



1506
UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI URBINO
CARLO BO

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA – DiGIUR

CORSO DI LAUREA IN GIURISPRUDENZA

CATTEDRA DI DIRITTO PENITENZIARIO

Affettività e sessualità intramuraria: la ricerca di un equilibrio tra sicurezza e diritti fondamentali

Relatore: Chiar.mo. Prof.

JACOPO SACCOMANI

Tesi di laurea di

VIOLA MAZZUCHELLI

Anno Accademico 2022/2023

INDICE

INTRODUZIONE	I
---------------------------	---

CAPITOLO I

IL DIRITTO ALL’AFFETTIVITÀ DELLE PERSONE RISTRETTE

1.1 L’affettività in carcere	1
1.2 L’affettività come diritto?	15

CAPITOLO II

LO STATO DELL’ARTE IN ITALIA TRA CARTE SOVRANAZIONALI, COSTITUZIONE E LEGISLAZIONE NAZIONALE

2.1 Uno sguardo in Europa	26
2.2 I principi costituzionali	42
2.3 La normativa di rango primario e secondario	50
2.4 Proposte di riforma presentate e calendarizzate, ma poi dimenticate	72
2.4.1 Il diverso impatto della proposta Margara nel 1999: il progetto di riforma del regolamento di esecuzione penitenziaria	77
2.4.2 Gli Stati Generali dell’esecuzione penale tra 2015 e 2016: un diverso tentativo di riforma	80
2.4.3 La commissione Giostra nel 2017 e il d.lgs. n. 123/2018, una riforma mancata	83
2.4.4 Ulteriori tentativi di riforma: il Parlamento sollecitato dalle regioni Toscana e Lazio, la creazione della Commissione per l’innovazione del sistema penitenziario e la proposta Magi	86

CAPITOLO III

L'ILLEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE: IL NUOVO QUADRO NORMATIVO E PROSPETTIVE

3.1 La Corte costituzionale sollecitata dall'ordinanza del Magistrato di sorveglianza di Firenze e la sentenza 301 del 2012	91
3.2 Una nuova questione di legittimità costituzionale: l'ordinanza del Magistrato di sorveglianza di Spoleto del 12 gennaio 2023	104
3.3 La tanto attesa pronuncia di illegittimità costituzionale, la sentenza 10/2024	115
CONCLUSIONE	128
BIBLIOGRAFIA	137
SITOGRAFIA	149
GIURISPRUDENZA CORTE COSTITUZIONALE	155
ORDINANZE MAGISTRATURA DI SORVEGLIANZA	156
GIURISPRUDENZA CORTE DI CASSAZIONE	156
GIURISPRUDENZA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO	157
PROPOSTE DI LEGGE	158

INTRODUZIONE

«Quando si parla di affettività in carcere il pensiero di chi non lo conosce corre al sesso, che certo è una parte importante dell'essere umano, ma ho la presunzione di pensare, dopo anni di volontariato, che serva soprattutto un luogo dove il detenuto si possa trovare finalmente solo con chi ama, una compagna, i genitori, i figli e riesca così a esprimere il suo vero sentire, l'accogliere e rendere caldi e lunghi abbracci, lasciare libere lacrime trattenute troppo a lungo, tornare per un attimo agli occhi dei figli il padre o la madre che loro ricordano e non sempre ritrovarsi in mezzo a tanti dove tutto si perde nel brusio, se non nella confusione di una sala colloqui».¹

Il tema del diritto all'affettività dei detenuti pone interrogativi cruciali: cos'è l'affettività? È un diritto? È effettivamente garantito? E i detenuti hanno effettivamente diritti? Sono tutelati adeguatamente? Questi quesiti costituiscono sia un presupposto, sia un oggetto di riflessione centrale della tesi.

Il termine affettività, derivato da "affettivo", comprende dentro di sé plurimi significati, secondo l'enciclopedia Treccani «in psicologia indica l'insieme dei fatti e dei fenomeni affettivi (sentimenti, emozioni, passioni, ecc.) che caratterizzano le tendenze e le reazioni psichiche di un individuo».² Nel contesto legislativo, giuridico e pubblico tale termine quando viene riferito alle persone ristrette include sia le relazioni familiari, come quelle coniugali o genitoriali³, sia la dimensione della sessualità in senso proprio. Tuttavia, entrambe le accezioni sono trascurate nella prassi: seppure la legge di ordinamento penitenziario inserisca i rapporti con la famiglia fra gli elementi del trattamento, indicandoli come funzionali al successo del percorso rieducativo, ciò si concretizza in brevi colloqui telefonici e visivi; il diritto alla sessualità, invece, resta completamente inattuato, ostacolato da ragioni politiche, culturali e difficoltà tecnico-logistiche.

In virtù di ciò, attualmente il diritto all'affettività dei detenuti è un diritto esistente solamente sulla carta e nella teoria, mentre nella realtà carceraria viene sistematicamente

¹ C. Boni, *Quell'indispensabile diritto perché l'uomo viva*, in *Voci di dentro*, n. 46, gennaio 2023, p. 15.

² Si veda <https://www.treccani.it/enciclopedia/affettivita/>, consultato il 15/03/24.

³ La questione del rapporto con i figli che qui non si può approfondire, si può solo citare la Convenzione Internazionale sui diritti del fanciullo e la Carta europea dei diritti del fanciullo che stabiliscono l'importanza dei contatti tra genitori che stanno scontando una pena e figli.

negato, ignorato, censurato, quando non ridicolizzato. L'opinione pubblica, influenzata e plasmata dalla perdurante propaganda populista, nell'esprimersi sulle persone ristrette esprime un'unica visione: "rinchiudeteli e gettate la chiave". È evidente, dunque, come sia necessario uno sforzo di evoluzione collettiva per giungere al riconoscimento che le persone ristrette, durante il periodo di detenzione continuano invece a godere di diritti, tra cui quello all'affettività.

Il legislatore italiano, conscio di questa problematica e sollecitato anche da pronunce come quella della Corte costituzionale che ha riconosciuto la sessualità come «uno degli essenziali modi di espressione della persona umana»,⁴ ha tentato di intervenire. Tuttavia, quello che si annovera in materia è un triste elenco di proposte di legge calendarizzate ma poi neanche discusse; si può citare per il singolare contributo che ha offerto al dibattito sul tema la proposta del 1999 di modifica del regolamento di esecuzione della legge di ordinamento penitenziario presentata da Alessandro Margara, la quale non ha comunque ottenuto alcun seguito. Anche la più recente riforma Giostra del 2017 è fallita. Attualmente (nel 2024) pochi sforzi sono stati compiuti, tra questi, le iniziative del Consiglio Regionale della Toscana e del Consiglio regionale del Lazio nel 2020 e 2021, e una nuova proposta di legge a prima firma Magi (+Europa) nel 2023.

Questo poiché le difficoltà nell'assicurare il rispetto e l'attuazione del diritto all'affettività dei detenuti sono plurime. Il tema è delicato ed è connesso ad altri diritti, quali quello alla salute e quello alla comunicazione, entrambi centrali nel mondo penitenziario. Inoltre, si scontra con altre esigenze, quelle di sicurezza, altrettanto cruciali sia per la gestione degli istituti penitenziari, sia per la società esterna. Perciò, se da un lato la Corte costituzionale, la contemporanea psicologia, specie quella penitenziaria, le norme stesse della legge di ordinamento penitenziario sono tutte concordi nel riconoscere tale diritto, dall'altro lato si sollevano preoccupazioni per la sicurezza; specialmente nel caso di colloqui privi di controllo visivo da parte degli agenti penitenziari, opposizione che giunge all'estremo quando si discute dell'applicazione di questo diritto a particolari categorie di detenuti come quelli sottoposti al regime dell'art. 41-bis.

Tuttavia, si nota che l'Italia è invitata a redigere una disciplina puntuale che contempi e implementi questo diritto anche alla luce degli esempi dei paesi europei limitrofi come la Francia, la Spagna, la Germania che hanno già preso misure in tal senso.

⁴ Sentenza numero 561, 18 dicembre 1987.

Mentre si rifletteva su tutto questo la realtà è stata più veloce delle analisi e degli studi – fatto significativo – è infatti un qualche cosa di inevitabile quando si studia una materia che è così intrinsecamente legata alla quotidianità, alla vita delle persone, ai loro diritti, che le norme a volte non riescano ad anticiparla ma siano invece costrette a rincorrerla. Ci si riferisce alla tanto attesa pronuncia di illegittimità costituzionale dell'articolo 18 co. 2, nella parte in cui «non prevede che la persona detenuta possa essere ammessa a svolgere i colloqui con il coniuge, la parte dell'unione civile o la persona con le stabilmente convivente, senza il controllo a vista del personale di custodia, quando tenuto conto del comportamento della persona detenuta in carcere, non ostino ragioni di sicurezza o esigenze di mantenimento dell'ordine e della disciplina, né, riguardo all'imputato, ragioni giudiziarie».⁵

In verità, in questo caso specifico, cioè il riconoscimento del diritto all'affettività e sessualità per le persone detenute, il legislatore non può dirsi colto di sorpresa dalla tanto attesa e finalmente arrivata pronuncia di illegittimità costituzionale.

