penitenziario, era tuttavia destinata a scontrarsi con un'insormontabile questione gerarchica, dovuta all'inconciliabilità del suo disposto con le previsioni del sovraordinato art. 18, l. n. 354 del 1975<sup>14</sup>.

L'eventuale dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 18, comma 2 ord. penit. permetterebbe quindi di superare tale ostacolo gerarchico, prospettando così la possibilità di escludere l'obbligatorietà del controllo a vista del personale di custodia anche attraverso una disciplina regolamentare. Ciò detto, più che l'intervento dell'esecutivo sembrerebbe preferibile, vertendosi in tema di diritti fondamentali, l'azione ponderata del legislatore che offre senz'altro maggiori certezze quanto alla garanzia dei diritti coinvolti.

Dubbi ulteriori vengono in luce quanto al tipo di intervento sollecitato. Chiedendo di dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 18, comma 2 Ord. penit. *«nella parte in cui prevede che il controllo a vista dei colloqui impedisce la effettuazione (...) di rapporti intimi con il partner»* il giudice rimettente sembra optare, quantomeno formalmente, per una pronuncia di accoglimento parziale traducibile, sotto il profilo sostanziale, in un intervento sostitutivo.

Forse il giudice *a quo*, più chiaramente, avrebbe potuto chiedere una sentenza additiva, ossia la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 18, 2° comma, nella parte in cui non prevede la possibilità per il detenuto di incontrare il *partner* in luoghi sottratti al controllo a vista del personale di custodia. Tale soluzione, pur non formalmente espressa, sembrerebbe tuttavia desumibile dal complesso dell'ordinanza: l'intervento

---

dei pannelli divisorii, che senz'altro mira a favorire l'espressione anche fisica dell'affettività – purtuttavia riafferma al quinto comma l'obbligatorietà del controllo a vista del personale di Polizia penitenziaria per tutta la durata dei colloqui stessi.

L'art. 61, rubricato «Rapporti con la famiglia e progressione nel trattamento», contempla poi la possibilità, per la Direzione degli istituti, sia di concedere colloqui ulteriori rispetto a quelli garantiti dall'art. 37, e sia di «autorizzare la visita da parte delle persone ammesse ai colloqui, con il permesso di trascorrere parte della giornata insieme a loro in appositi locali o all'aperto e di consumare un pasto in compagnia», subordinando tuttavia tale opportunità all'osservanza delle modalità di controllo previste dall'art. 18, co. 2 Ord. penit., espressamente richiamato dalla norma in parola.

È allora evidente come entrambe le disposizioni, richiamando esplicitamente o implicitamente le modalità di controllo di cui all'art. 18, risulterebbero travolte qualora la Consulta accogliesse la questione di illegittimità costituzionale di quest'ultimo.

<sup>14</sup> Tale inconciliabilità è stata rilevata dalla Sezione consultiva del Consiglio di Stato, che nell'adunanza del 17 aprile 2000, pronunciandosi sullo schema di regolamento, aveva infatti sottolineato come le scelte proposte non potessero essere legittimamente effettuate in sede regolamentare, richiedendosi necessariamente «l'intervento del legislatore, al quale solo spetta il potere di adeguare sul punto una normativa penitenziaria che sembra diversamente orientata».

sostitutivo, infatti, mirando a affiancare - non a eliminare - ai casi di obbligatorietà del controllo a vista la possibilità di escludere tale controllo al ricorrere di determinate condizioni, sostanzialmente non potrebbe che configurarsi come un intervento di tipo additivo, che trova nella sentenza di accoglimento parziale il suo naturale presupposto.

Il verso dell'addizione sembrerebbe dunque desumibile interpretando la richiesta del giudice rimettente alla luce della parte motiva dell'ordinanza: ad essere viziata da illegittimità costituzionale non sarebbe la volontà negativa in quanto tale, ma la mancata previsione di una volontà positiva che renda possibile, al ricorrere di determinate condizioni, un'alternativa all'obbligatorietà del controllo a vista del personale di custodia<sup>15</sup>.

Con ciò l'obbligo di indicazione del "verso" sarebbe soddisfatto per un esame nel merito della questione, stante la inadeguata (o addirittura omessa) descrizione della fattispecie ad opera del giudice rimettente. In diverse occasioni la Consulta ha ritenuto l'insufficiente o mancata descrizione della fattispecie elemento tale da rendere inammissibile la questione, stante l'impossibilità per la Corte di operare un sindacato di legittimità in via astratta e svincolata dalla concreta fattispecie oggetto del giudizio di merito<sup>16</sup>. In effetti, precludendo il necessario controllo in punto di rilevanza, l'ordinanza di rimessione in esame, svolgendo un discorso dai profili generici ed astratti sul caso di specie, rischia di integrare proprio il vizio di omessa o insufficiente descrizione della fattispecie rendendo la questione manifestamente inammissibile.