Con questo lavoro ci si propone nella fase iniziale di dedicarsi ad un'analisi della dimensione socio-giuridica che conferisce al tema in esame la qualifica di diritto; successivamente, nella seconda parte, di esaminare in dettaglio la cornice normativa esistente a livello sovranazionale, costituzionale e nazionale in merito; nella terza si analizza il ruolo ricoperto dalla giurisprudenza costituzionale, con particolare attenzione alla recentissima sentenza numero 10 del 26 gennaio 2024 e alle sue implicazioni su una realtà, quella carceraria, complessa, e perciò spesso ignorata, dimenticata, abbandonata, la quale risulta invece evidente richiede un'attenzione immediata e la volontà di affrontarla senza indugi.

⁵ Sentenza Corte costituzionale, numero 10, 26 gennaio 2024.

CAPITOLO I

II DIRITTO ALL'AFFETTIVITÀ DELLE PERSONE RISTRETTE

1.1 L'affettività in carcere

«L'affettività è intesa come sfera dei sentimenti e delle emozioni ed è coinvolta in diversi contesti: la famiglia, la coppia, il gruppo; ambiti in cui si sperimentano variegati stati d'animo e vissuti [...]».¹ Ontologicamente legata all'affettività vi è la sessualità che «ha una funzione relazionale che si attua con la mediazione affettiva: comporta una dinamica dialogica, un linguaggio e una comunicazione che favoriscono i rapporti interpersonali e implicano il rafforzamento dei legami affettivi».²

Questa due definizioni sono riferibili in generale ad ogni individuo, si tratta infatti di esperienze emotive che tutti sperimentano nella propria vita, ebbene questa situazione viene bruscamente modificata quando una persona varca la soglia di un carcere per scontare una pena detentiva. Infatti, la detenzione per via delle sue caratteristiche si configura come un «proiettile a frammentazione»³ che esplose sul detenuto e su tutte le sue relazioni, familiari, amicali, intime, parentali: «lo sradicamento dalla famiglia, la solitudine, la lontananza dagli affetti, la perdita del proprio ruolo coniugale o genitoriale e la necessità di tenere soffocato, o comunque di dover deviare, il proprio desiderio sessuale, rappresentano per la maggioranza dei reclusi gli elementi più afflittivi della detenzione»⁴.

All'interno del termine affettività rientrano dunque diverse componenti e come premessa occorre specificare che la componente che riguarda i rapporti con i congiunti e i figli è riconosciuta normativamente sia nella legge di ordinamento penitenziario sia nel regolamento di esecuzione⁵, ma con previsioni particolarmente restrittive e di controllo

¹ L. Boccadoro e S. Carulli, *Il posto dell'amore negato. Sessualità e psicopatologie segrete*, Ancona, Edizioni TecnoPrint, 2009, p. 78.

² G. Zuanazzi, *Temi e simboli dell'eros*, Roma, Città Nuova, 1991 citato in L. Boccadoro e S. Carulli, *ivi*, p. 86.

³ M. G. Sykes, *The society of captives. A study of a maximum security prison*, New Jersey, 1958.

⁴ *Il problema dell'affettività*, in *Ristretti Orizzonti, Sistema penale e tutela della salute, Tutela del benessere in carcere*.

<http://www.ristretti.it/areestudio/salute/inchieste/ferrari/nono.htm#Il%20problema%20dell'affettività>, consultato il 17/11/23.

⁵ Si richiamano per il momento a riguardo l'articolo 18 della legge 354 del 1975 e gli artt. 37, 38, 39 del Regolamento di esecuzione 230 del 2000, ma si rinvia *infra* cap. II par. 2.3.

di cui da tempo si evidenziano le criticità, indicazioni che però purtroppo molto spesso vengono ignorate. Per quanto riguarda invece la componente della sessualità essa non è disciplinata in alcuna legge o regolamento, nonostante norme programmatiche come quelle delle Carte sovranazionali⁶, della Costituzione⁷, ma anche della stessa legge di ordinamento penitenziario⁸, si esprimano nel senso di garantirla. Purtroppo, quello che ci si ritrova a constatare è che con riguardo a questi temi si assiste ad un atteggiamento di chiusura, attorno ad essi veleggia un'aura di indifferenza, se non di indignazione, causata dal fatto che da sempre la questione è stata trattata in maniera superficiale, con apporti inutili, se non dannosi, che hanno tentato di sminuire e porre ai margini delle agende legislative ogni possibilità di discussione.

Ciò che non si potrebbe essere portati a pensare è che il tema dell'affettività oltre che nella società è un tabù per gli stessi carcerati: «la connivenza del silenzio è così imperativa che, quando, abbiamo iniziato la nostra ricerca sulla salute in prigione, ci è sembrato impossibile prendere in esame la sessualità – la cui pratica, si dice, è igienica allo stesso livello della pulizia, della fame o del sonno».⁹ Le persone recluse infatti hanno comunque formato nella società le loro idee e credenze, quindi nonostante sia utile a certe narrazioni dipingerle come persone pericolose, con problemi psicologici e dunque portate ad una gestione dei propri affetti e sentimenti sregolata, la realtà carceraria e gli studi di chi le si avvicina dimostrano altro: «[...] a mio avviso la famiglia, i figli, per chi sta in carcere ma non solo, sono la medicina in assoluto, ti danno la forza di tenere duro quando sembra che tutto ti crolli addosso. [...] Noi detenuti impariamo presto ad avere pazienza, [...], a privarci di molte cose perché non sono consentite, quello che però è difficile da imparare è che non si può scambiare a colloquio un gesto spontaneo d'affetto. Questo credo che a lungo andare crei insicurezza, disagio, tensione, e te lo puoi portare dentro chissà per quanto tempo. [...] Ecco il brutto di un incontro in carcere, i sentimenti che ti esplodono dentro e che devi bloccare, non puoi prolungare un abbraccio, una carezza, forse perché è immorale? Forse perché fa pensare male? Le manifestazioni d'affetto sono legittime e nessuno dovrebbe esserne privato. [...] mi sembrava di aver dimenticato qualcosa, di non avergli trasmesso veramente quello che volevo, ma questo succede ogni volta che finisce un colloquio,

⁶ Si richiamano a proposito gli articoli 3 e 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e si rinvia ad *infra* cap. II par. 2.1.

⁷ In questo senso E. Fortuna, *Il sesso nel carcere italiano e la condizione giuridica del detenuto*, in *Giur. mer.*, 1976. Si richiamano poi a proposito anche gli articoli art. 2, 13 co. 1, 13 co. 4, 27 co. 3, 29, 30, 31, 32. Tale questione si approfondirà *infra* cap. II par. 2.2.

⁸ Si vedano gli articoli 15 co. 1, 28 e 45 della legge 354 del 1975 e gli articoli 61 co. 2 e 94 del Regolamento di esecuzione 230 del 2000, ma si rinvia *infra* cap. II par. 2.3.

⁹ D. Gonin, *Il corpo incarcerato*, Torino, Edizioni Gruppo Abele, 1994, p. 134.

quando non puoi esprimere quello che provi nel suo intero significato ti senti a metà. [...] Quello che non mi stancherò mai di dire è che non è facile ricostruire un rapporto, non solo di coppia, quando si ha a che fare con il carcere. Serve più umanità e rispetto dei sentimenti, e certo meno rigidità non può fare male. [...]».¹⁰

Nell'affrontare il tema sul se e come riconoscere una dimensione sessuale della personalità dei detenuti occorre prima soffermarsi su quanto sia centrale la questione del corpo e su cosa accada al corpo delle persone una volta che entrano in carcere.¹¹

Potrebbe infatti apparire banale, soprattutto per coloro che liberi vivono nel loro corpo quasi dimenticandosi a volte di che cosa significhi poterne disporre in libertà e non essere sotto la sorveglianza di una istituzione, e a tal proposito: «per lo Stato quel corpo del cittadino custodito dalle sue istituzioni, dai suoi apparati, è il bene in assoluto più prezioso, il bene più sacro. Nella custodia di quel corpo, nella preservazione della sua integrità e della sua incolumità, si fonda la legittimità giuridica e morale dello Stato. Esso può pretendere lealtà e obbedienza da parte del cittadino solo se garantisce al cittadino stesso l'incolumità e la sicurezza, in particolare nei confronti delle attività dei suoi uomini».¹²

Ritornando agli effetti sul corpo, la maggior parte delle esperienze e percezioni sensoriali stimolanti¹³ durante la vita carceraria cambiano, «la struttura fisica della prigione, la limitatezza dell'orizzonte spaziale e della disciplina vigente all'interno dell'istituzione sono fatti che riducono la varietà e la profondità degli stimoli che all'individuo provengono “normalmente” dall'ambiente esterno»¹⁴; questo cambiamento non comporta però come si potrebbe essere portati a pensare la privazione totale di tali esperienze, bensì comporta il viverle in maniera differente, aliena rispetto al mondo di fuori: «la condizione del corpo di cui si parla non è meramente *privativa* (in quanto limita

¹⁰ Intervista ad un gruppo di detenute, *Ecco il brutto di un incontro in carcere i sentimenti che ti esplodono dentro... che devi bloccare*, in *Donne dentro*, a cura di Ristretti Orizzonti, <http://www.ristretti.it/giornale/numeri/52002/donne.htm>, consultato il 7 novembre 2023.

¹¹ In questa occasione ci si limita a una breve rassegna, per un approfondimento sul tema L. Boccadoro e S. Carulli, *Le patologie della pena*, in *op. cit.*, pp. 33-49 e *Isolamento ed effetti patogeni*, in *op. cit.*, pp. 94-97.

¹² Così L. Manconi alla presentazione di un'inchiesta sui suicidi in carcere a Torino, citato da C. Sarzotti nell'editoriale a *Diritti reclusi*, in *Antigone*, quadrimestrale di critica del sistema penale e penitenziario, anno VI – n. 2-3, Edizioni Gruppo Abele, 2011.

¹³ A riguardo L. Manconi e G. Torrente, *La moralità della pena*, in *La pena e i diritti. Il carcere nella crisi italiana*, Roma, Carocci editore, 2015, p. 224. Per un approfondimento sul tema anche da un punto di vista medico D. Gonin, *op. cit.*

¹⁴ A. Piperno, *La prisonizzazione: teoria e ricerca*, in (a cura di) F. Ferracuti, *Trattato di criminologia, medicina criminologica e psichiatria forense*, Milano, Giuffrè, 1989, p. 62.

attività e funzioni), ma è ben più profondamente *alterante*».¹⁵ Questa alterazione si manifesta in diversi modi: la vista cala, i detenuti si trovano a vivere quotidianamente in spazi angusti, poco illuminati, dagli orizzonti *ristretti*, essa dunque non ha più bisogno di essere allenata; l'udito si affina sempre di più sia per controbilanciare la diminuzione della vista, sia come ripercussione dell'essere perennemente in uno stato di attenzione e allarme; l'olfatto si spersonalizza, si smette di riconoscere il proprio odore e quello altrui, il quale da qualcosa di particolare e caratterizzante diventa una nube unica ed indefinita che contribuisce a non riconoscersi e a non riconoscere, «è un odore di collettività imposta»¹⁶, «è un odore nato da percorsi che sono innaturali, coercitivi, architettonici»¹⁷, «è così innaturale anche quando è invece un odore pseudo-domestico, quando andate in un carcere sentite l'odore di cibo alle 10:30 della mattina perché il pasto viene servito alle 11 e la cena alle 17, anche quando potrebbe essere un odore più naturale è innaturale per, in questo caso, l'orario, c'è sempre qualche elemento che deve creare una discrasia tra il dentro e il fuori»¹⁸; il tatto si modifica, dato che molti degli oggetti del mondo di tutti i giorni non possono entrare in carcere, ma soprattutto nel caso del tatto si viene privati dell'esperienza del toccare sé stessi e le altre persone, quelle con cui si hanno rapporti di parentela, amicizia, amore. In quest'ultimo caso, dunque, si può invece affermare come la condizione non sia *alterante* ma *privativa* a tutti gli effetti, determinata dall'assenza di contatto fisico, dalla negazione dell'affettività e della sessualità, dalla loro censura: «il tabù del sesso dietro le sbarre, interiorizzandosi, finisce per saldare la gabbia del corpo e la gabbia del pensiero, con un anello invisibile, non detto, rimosso, che rende ancora più dolorosa e moralmente pesante la coercizione».¹⁹

Sempre attorno al tema delle vicende che subiscono il corpo e la psiche una volta varcata la soglia del carcere è stato detto che quest'ultimo realizza delle distruzioni: «distrugge la relazione con te stesso attraverso la distruzione della relazione con la tua adultità, tu sei neo infantile, devi obbedire a determinate regole e devi fare dei lavoretti [...] quindi c'è un problema di ricostruzione della relazione adulta; c'è un problema di

¹⁵ L. Manconi e G. Torrente, *op. cit.*, p. 224.

¹⁶ M. Palma, *Abitare la pena, in Casa dolce casa? Diritti per abitare il futuro*, Festival *Parole di giustizia*, Pesaro, 21 ottobre 2023, seconda giornata, disponibile su Radio Radicale.

¹⁷ S. Bonvissuto, *Abitare la pena, in Casa dolce casa? Diritti per abitare il futuro*, Festival *Parole di giustizia*, Pesaro, 21 ottobre 2023, seconda giornata, disponibile su Radio Radicale.

¹⁸ R. Bezzi *Abitare la pena, in Casa dolce casa? Diritti per abitare il futuro*, Festival *Parole di giustizia*, Pesaro, 21 ottobre 2023, seconda giornata, disponibile su Radio Radicale.

¹⁹ E. Gallo, *Le malattie dell'ombra*, in *Dei delitti e delle pene*, II, 1992, p. 168.

ricostruzione della relazione affettiva [...]; c'è il problema di ricostruzione della relazione con la propria espressione culturale [...] ognuno di noi ha una sua dimensione di cultura propria e questa è una distruzione del carcere [...]; una ipotesi di architettura carceraria, di spazio carcerario che non voglia diventare l'anamorfofi²⁰ irrisolta, è un posto che preveda spazi diversi per la ricostruzione di questo tipo di relazioni, soprattutto perché ci sia sempre un altrove dove andare [...] l'assenza dell'altrove e l'unicità dello spazio è l'elemento che oltre a farlo perpetuare nell'essere muto e sordo ti dà sempre una rappresentazione anamorfica di te stesso di cui tu non puoi trovare un punto visuale per ricostruirla».²¹

Il punto centrale diventa quindi ricostruire, e come si ricostruisce? Partendo da quello che c'è, o in questo caso, da quello che resta, e per ironia della sorte tutto ciò che rimane ad una persona detenuta è proprio il suo corpo, ma è un corpo appunto diverso, in cui non ci si riconosce più e che non viene più riconosciuto dagli altri proprio per quella mancanza di relazioni, non solo nella loro componente sessuale, ma anche affettiva. «Il suo corpo è la sua ultima prigionia, ma non il suo ultimo rifugio»²², è un corpo abbandonato e spopolato, spolpato delle energie che derivano dall'intrattenere legami sociali. –

Tale mancanza sfocia in un desiderio profondo di trovare un qualsiasi modo per comunicare con l'esterno, con chi è invece libero, con la vita che è stata bruscamente recisa. Le modalità possono essere diverse e si modificano in virtù dell'obiettivo che si intende soddisfare, in questa trattazione non ci si occupa di quei tentativi di comunicare con istituzioni, politici, – o meglio sì, ma con l'obiettivo di una loro presa in carico del problema delle negate affettività e sessualità all'interno del carcere – quindi non ci si soffermerà su quelle forme di comunicazione come mobilitazioni, azioni di protesta, sciopero della fame e varie modalità di violenza individuale, queste attuate perché come si diceva sopra una volta reclusi si continua certamente ad avere un proprio corpo ma non lo si percepisce più come tale e quindi esso può ben diventare uno strumento attraverso cui manifestare.²³

²⁰ Per un approfondimento sul tema si consiglia M. Palma, *Anamorfofi dello spazio ristretto*, in A. Albano e M. Palma (a cura di), *In Gabbia*, all'interno della collana *Da dove*, volume III, 2020, pp. 19-27.

²¹ M. Palma *Abitare la pena*, in *Casa dolce casa? Diritti per abitare il futuro*, Festival *Parole di giustizia*, Pesaro, 21 ottobre 2023, seconda giornata, disponibile su Radio Radicale.

²² D. Gonin, *op. cit.*, p. 20.

²³ Si veda a proposito di questo L. Manconi e G. Torrente, *op. cit.*, p. 225.

Parlando di comunicazioni potrebbe sembrare superfluo soffermarsi su quella che in gergo carcerario è chiamata *domandina*, invece non lo è, in quanto ciò che si cela dietro questa parola è esemplificativo della cultura del carcere e del suo modo di interfacciarsi con le persone che lo abitano. Come è stato detto²⁴, oggetto di tale *domandina* può essere tutto: viene manifesta così qualsiasi esigenza, dal chiedere un colloquio con il magistrato di sorveglianza o con il direttore, al chiedere l'acquisto di cibo o altri beni, ma è anche lo strumento con cui lamentarsi di una situazione o rivendicare un diritto. Dunque, ogni richiesta del detenuto viene effettuata attraverso questa domanda, che però viene usata sempre nella versione diminutiva, vittima non unica di una pratica invece assai diffusa quando si comunica all'interno del mondo penitenziario, si pensi allo *spesino* (il detenuto addetto alla consegna della spesa, che deve essere ordinata tramite un apposito modulo allo spaccio interno, chiamato "sopravvitto"²⁵), allo *scopino* (il detenuto addetto alle pulizie degli spazi comuni²⁶).

L'uso del diminutivo non è dunque una scelta neutra o casuale, ma richiama uno specifico ed intenzionale approccio alle persone recluse e al modo di intenderle e comunicarle. Infatti, i detenuti una volta che varcano la soglia degli istituti penitenziari cessano di essere persone adulte capaci di autodeterminarsi e diventano bambini, dipendenti da soggetti terzi, loro sì adulti, diventano dipendenti negli spostamenti, nell'organizzazione delle giornate (sveglia, riposo, pranzi, cene sono tutti momenti eterodeterminati).²⁷

È il tema della spoliazione dei ruoli: «nella vita civile lo schema del susseguirsi dei ruoli di un individuo [...] gli assicura che nessun ruolo da lui giocato ostacolerà il suo agire e i suoi rapporti con un altro ruolo. Nelle istituzioni totali invece, il fatto di farne parte rompe automaticamente lo schema dei ruoli, dato che la separazione dal mondo esterno perdura e può continuare per anni». ²⁸ Alla perdita dei ruoli si accompagnano delle «esposizioni contaminanti»²⁹, di queste quella che rileva in questa occasione è quella che riguarda le visite e il loro «carattere forzatamente pubblico»³⁰, caratteristica che viene da

²⁴ L. Manconi e G. Torrente, *ivi*, p. 226.

²⁵ Definizione da *Glossario, Il gergo burocratico del carcere*, in *Ristretti Orizzonti*.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ L. Manconi e G. Torrente, *op. cit.*, pp. 226-227.