Di là dal rilevato, forse non insuperabile, ostacolo "processuale"- che peraltro non precluderebbe la riproposizione della *quaestio*<sup>17</sup>- è da sottolineare che l'eventuale intervento additivo richiederebbe comunque la successiva azione legislativa, o quanto meno regolamentare, per determinare le modalità di svolgimento degli incontri. Infatti, quale che fosse il tipo di intervento scelto dalla Corte, è evidente che la dichiarazione di incostituzionalità creerebbe una voragine normativa nella quale cadrebbero tanto la disposizione oggetto del ricorso quanto l'intero istituto - quello dei colloqui familiari - che su di essa è modellato; imponendo di conseguenza un celere intervento parlamentare volto a colmare la lacuna.

A ciò si aggiungerebbero rilevanti ostacoli sul piano pratico, derivanti dalla necessità di predisporre e mantenere in funzione le strutture necessarie a garantire l'esercizio del nuovo diritto all'affettività-sessualità in carcere: difficile immaginare che

<sup>15</sup> Sul tema delle sentenze additive si vedano, *ex plurimis*, P. CARNEVALE, F. MODUGNO, *Sentenze additive, soluzione costituzionalmente obbligata e declaratoria di inammissibilità per mancata indicazione del verso della richiesta addizione*, in *Giur. cost.*, 1990, p. 519; L. MEZZETTI, M. BELLETTI, E. D'ORLANDO, E. FERIOLI, *La giustizia costituzionale*, Torino, 2009, p. 435 ss.; A. PUGIOTTO, *Dottrina del diritto vivente e ridefinizione delle sentenze additive*, in *Giur. Cost.*, 1992, p. 3672 ss.; A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2009, p. 149 ss..

<sup>16</sup> Si vedano, a titolo esemplificativo, le recenti ordinanze Cort. Cost. n. 95/11 e 100/11 del 2011 in tema di immigrazione clandestina, nella seconda delle quali la stessa Consulta chiarisce che «*le ordinanze di rimessione presentano carenze in punto di descrizione della fattispecie concreta e di motivazione sulla rilevanza tali da precludere lo scrutinio nel merito delle questioni*» di conseguenza viene dichiarata l'inammissibilità delle stesse «*in mancanza di una compiuta descrizione della fattispecie concreta che ha dato origine all'imputazione*».

<sup>17</sup> Occorre ricordare, infatti, che un'eventuale dichiarazione di inammissibilità motivata da omessa o insufficiente descrizione della fattispecie concreta non produrrebbe comunque alcun effetto preclusivo, potendo lo stesso giudice rimettente riproporre la *quaestio*, integrando opportunamente la precedente ordinanza di rinvio: *cfr.*, per tutti, L. CARLASSARE, *Le «questioni inammissibili» e la loro riproposizione*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, I, Padova, 1985, p. 133 ss..

le ingenti risorse richieste da un progetto di così ampio respiro siano reperibili nell'attuale quadro di emergenza economica e sociale, nel quale le priorità dell'agenda politica sembrano concentrarsi altrove lasciando in secondo piano la dimensione dei diritti soggettivi.

A questo proposito è tuttavia necessario ricordare la recentissima presentazione, il 24 luglio u.s., del disegno di legge n. 3420 su iniziativa dei senatori Della Seta e Ferrante avente ad oggetto proprio la modifica della legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di affettività in carcere. Più precisamente la proposta, facendo leva - o addirittura muovendo - dalle riflessioni compiute dall'ordinanza di rimessione in commento, è tesa ad un rinnovamento del quadro normativo offerto dall'attuale ordinamento penitenziario, nell'ottica di favorire l'accennato "processo di emersione" del diritto all'affettività attraverso una serie di modifiche che, eliminando il carattere di obbligatorietà del controllo a vista del personale di custodia, consentono ai soggetti ristretti di sentirsi liberi nelle relazioni affettive<sup>18</sup>.