²⁸ Per un approfondimento sul tema si veda E. Goffman, *Asylums. Le istituzioni totali: i meccanismi dell'esclusione e della violenza*, Torino, Einaudi Editore, 1968, pp. 44-45.

²⁹ E. Goffman, *ivi*, p. 53.

³⁰ E. Goffman, *ivi*, p. 60.

sempre giustificata con ragioni di sicurezza, si vuole per esempio impedire che i visitatori possano consegnare oggetti o altre cose non ammissibili all'interno del carcere, ma si sostiene in questa tesi come talvolta questo controllo sia fin troppo penetrante e non pienamente giustificato: «un'ora al mese – o due mezz'ore – in una grande stanza con una ventina di altre coppie, i guardiani che vanno su e giù per assicurarsi che non ci si scambi piani, o arnesi di fuga. Ci si incontrava da un capo all'altro di una tavola larga sei piedi, al centro della quale correva una specie di ringhiera alta sei pollici in grado di impedire che anche i nostri germi comunicassero fra di loro. Ci veniva concessa un'igienica stretta di mano all'inizio della visita e una alla fine; per il resto del tempo potevamo solo sedere e guardarci mentre urlavamo l'un l'altro al di là dell'enorme distanza che ci separava»³¹; «il guardiano siede a capotavola e ascolta ogni parola pronunciata, vede ogni gesto ed ogni sfumatura nell'espressione. Il mondo privato è assolutamente inesistente [...]».³²

L'opera di infantilizzazione, tipica delle istituzioni totali³³, è a loro stesse utile; infatti, spogliato di ogni responsabilità e fatto tornare bambino il detenuto viene privato, (ulteriore privazione), di ogni occasione di far insorgere problemi; inoltre, è stato evidenziato³⁴ come le istituzioni totali giustificano questo meccanismo sostenendo che è comunque un fattore di protezione, si viene ridotti a bambini e sottratti alle conseguenze peggiori della reclusione. Per di più, per definizione il minore è anche incapace, condizione che da un lato protegge il detenuto perché lo giustificerebbe, dall'altro legittima l'istituzione totale che deve gestirlo. È questo che rende la pena immorale perché così concepita è «impotente, appunto, a emancipare dal male».³⁵

Non si può poi ignorare come la condizione di sovraffollamento in cui imperversano le carceri italiane sia un ulteriore fattore afflittivo della personalità delle persone ivi reclusi: «[...] la promiscuità e il sovrapporsi dei corpi favoriscono l'anonimato e annullano identità e biografie individuali».³⁶ Senza però arrivare ad azzardate inferenze tra sovraffollamento e affettività, quello che si può sostenere è che «l'aumento esponenziale delle persone reclusi, a fronte dell'esiguità di risorse umane e di possibilità di percorsi extramurari, renda più afflittiva la pena, sia per la mancanza di spazio fisico, per costruire relazioni condivise e non patologiche, sia per l'inadeguatezza

³¹ A. Hassler, *Diary Of A Self-Made Convict*, Henry Regnery Co., 1954, pp. 62-63 citato in E. Goffman, *op. cit.*, p. 60.

³² G. Dendrickson e F. Thomas, *The Truth about Dartmoor*, London, V. Gollancz, 1954, pp. 50-51 citato in E. Goffman, *op. cit.*, p. 61.

³³ Per un approfondimento sul tema si veda sempre E. Goffman, *op. cit.*

³⁴ L. Manconi e G. Torrente, *op. cit.*, pp. 231-232.

³⁵ L. Manconi e G. Torrente, *ivi*, p. 232.

³⁶ L. Manconi e G. Torrente, *ivi*, p. 229.

di strumenti amministrativi e normativi, che siano idonei ad alleviare tale stato di sofferenza, predisponendo canali di contatto e di vicinanza con l'esterno, e in particolar modo, con la famiglia».³⁷

Dunque, si potrebbe riassumere quello che subiscono i detenuti in: regressione, infantilizzazione, spersonalizzazione. È quello che viene definito processo di prisonizzazione³⁸: «il processo di prisonizzazione alimenta e approfondisce l'antisocialità del detenuto rendendolo succube della subcultura della comunità carceraria e della sua ideologia».³⁹ Il processo di prisonizzazione è diverso per ciascuno individuo a seconda di tanti fattori⁴⁰, ma vi è un qualcosa comune a chiunque che viene esercitato come reazione per non soccombere totalmente a tale processo: «le energie per resistere a questo processo derivano soprattutto dai rapporti che il detenuto riesce a conservare col mondo esterno: un ruolo fondamentale lo gioca il colloquio con eventuali visitatori, che rappresenta il momento in cui egli riporta alla vita i propri legami sociali e il proprio passato».⁴¹

Appare dunque evidente come la mancanza di un esercizio attivo di relazioni sociali sia al contempo la causa ma anche la soluzione alla spersonalizzazione, alla disabitudine al mondo di fuori, al senso di isolamento e solitudine. In ultima analisi, il mantenere legami affettivi è anche l'antidoto da usare per impedire che il carcere sia ulteriormente un periodo di criminalizzazione: «it is increasingly being recognised that family ties play a fundamental role in preventing prisoners reoffending, assisting in prisoners' successful community re-entry and ultimately leading to desistance from crime».⁴²

³⁷ L. Amerio e V. Manca, *Forma attiva e passiva del verso amare: riflessioni a margine delle prime applicazioni del D.lgs. n. 123/2018 in materia di affettività e sessualità*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2019, 9.

³⁸ Per un approfondimento sul tema si veda D. Clemmer *The Prison Community*, New York, Rinehart, 1958 e A. Piperno, *La prisonizzazione: teoria e ricerca*, in F. Ferracuti (a cura di), *Carcere e trattamento*, Milano, Giuffrè, 1989.

³⁹ E. Santoro, *Carcere e società liberale*, Torino, Giappichelli Editore, 2004, p.73.

⁴⁰ Per un approfondimento sul tema si veda D. Clemmer, *op. cit.*

⁴¹ E. Santoro, *op. cit.*, p. 73.

⁴² H. Codd, *Prisoners' families: issues in law and policy*, in *Amicus Curiae*, 2004, 55, pp. 2-3. Sempre sul tema si veda anche J. Ditchfield, *Family ties and recidivism: main findings of the literature*, in *Home Office Research Bulletin*, n. 36, 1994, pp. 3-9. Citato anche in A. Mills, *Great Expectations? A review of the role of prisoners' families in England and Wales*, in *British Society of Criminology*, 2005, che riporta: «in a review of research in this area, Ditchfield found that prisoners without family support are between two and six times more likely to offend in the first year after release than those who demonstrate or receive active family interest, and policy concerning resettlement in England and Wales has now started to acknowledge the importance of family ties». Nello stesso senso anche C. Renoldi, *Il diritto all'affettività delle persone detenute: la parola alla Corte costituzionale*, in *Questione Giustizia*, n. 4, 2012, p. 217: «è infatti un dato di comune esperienza che all'atto del ritorno del detenuto nel contesto sociale di riferimento, la presenza di legami di natura familiare e affettiva possa fungere da efficace contropinta rispetto a situazioni potenzialmente criminogene».

Seguendo la logica del meccanismo di infantilizzazione tipico delle istituzioni totali deriva come necessario corollario la privazione della sessualità, «con la repressione sessuale, [...] l'istituzione aggredisce le strutture caratteriologiche del recluso e le indebolisce sino talvolta a travolgerle, diminuendo o depauperando del tutto le capacità di resistenza dello stesso alla propria istituzionalizzazione».⁴³ Si è osservato⁴⁴ come in generale nella società contemporanea la privazione della sessualità avvenga o per ragioni fisiologiche, determinate dall'età biologica degli individui; o per ragioni religiose; o perché imposta, ed è quello che accade nei luoghi di detenzione: il processo di infantilizzazione dei detenuti è infatti premessa perfetta e necessaria per eludere ogni dibattito e quindi riforma, anche a livello di disposizioni legislative, sulla sessualità dei detenuti, venendo quindi a qualificarsi questa privazione come una pena accessoria, inflitta nonostante non sia espressamente prevista. Pena accessoria che si riflette anche su coloro che sono liberi e legati da un rapporto affettivo al detenuto, i quali, pur non dovendo scontare alcuna pena, si ritrovano invece a farlo, sebbene in maniera implicita.⁴⁵

⁴³ G. Salierno, *La repressione sessuale nelle carceri italiane*, Roma, Tattilo Editrice, 1973, p. 10.

⁴⁴ L. Manconi e G. Torrente, *op. cit.*, pp. 230-231.

⁴⁵ In questo senso si veda C. Brunetti, *Il diritto all'affettività per le persone recluso*, in *Rass. Penit. E Crim.*, 2008, p. 107: «la problematica relativa al rapporto tra detenzione e famiglia non interessa solamente gli aspetti privativi riguardanti il soggetto recluso, ma produce i suoi effetti anche nei confronti dei familiari del medesimo»; nello stesso senso, M. E. Salerno *Affettività e sessualità nell'esecuzione penale: diritti fondamentali dei detenuti? L'atteggiamento italiano su una questione controversa*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2017, 1, p. 4: «infine, a complicare ulteriormente il quadro, interviene la diffusa tendenza a stigmatizzare ed emarginare socialmente i familiari del carcerato, considerati 'guilty by association' – espressione presa da E. H. McConnell, *Are Conjugal and Familial Visitations Effective Rehabilitative Concepts? Rejoinder to Jill Gordon*, *The Prison Journal*, 1999, 79 (1), p.132 – dalla società. Lo stato di detenzione, dunque, è in grado di provocare un crollo psicofisico, di cui risente tutta la famiglia».

Per un'ulteriore prospettiva comparata J. Matthews, *Forgotten Victims. How prison affects the family*, Nacro, London, 1983, richiamato anche da S. Talini, *Diritto inviolabile o interesse cedevole? Affettività e sessualità dietro le sbarre (secondo la sentenza n. 301 del 2012)*, in *Studium Iuris*, 10, 2013, p. 1089: «tale tematica assume un'importanza particolare anche in riferimento alla dimensione "bilaterale" della pena: gli effetti dell'esecuzione penale non si riversano esclusivamente sul soggetto condannato, ma colpiscono indirettamente anche i familiari, "vittime dimenticate" la cui sfera affettiva inevitabilmente si comprime per effetto della sentenza di condanna». Per un approfondimento sul tema anche S. Milazzo e B. Zammiti, *Affettività e carcere. Studio qualitativo sulla popolazione in regime di detenzione presso la casa circondariale "Cavadonna" di Siracusa* in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2012, vol. 16, fasc. 2, pp. 103-104. Sempre nel medesimo senso, C. Renoldi, *op. cit.*, p. 217: «[...] il mantenimento delle relazioni familiari costituisce un fondamentale "valore sociale", che in quanto tale corrisponde a un vero e proprio diritto della persona e dei suoi congiunti, che l'ordinamento intende preservare, in quanto tale, dai possibili "effetti collaterali" della detenzione».

È da citarsi invece contra E. Fortuna, *Il sesso nel carcere italiano e la condizione giuridica del detenuto*, in *Giurisprudenza di merito*, 1976, p. 73: «non può negarsi che il privare entrambi i coniugi, anche in conseguenza della reclusione di uno solo di essi, della possibilità di una normale vita di relazione affettivo-sessuale senza alcun riguardo neppure per il coniuge incolpevole, significa anche mettere a repentaglio, seppure indirettamente, la stabilità della famiglia, al contrario garantita dalla Costituzione (art. 29). Anche senza implicare ancora la violazione dell'art. 27 cost., sotto il diverso profilo che viene in parte punito anche il coniuge incolpevole. Quest'ultima tesi in verità prova troppo e deve essere abbandonata, trattandosi

Il tema della sessualità in carcere si lega inevitabilmente a quello della finalità della pena⁴⁶: da una lettera del 2012 redatta da un gruppo di detenuti del carcere di Carinola inviata a diverse riviste e blog che si occupano del tema, si legge questo: «se la pena ha solo una funzione punitiva e retributiva, allora ci sta tutto: privazioni, sofferenze, tortura, castigo e supplizio. Se invece le finalità che la Costituzione assegna alla pena sono da un lato quella di prevenzione generale e di difesa sociale, [...] dall'altro quella di prevenzione speciale e risocializzazione del reo, allora l'affettività in carcere è solo uno degli elementi fondamentali del trattamento rieducativo [...].⁴⁷

Nello specifico ciò che viene richiamato è l'art. 27 comma 3 della Costituzione, che sancisce la finalità rieducativa della pena, la quale per essere raggiunta deve poter essere applicata a persone che si trovano nella posizione di poter seguire un percorso di rieducazione e quindi integre anche nella loro componente psicologica; invece, questa privazione sessuale risulta in «una causa di desocializzazione del condannato e di ostacolo alla progressione del trattamento penitenziario»⁴⁸.

È evidente, dunque, come così la finalità della rieducazione non possa essere perseguita, quale che sia il significato che si vuole dare al concetto di rieducazione, dato che a prescindere dal dibattito sul tema, di certo rimane che non possa significare diseducazione: «[...] la sola cosa che si può e si deve pretendere dalla pena è che essa [...] non rieduchi ma neppure diseduchi; non abbia una funzione correttiva ma neppure una funzione corruttrice; non pretenda di rendere il reo migliore ma neppure lo renda peggiore. Ma a tal fine non occorrono specifiche attività differenziate e personalizzate. Occorre piuttosto che le condizioni di vita all'interno del carcere siano per tutti il più possibile umane e il meno possibile afflittive; [...] che nella vita carceraria si aprano e si sviluppino spazi di libertà e socialità mediate la più ampia garanzia di tutti i diritti fondamentali della persona; che infine sia incoraggiata l'apertura del carcere – i colloqui, gli incontri coniugali, i permessi, le

in realtà di pregiudizio di mero fatto, non giuridicamente apprezzabile, lo stesso cioè che si verifica ad esempio ai danni di ogni creditore impossibilitato a ricevere la prestazione dovuta dal detenuto a causa della particolare condizione in cui costui è venuto a trovarsi».

⁴⁶ Per un approfondimento sulle pene e una loro «configurazione non più come *afflizioni* ma solo come *privazioni*» si veda L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, Editori Laterza, 1989, p. 386 e ss.

⁴⁷ Lettera dei detenuti del carcere di Carinola, in <https://urladalsilenzio.wordpress.com/2012/04/16/laffettivita-in-carcere-dal-carcere-di-carinola/>, consultato in data 24/10/2023.

⁴⁸ A. Pennisi *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, Torino, Giappichelli Editore, 2002, p. 175, il quale a sua volta rinvia per un approfondimento ad A. Pulvirenti, *Diritti del detenuto e libertà sessuale*, in *Annali del Seminario Giuridico*, Università di Catania, pubblicazioni della facoltà di Giurisprudenza, Milano, Giuffrè Editore, 2001.

licenze e simili – non mediante la distribuzione di premi e privilegi ma con la previsione di diritti uguali per tutti.»⁴⁹

Tra gli effetti che derivano dalla privazione della sessualità vi sono sicuramente quello della spersonalizzazione, della perdita dell'identità del sé, di un'intimità turbata. Nel descrivere tutto ciò gli studi giuridici si intrecciano con quelli sociologici, psicologici e medici, con non poca fatica dato che l'oggetto dello studio sono patologie «[...] sfuggenti, non classificate, di origine incerta, ascrivibili a quello stato di sofferenza totalizzante che si può definire “aura afflittiva e patogena” del carcere».⁵⁰ Questi studi riportano tutta una serie di conseguenze negative, tra cui quella dell'omosessualità. La questione è alquanto delicata poiché alcuni studi sono datati e ampiamente superati, anche nell'uso di termini che oggi non si può non classificare come omofobi e non sembra quindi opportuno e utile citarli; altri studi, aggiornati alle contemporanee conoscenze e sensibilità sostengono che essa sia una conseguenza *negativa* nel senso che si manifesta in alcune occasioni non come una libera scelta circa la modalità per esprimere le proprie preferenze sessuali, ma come un «adattamento sessuale del recluso alla vita carceraria».⁵¹ È una scelta che si può ricondurre a quel processo di prisonizzazione di cui si parlava sopra.⁵²

Altri effetti possono essere: «comportamenti esasperati, come la violenza contro sé stessi, l'autolesionismo, l'ingestione di corpi estranei [...]»⁵³, così come tutta una serie di effetti psicologici, che ben possono permanere anche dopo un eventuale fine pena e continuare a caratterizzare dunque la vita di quella persona anche quando sarà tornata in libertà. Questo, con conseguenze negative che si espanderanno e toccheranno sia il nucleo sociale più vicino a tale individuo, sia la società intesa in senso ampio, determinando pertanto un fallimento istituzionale. Inoltre, punto cruciale di chi sostiene la tesi di tali effetti negativi è che essi sono causati da come è strutturato il carcere e da come si svolge la quotidianità al suo interno, perché altrimenti, se queste persone fossero tutte già affette da problemi di salute mentale, come cerca di sostenere qualcun altro non troppo persuasivamente, «non si capirebbe perché queste devono stare in istituti penitenziari che

⁴⁹ L. Ferrajoli, *op. cit.*, p. 394.

⁵⁰ E. Gallo, *op. cit.*, p. 164

⁵¹ A. Ricci e G. Salierno, *Il carcere in Italia. Inchiesta sui carcerati, i carcerieri e l'ideologia carceraria*, Torino, Einaudi, 1971, p. 207.

⁵² Si veda *supra*, p. 7 note 38 e 39.

⁵³ E. Gallo, *op. cit.*, p. 170.

fino a prova contraria sono adibiti per gente che ha commesso reati non a causa della loro alterazione psicologica, (art. 85 c.p.) [...]».⁵⁴ Questi effetti negativi a livello psichico sono quindi da ricondurre al clima depersonalizzante e isolante degli istituti penitenziari: «da sempre, nelle carceri è mancato quel bisogno vitale chiamato “socialità”, indispensabile per lo sviluppo della personalità dell’uomo. Socialità intesa non soltanto ed esclusivamente come momento d’incontro formale, ma soprattutto come bisogno della pratica e della soddisfazione dei sentimenti affettivi, altrimenti si cade nell’apatia e nella melanconia: caratteristiche queste del comportamento passivo che si tramutano, col passare del tempo, in autolesionismo o in aggressività intra-specifica. [...] Scrive E. Fromm: “un altro modo per rendere l’altro ‘non-umano’ consiste nel tagliare tutti i legami affettivi con lui [...]».⁵⁵

Nonostante la normativa di secondo livello⁵⁶ – come si approfondirà nei paragrafi successivi – sia tutta costruita, a livello di intenti, nell’evitare che quanto illustrato sopra accada o venga acuito durante l’esecuzione della pena, nella realtà le persone detenute vivono in un ambiente che si caratterizza proprio per la mancanza o la quasi totale aridità di legami, sociali e dunque familiari, amicali, personali, questi ultimi i quali ben possono esprimersi attraverso l’esercizio della sessualità, che è «il modo e il mezzo con cui ciascuno entra in rapporto con gli altri».⁵⁷

Infine, ragioni anche di mera opportunità dovrebbero far optare per un riconoscimento di forme di affettività e sessualità in carcere, infatti, altro principio portante di tutta la logica penitenziaria è quello per cui i destinatari del trattamento devono manifestare una volontà a parteciparvi⁵⁸ e poi parteciparvi effettivamente, in modo attivo, orbene, «è stato rilevato – da chi ha studiato a lungo gli effetti delle istituzioni totali sulla psiche umana [...] – che privare il detenuto della facoltà di autodeterminazione in sfere comportamentali la cui coartazione non è essenziale ai fini dell’esecuzione della pena detentiva, non solo non produce la “consensualità” del trattamento penitenziario, ma funge molto spesso da spinta criminogena».⁵⁹

Proseguendo nell’analisi della questione dal punto di vista della funzione della pena occorre evidenziare che se la finalità fosse solo quella rieducativa genera molte

⁵⁴ P. Giacobbe, *Il fascino discreto della violenza nelle carceri*, in *Rass. penitenziaria e criminologica*, 1982, p. 691.