Al netto delle (non insuperabili) difficoltà processuali, una decisione nel merito della Consulta sembra tuttavia auspicabile, anche a fronte di tale manifestazione di interesse parlamentare: difficile infatti farsi prendere da facili entusiasmi, essendo tutt'altro che scontata l'approvazione del disegno da parte delle Camere. La storia parlamentare dei progetti di legge in tema di affettività nelle carceri italiane è, infatti, costellata da numerosi insuccessi che affondano le proprie radici nella ricerca di un sempre difficile punto d'incontro tra le diverse forze politiche<sup>19</sup>. Una pronuncia nel merito della Corte darebbe nuovo vigore al tema dei diritti soggettivi delle persone ristrette troppo spesso colpevolmente caduti nel dimenticatoio parlamentare.

Qualunque ne sarà l'esito, si deve plaudire alla scelta di portare all'attenzione del mondo del diritto – e della società tutta – la questione delicata e rilevante della

---

<sup>18</sup> In particolare il disegno di legge mira ad introdurre le seguenti modifiche: Art. 1 1. All'articolo 28 della legge 26 luglio 1975, n. 354, sono apportate le seguenti modificazioni: a) è aggiunto, in fine, il seguente comma: «Particolare cura è altresì dedicata a coltivare i rapporti affettivi. A tale fine i detenuti e gli internati hanno diritto ad una visita al mese della durata minima di sei ore e massima di ventiquattro ore con le persone autorizzate ai colloqui. Le visite si svolgono in locali adibiti o realizzati a tale scopo, senza controlli visivi e auditivi»; b) alla rubrica dell'articolo 28 della legge 26 luglio 1975, n. 354, sono aggiunte, infine, le seguenti parole: «e diritto all'affettività». Art. 2. 1. All'articolo 30, secondo comma, della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni, è sostituito dal seguente: «Analoghi permessi possono essere concessi per eventi familiari di particolare rilevanza». Art. 3. 1. All'articolo 30-ter della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni, è aggiunto, in fine, il seguente comma: «8-bis. Ai condannati che hanno tenuto regolare condotta ai sensi del comma 8, il magistrato di sorveglianza può concedere, oltre ai permessi di cui al comma 1, un ulteriore permesso della durata di dieci giorni per ogni semestre di carcerazione per coltivare specificatamente interessi affettivi». Art. 4 1. All'articolo 18, della legge 26 luglio 1975, n. 354, il quinto comma è sostituito dal seguente: «Per ciascun colloquio ordinario non effettuato è concesso ai detenuti e agli internati un colloquio telefonico aggiuntivo, con le persone autorizzate, della durata di quindici minuti. La telefonata può essere effettuata con costo a carico del destinatario».

<sup>19</sup> Si vedano a questo proposito le seguenti proposte di legge: n. 1503, d'iniziativa dell' On. Folena, presentata il 13 giugno 1996; n. 3331, d'iniziativa del l' On. Pisapia, presentata il 28 febbraio 1997; n. 3020, d'iniziativa degli On. li Boato e Ruggieri, presentata il 12 luglio 2002; n. 3801, d'iniziativa degli On. li Schirru e Codurelli, presentata il 21 ottobre 2010 e n. 63, d'iniziativa del senatore Malabarba, presentata il 28 aprile 2006.

Da un esame complessivo delle proposte di legge si rileva oltre alla simiglianza di intitolazioni (la più ricorrente è "Modifiche alla legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di relazioni affettive"), analogia di contenuti e, conseguentemente, piena convergenza di obiettivi. Tali proposte, volte a consentire non solo un maggior numero di visite ma anche - e soprattutto - la predisposizione di locali idonei al godimento del diritto, escludendo l'obbligatorietà del controllo a vista del personale di custodia, convergono infatti verso un medesimo scopo: far emergere il diritto "sommerso", dando piena consistenza all'affettività-sessualità in carcere.

legittimità di norme che comprimono la sfera intima delle persone detenute, più di quanto richiedano pur fondamentali esigenze di ordine e sicurezza negli istituti penitenziari.

Una scelta, quella sopra richiamata, che può essere peraltro inquadrata in un contesto più generale di valorizzazione effettiva dei principi costituzionali in materia penitenziaria, nel segno di una rinnovata coscienza istituzionale la cui maturazione richiede senza dubbio un serrato dialogo tra coloro che operano sul piano giuridico-normativo e coloro che concretamente sono inseriti nella dimensione carceraria (associazioni di volontariato, garanti, educatori, ecc.).

Nel nostro caso, far emergere il diritto “sommerso” significherebbe non solo muovere nella direzione appena auspicata ma adempiere a un obbligo costituzionalmente imposto perché *«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»*<sup>20</sup>.

\*\* Dottoranda di ricerca in Diritto costituzionale, Università di Roma III

---

<sup>20</sup> Corte Cost. sent. n. 349/1993.