⁵⁵ P. Giacobbe, *ivi*, p. 692.

⁵⁶ Si intendono qui la legge 354 del 1975 di ordinamento penitenziario e il Regolamento di esecuzione 230 del 2000.

⁵⁷ I. Genchi, *L’espressione della sessualità nella restrizione della libertà*, in C. Serra (a cura di), *Devianza e difesa sociale*, Milano, Franco Angeli Editore, 1981, p. 36.

⁵⁸ Si veda in questo senso A. Malinverni, *Esecuzione della pena detentiva e diritti dell’individuo*, in *Ind. pen.*, 1973, p. 22.

⁵⁹ A. Pulvirenti, *op. cit.*, p. 199. Nello stesso senso E. Goffman, *op. cit.*, p. 84.

perplexità pensare che questa possa essere perseguita in un ambiente come quello appena descritto; e infatti allo stato attuale – si può poi discutere in altra sede dell'utilità del carcere in sé ma al momento si deve considerarlo come dato di fatto inamovibile – la funzione della pena è anche una funzione di prevenzione e garanzia della sicurezza della società e perciò «la natura ed i limiti dei diritti dei cittadini, degli imputati e dei soggetti sottoposti ad esecuzione penitenziaria, sembrano dipendere anche dall'esistenza, dalla natura e dai limiti della necessità di proteggere contemporaneamente la società contro la delinquenza».⁶⁰

È proprio a questo che si appigliano coloro i quali si dichiarano fermamente contro il garantire l'esercizio della sessualità in carcere, che si risolverebbe in concreto nel permettere ai detenuti e alle detenute di incontrare persone provenienti dall'esterno eliminando i controlli vigenti al momento, sostenendo che ciò determinerebbe una grave messa in pericolo dell'intera società.⁶¹ In risposta a queste argomentazioni si sono alzate diverse voci con l'obbiettivo di evidenziarne tutta l'inconsistenza: «[...] la Polizia Penitenziaria invece di trincerarsi in una battaglia di retroguardia, potrebbe fornire un utile contributo sulle modalità operative degli incontri, che in una situazione precaria da un punto di vista strutturale e non solo, sono di complessa e difficile attuazione. Il Sindacato, invece, preferisce il facile consenso, anche strizzando l'occhio ad un'opinione pubblica sempre più propensa a “buttare la chiave”, perché vittima di una disinformazione che rappresenta il peccato originale e più grave dei nostri media, ma soprattutto della politica che lascia sconosciute ai cittadini le ragioni perché la nostra Costituzione dal 1948 e l'Ordinamento Penitenziario dal 1975, prevedono non solo la punizione del detenuto, ma anche le attività che possano consentire il suo reinserimento sociale. Tra queste, non ultima, il rapporto con la famiglia, dove mai alcuna esclusione – se non per ragioni motivate di sicurezza – vi è stata degli incontri intimi [...]»⁶².

Quel che si sostiene in risposta a queste richiamate esigenze securitarie è che si può lavorare per trovare una modalità che continui ad assicurarle ma che allo stesso tempo non pregiudichi i diritti fondamentali dell'individuo⁶³, questo perché «il compiuto

⁶⁰ A. Malinverni, *op. cit.*, p. 18.

⁶¹ Esemplicativo di questo orientamento il comunicato USPP, paradigmatico anche del livello delle argomentazioni a contrario e del contributo al dibattito di agenti di polizia penitenziaria che invece in virtù del loro ruolo potrebbero partecipare con apporti ben più utili: <http://www.uspp.it/@/attachments/article/1174/3%20NOVEMBRE%202017-COMUNICATO-EIACULAZIONE%20PENITENZIARIA>, consultato il 15/11/23.

⁶² R. Polidoro, *Diritto all'affettività e quel comunicato volgare dell'Uspp*, in *IlDubbio*, 2017. <https://www.ildubbio.news/carcere/diritto-allaffettivita-e-quel-comunicato-volgare-delluspp-f2wnhv3z>, consultato il 15/11/23.

⁶³ Principio espresso compiutamente dalla Corte costituzionale il 7 giugno 2013 con la sentenza 135: «l'estensione e la portata dei diritti dei detenuti può infatti subire restrizioni di vario genere unicamente in vista delle esigenze di sicurezza inerenti alla custodia in carcere. In assenza di tali esigenze, la limitazione

riconoscimento del diritto all'affettività e le pressanti richieste sociali di sicurezza non sono realmente in contrasto. La coltivazione di rapporti familiari significativi non è solo espressione di un diritto fondamentale della persona, ma rappresenta anche un utile strumento di prevenzione speciale: essendo funzionale alla conservazione dei legami familiari e affettivi del detenuto, ne garantisce un suo più facile reinserimento nella società».⁶⁴

Inoltre, tutto il diritto processuale penale contemporaneo e quindi anche la parte di esecuzione della pena sono ispirati al principio del bilanciamento e in questa specifica occasione far prevalere le esigenze securitarie comporterebbe «non già una mera compressione del diritto all'affettività-sessualità, ma totale sacrificio dello stesso e una fuoriuscita da tale principio 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»⁶⁵.

Chi si appiglia alle esigenze securitarie molto spesso è anche chi adduce ad ostacolo insormontabile e impedimento eterno questioni di architettura carceraria, e ciò è in parte vero, il problema è anche intrinsecamente legato a come vengono costruite le carceri, ma anche in questo caso, come si è potuto appurare accade spesso in ambito di diritto penitenziario, la questione pur introdotta nel dibattito già dagli anni Settanta del Novecento non è ancora stata risolta e il fatto che a distanza di circa cinquanta anni non sia cambiato nulla è eloquente. Nel 2021 è stata istituita una commissione apposita che

acquisterebbe unicamente un valore affittivo supplementare rispetto alla privazione della libertà personale, non compatibile con l'art. 27, terzo comma, Cost.».

⁶⁴ S. Grieco, *Il diritto all'affettività delle persone reclusi. Un progetto di riforma tra esigenze di tutela contrapposte*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022, p. 7. Nello stesso senso L. Stortoni, *Libertà e diritti del detenuto nel nuovo ordinamento carcerario*, in Bricola F., (a cura di) *Il carcere "riformato"*, Bologna, il Mulino, 1977, p. 50: «la totale soppressione del diritto in questione non trova giustificazione nelle esigenze dell'esecuzione della sanzione restrittiva della libertà personale». Concorde S. Talini, *L'affettività ristretta*, in *Costituzionalismo*, fascicolo 2, 2015, p. 14: «generiche esigenze di sicurezza [...] non possono giustificare quella che appare non già come compressione del diritto all'affettività-sessualità, ma negazione *tout court* dello stesso; negazione che appare difficilmente tollerabile in termini di compatibilità con il dettato costituzionale».

⁶⁵ M. L. Fadda, *Il versante sostanziale: i diritti dei detenuti e la loro attuale estensione*, in *I diritti dei detenuti tra Amministrazione e Giurisdizione*, Consiglio Superiore della Magistratura, Incontro di studio cod. 5964, Roma, 19-20 novembre 2012, p. 24. Sul tema si è pronunciata anche la Corte costituzionale il 20 giugno 2013, con la sentenza 143 in cui afferma che «nelle operazioni di bilanciamento, non può esservi un decremento di tutela di un diritto fondamentale se ad esso non fa riscontro un corrispondente incremento di tutela di altro interesse di pari rango». Nello stesso senso anche M. Ruotolo, *La libertà della persona in stato di detenzione*, in Osservatorio AIC, Fascicolo VI, 2021, p. 256. Per un approfondimento su tale tema si veda R. Bin, *Diritto e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Varese, Giuffrè Editore, 1992.

ha dedicato una parte dei suoi lavori proprio a quelli che sono stati definiti gli “spazi dell’affettività”, cioè quelle parti degli istituti che dovrebbero essere riservate agli incontri tra le persone detenute e i loro familiari. Al momento quella che si verifica è una caotica commistione tra le diverse famiglie e gli agenti di polizia penitenziaria, in spazi spesso non adeguati ad accogliere i bambini e dove è impossibile qualsiasi dimensione di privacy, intimità. La commissione ha presentato con una relazione il risultato dei suoi lavori e si resta in attesa di novità sul piano concreto.⁶⁶

1.2 L’affettività come diritto?

«Ci si chiede, dunque, perché il distacco forzato dagli affetti individuali in seguito all’applicazione della misura detentiva assume rilievo dal punto di vista giuridico?»⁶⁷ La risposta può essere già data in parte richiamando quanto detto sopra: «se il carcere è l’istituzione totale che realizza la sua funzione attraverso la spersonalizzazione dell’individuo e la sua regressione psicologica a livelli di insicurezza infantile, la stessa possibilità di discutere di diritti del detenuto viene posta in dubbio e acquista il ruolo di problema centrale».⁶⁸ Questo perché durante la detenzione «a una coazione sui corpi corrisponde una coazione sui diritti»⁶⁹.

Dunque, nell’analisi per arrivare ad affermare la tesi che l’affettività e la sessualità siano un diritto spettante ai detenuti e che per questo vadano garantiti e assicurati in concreto occorre scomporre la questione: in prima istanza è necessario affermare che la sessualità sia un diritto spettante a qualunque individuo in quanto tale; poi occorre affrontare la questione del se i detenuti siano titolari di posizioni giuridiche soggettive; infine, se sì, di quali e se fra queste vi rientri anche quella della sessualità.

Cominciando la trattazione dalla prima questione si può affermare come l’esercizio della sessualità sia un diritto di qualunque individuo e si deve citare in tal senso

⁶⁶ Per un approfondimento sul tema si veda *Il carcere della Costituzione*, in *Ristretti Orizzonti*, http://www.ristretti.it/commenti/2022/marzo/pdf2/architettura_carceri.pdf, consultato il 17/11/23 e la relazione di C. Burdese, *Subito dopo la commissione per l’architettura penitenziaria*, in occasione del convegno nazionale *Abitare il carcere. Gli spazi della pena nella società digitale*, tenutosi a Roma il 16 giugno 2022, consultabile nel sito della Fondazione Giovanni Michelucci, https://www.michelucci.it/wp-content/uploads/2022/05/INTERVENTO-BURDESE_a.pdf, consultato il 17/11/23. Sempre per un approfondimento si consiglia P. Posocco, *Uno spazio per mantenere e migliorare le relazioni dei detenuti con le famiglie*, in A. Albano e M. Palma (a cura di), *op. cit.*, pp. 101-109.

⁶⁷ M. E. Salerno, *op. cit.*, p. 5.

⁶⁸ L. Stortoni, *op. cit.*, p. 35.

⁶⁹ S. Talini, *op. ult. cit.*, p. 6.

un'importante sentenza della Corte costituzionale: «essendo la sessualità uno degli essenziali modi di espressione della persona umana, il diritto di disporne 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».⁷⁰ Sempre la Corte costituzionale aveva addirittura precedentemente affermato che l'identità sessuale è «da considerare aspetto e fattore di svolgimento della personalità: diritto che gli altri membri della collettività sono tenuti a riconoscere, per dovere di solidarietà sociale».⁷¹

Fondamentali nella prospettiva di riconoscere la sessualità come diritto sono stati anche gli apporti a livello internazionale di organizzazioni non propriamente giuridiche come l'Organizzazione Mondiale della Sanità che nel 1975 ha dato una definizione di salute sessuale, poi nel 2000 ha qualificato quest'ultima come diritto: «la sessualità è un diritto ed è un determinante della salute; infatti essa è influenzata dall'interazione di fattori biologici, psicologici, sociali, economici, politici, culturali, giuridici, religiosi e spirituali».⁷²

La seconda questione è quella del se in capo ai detenuti siano previsti dei diritti. Si intendono in questo caso prima di tutto i diritti umani, i quali, come la cronaca ci ricorda

⁷⁰ Corte costituzionale 10 dicembre 1987, n. 561. La specifica questione di fatto non riguardava il mondo penitenziario bensì una violenza carnale subita durante fatti bellici di cui si chiedeva la risarcibilità dei danni non patrimoniali lamentando il fatto che questa non fosse prevista nel trattamento pensionistico di guerra, il quale si limitava invece ai casi di menomazioni fisiche comportanti una riduzione della capacità lavorativa, e che questo fosse incompatibile con gli art. 2 e 3 della Costituzione. Tuttavia, nel considerato in diritto la Corte costituzionale esprime un principio destinato ad avere rilevanza anche al di fuori dello specifico caso, utile nell'occasione di questa trattazione. Per un approfondimento sul diritto alla libertà sessuale si veda F. Modugno, *I "nuovi diritti" nella Giurisprudenza Costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1995, pp. 38-39.

⁷¹ Corte costituzionale 6 maggio 1985, n. 161. Sulla questione se il carcere possa considerarsi luogo entro cui si svolge la personalità si veda l'ordinanza del Magistrato di Sorveglianza di Firenze del 27 aprile 2012, n. 132, in *G.U.*, I serie speciale, n. 27, 4 luglio 2012, in cui si afferma: «il carcere è d'altra parte certamente una formazione sociale in cui si svolge la personalità dei detenuti. Ciò non può che condurre ad interdire una completa inibizione dell'esercizio della affettività nella forma del rapporto sessuale con la persona convivente in libertà».

⁷² Dichiarazione dell'OMS così citata da S. Libianchi, *Argomenti di prevenzione ed igiene pubblica in carcere: la questione della sessualità, della riduzione del danno e delle c.d. "love rooms"*, in L. Amerio e V. Manca (a cura di), *Affettività e carcere: un binomio (im)possibile?* in *Giurisprudenza Penale web*, 2019, 2-bis, p. 296. Sempre S. Libianchi, *ivi*, p. 297 cita diversi documenti internazionali concordi con la dichiarazione dell'OMS: «la "Dichiarazione sui Diritti Sessuali" (Associazione Mondiale per la Salute Sessuale (1), la Conferenza Internazionale delle Nazioni Unite sui diritti dell'uomo (Teheran, 13 maggio 1968) (149), la Conferenza Internazionale delle donne (Città del Messico, 1975), il Programma di Azione su Popolazione e Sviluppo della Conferenza Internazionale sulla sessualità umana (2), il Programma di Azione presentato alla Quarta Conferenza Mondiale sulle Donne (Pechino, 1995)(153), Programme on Women's Economic-PWESCR (4,5) ed altri».

quasi tutti i giorni, sono frequentemente violati all'interno degli istituti penitenziari italiani, questo perché finché «il diritto alla sicurezza (ammesso e non concesso che il carcere attuale produca sicurezza) ben valga una violazione della dignità della persona, il problema delle carceri non potrà avere soluzioni».⁷³

Stando alla giurisprudenza della Corte costituzionale la risposta è affermativa: «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. è detto, anzitutto, che "le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità" [...]».⁷⁴

Anche la legge di ordinamento penitenziario⁷⁵ e il connesso regolamento di esecuzione⁷⁶ si esprimono nello stesso senso: «la persona detenuta conserva la titolarità e la facoltà di esercitare quei diritti che non contrastino con le esigenze organizzative connesse alla sicurezza e alla ordinata gestione della vita detentiva. Il trattamento somministrato ai soggetti detenuti – anche a quelli sottoposti al più restrittivo regime connesso al c.d. doppio binario penitenziario – non può, in altri termini, incidere su quel “nocciolo duro” di diritti inviolabili, riconosciuti ad ogni persona in quanto tale, indipendentemente dalla circostanza che essa sia libera o detenuta».⁷⁷

Tesi che viene confermata anche a livello internazionale ed europeo tramite la previsione di disposizioni esplicite in tal senso, si pensi alle *Standard Minimum Rules for the treatment of Prisoners* del 1955 e alle *European Prison Rules* del 1987⁷⁸, o sempre del 1987 la *Convenzione Europea per la Prevenzione della Tortura e dei Trattamenti Inumani e Degradanti* che comportò anche l'istituzione di un Comitato apposito⁷⁹. È

⁷³ Così il Rapporto sullo stato dei diritti umani negli istituti penitenziari e nei centri di accoglienza e trattenimento per migranti in Italia della Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani, 2012, p. 3. <https://www.senato.it/documenti/repository/commissioni/dirittiumani16/Rapporto%20carceri.pdf>, consultato il 17/11/23.

⁷⁴ Corte costituzionale 25 luglio 1979 n. 114. La specifica questione di legittimità costituzionale da cui si estrapola l'affermazione riguardava l'art. 589 del codice di procedura penale in una versione che è stata abrogata e che pertanto non presenta più rilevanza, rimane invece attuale ed è caratterizzata da una portata destinata ad avere effetti anche al di fuori di quella specifica pronuncia l'enunciazione che viene qui citata.

⁷⁵ Articolo 1 della legge 354 del 1975: «ad ogni persona privata della libertà sono garantiti i diritti fondamentali»; art. 4 della legge 354 del 1975: «i detenuti e gli internati esercitano personalmente i diritti loro derivanti dalla presente legge anche se si trovano in stato di interdizione legale».

⁷⁶ In questo senso F. Fiorentin, *Principi generali e fonti in materia di esecuzione della pena*, in F. Della Casa e G. Giostra (a cura di), *Manuale di diritto penitenziario*, Torino, Giappichelli, 2023, pp. 17-18.

⁷⁷ F. Fiorentin, *Il magistrato di sorveglianza quale garante dei diritti trattamentali*, in *ivi*, p. 32.

⁷⁸ In questa occasione ci si limita a citarle, per un approfondimento si veda *infra* cap. II, § 2.1.

⁷⁹ Per un approfondimento sul suo ruolo e la vincolatività delle sue decisioni se recepite nella CEDU e in generale le norme della CEDU che pur non essendo previste esplicitamente per i detenuti possono comunque loro applicarsi si veda M. L. Fadda, *op. cit.*, pp. 7-8.

evidente, dunque, come con rammarico si debba constatare un profondo scarto tra quanto stabilito a livello normativo e quanto si verifica nella realtà, in cui invece alcuni di questi diritti non sono poi riconosciuti o se lo sono, sono mal tutelati. Rammarico perché è anche occupandosi dei diritti delle persone ristrette «che si difendono i diritti di tutti, si afferma lo stato di diritto, si rende più matura e migliore la nostra democrazia.»⁸⁰

Intrinsecamente collegato alla questione dei diritti del detenuto vi è il tema che riflette su quale sia lo specifico contenuto della pena detentiva⁸¹ o, per dirla in negativo utilizzando espressioni già scelte dalla Consulta, occorre riflettere su quale sia «quella parte di personalità umana che la pena non intacca».⁸² Proprio perché i detenuti sono «titolari di situazioni giuridiche soggettive analoghe a quelle delle persone libere»⁸³, il tema cessa di essere se quest'ultime debbano essere loro riconosciute, ma diventa quale sia la «concreta possibilità di esercizio delle stesse, dei limiti entro i quali la loro compressione sia *de iure* ammissibile e delle condizioni che ne pregiudichino *de facto* il godimento».⁸⁴

Questo perché si sostiene che la detenzione possa incidere sulla libertà personale dei detenuti nella sua portata minima, cioè ad essere ristretta è solo la libertà di movimento.⁸⁵ Si intende perciò smentire la tesi degli «effetti aggiuntivi»⁸⁶, in base alla

⁸⁰ Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani, *Rapporto cit.*, p. 8. <https://www.senato.it/documenti/repository/commissioni/dirittiumani16/Rapporto%20carceri.pdf>, consultato il 17/11/23. Concorde sul tema M. Ruotolo, *op. cit.*, p. 265 – che a sua volta richiama A. Baratta, *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?* in M. Palma, S. Anastasia (a cura di), *La bilancia e la misura*, Milano, 2001 –: «[...] garantire la sicurezza dei diritti è la strada più efficace perché si abbia una percezione soggettiva di un soddisfacente senso di sicurezza. Nella consapevolezza, che era stata mirabilmente espressa da Alessandro Baratta, per cui appunto, garantire la sicurezza dei diritti (dentro e fuori il carcere) non soltanto è doveroso, ma anche è il miglior modo per assicurare il c.d. diritto alla sicurezza».

⁸¹ Si veda a proposito A. Pulvirenti, *Diritti del detenuto e libertà sessuale*, in *Annali del Seminario Giuridico*, Milano, Giuffrè Editore, 2001, p. 172.

⁸² Per l'utilizzo di tale espressione si veda la nota 70.

⁸³ M. Ruotolo, *op. cit.*, p. 254.

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ Si veda a proposito A. Pulvirenti, *op. cit.*, pp. 172-173. Viene delineato dall'autore un potenziale dibattito tra sostenitori della portata minima e della portata ampia, in base al quale chi sostiene la tesi della portata minima afferma che, se così non fosse, quello che si verrebbe a verificare sarebbe il far scaturire dalla privazione della libertà personale delle pene accessorie non esplicitamente previste idonee a comprendere anche altri diritti e di conseguenza si finirebbe col privare di senso quelle pene accessorie invece legislativamente previste come quella pecuniaria, quella dell'interdizione da una professione o un'arte, quella della incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione e quella della decadenza dalla potestà genitoriale. Le quali sono invece tutte pene che a livello tecnico nella redazione della sentenza di condanna vengono aggiunte a quella detentiva, che quindi si configura solo come quella di privazione della libertà personale di movimento.

⁸⁶ *Ibidem*. Questi ultimi sarebbero degli effetti che derivano dal fatto che esistono «diritti la cui compressione, pur non facendo parte del “contenuto giuridico” della pena detentiva, è necessariamente

quale qualora non sia possibile rimuovere questi effetti disciplinando in maniera opportuna il regime penitenziario, allora ontologicamente quest'ultimi saranno «collegati alla sanzione detentiva ma non potranno dirsi da questa deliberatamente voluti».⁸⁷

Scopo precipuo del lavoro di chi scrive è sostenere invece che sia possibile un intervento a livello legislativo per evitare questi effetti e che nel caso in cui non lo si faccia allora «esso finisce per costituire una volontaria, seppure indiretta, emanazione della potestà punitiva esercitata dallo Stato».⁸⁸

Il tema del contenuto della pena detentiva anima i dibattiti da lungo tempo, nel 1973 gli esiti di un seminario congiunto tra studiosi italiani e tedeschi erano questi: «la persona sottoposta ad esecuzione penitenziaria conserva tutti i diritti di libertà sociali e giudiziari riconosciuti dalla Costituzione ai cittadini e che non sono incompatibili con lo stato di detenzione».⁸⁹

Fondamentale è la scelta della parola *conserva*, vi è infatti chi ha tentato di sostenere che in capo ai detenuti siano previsti solo quei diritti creati dall'ordinamento penitenziario⁹⁰, ma ciò rivelerebbe un modo di intendere gli istituti penitenziari come «luoghi di (almeno tendenziale) extraterritorialità giuridica»⁹¹, cioè esclusi dall'applicazione delle regole e dei diritti dell'ordinamento giuridico vigenti invece per tutto il resto della popolazione, affermazione che all'interno di uno Stato di diritto è insostenibile.

Dunque, è vero che rispetto alla libertà personale le sanzioni detentive «[...] ne costituiscono una grave limitazione, ma non la soppressione. Il detenuto pur privato della maggior parte delle sue libertà, ne conserva sempre una parte, che è tanto più preziosa in

collegata all'esecuzione del regime carcerario», questi effetti godrebbero di una «legittimità costituzionale [...] che dipende dalla loro inevitabilità».

⁸⁷ A. Pulvirenti, *ivi*, p. 174. Tant'è che sempre in base a questa tesi non si verificherebbe una violazione dell'art. 25 co. 2 Cost., perché «gli effetti secondari della detenzione rappresentano “mere situazioni di fatto” che il legislatore non vuole ma deve, al pari del condannato, subire».

⁸⁸ *Ibidem*. Nello stesso senso A. Malinverni, *op. cit.*, p. 24: «riconosciuto che la persona sottoposta a legittime restrizioni della libertà personale continua a fruire dei diritti di libertà sia pure soltanto nel più ristretto ambito in cui questa viene limitata, consegue che ogni ulteriore restrizione non soltanto deve essere prevista dalla legge ma anche venire disposta con provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria [...]».

⁸⁹ Seminario di studi Associazione italiana giuristi per la difesa della libertà e della Deutsche Bibliothek Goethe Institut, testo integrale in *Rassegna di studi penitenziari*, 1973, 161.

⁹⁰ Per una disamina A. Pulvirenti, *op. cit.*, p. 174-175.

⁹¹ V. Grevi, *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario a cinque anni dalla riforma*, in V. Grevi (a cura di), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Bologna, Zanichelli, 1981, p. 21.

quanto costituisce l'ultimo ambito nel quale può espandersi la sua personalità individuale».⁹²

I diritti che preesistono all'ordinamento penitenziario e che devono continuare ad essere garantiti ai detenuti sono positivizzati sia a livello internazionale⁹³ ed europeo⁹⁴, sia a livello nazionale in diverse disposizioni della legge 354/1975, ma è proprio a livello nazionale che si cela un'insidia tecnica: è stato infatti notato⁹⁵ come si sia scelto di indicare non ciò che è vietato, ma ciò che viene comunque concesso e i limiti entro cui questo avviene.

Ulteriore esemplificazione della bassa qualità dei testi legislativi che sono prodotti dal nostro Parlamento è il non avere all'interno della legge 354 del 1975 un utilizzo chiaro e univoco del termine *diritto*, è stato a proposito sottolineato⁹⁶ come quest'ultimo venga usato esplicitamente solo agli articoli 26 co. 4⁹⁷ e 50 co. 7⁹⁸ della legge di ordinamento penitenziario; nelle restanti disposizioni si opta per quella che è la caratteristica preferita dal legislatore, l'ambiguità, e infatti si ritrovano perifrasi: “sono ammessi”, “è assicurato”, “è consentito di”.⁹⁹ Di conseguenza, è stato osservato¹⁰⁰: «[...] costringono l'interprete a verificare, volta per volta, se la posizione soggettiva riconosciuta al detenuto sia da inquadrare nella categoria dei diritti soggettivi o degli interessi legittimi o se non

⁹² A. Malinverni, *op. cit.*, p. 19. Nello stesso senso anche la Corte costituzionale, 24 giugno 1993, sentenza n. 349.

⁹³ Già citata *supra* p. 15, LA Risoluzione O.N.U. 30 agosto 1955 sulle Regole minime per il trattamento dei detenuti.

⁹⁴ Già citata *supra* p. 15, Raccomandazione R (2006)2 sulle regole penitenziarie europee in Franco Della Casa e Glauco Giostra, *Ordinamento penitenziario commentato*, Vicenza, Wolters Kluwer, 2019, sesta edizione, p. 1507.

⁹⁵ A. Pulvirenti, *op. cit.*, p. 177: «diviene incompatibile con la detenzione non ciò che è espressamente vietato ma tutto ciò che non è espressamente consentito».

⁹⁶ A. Pulvirenti, *ivi*, p. 178.

⁹⁷ «Gli appartenenti a religione diversa dalla cattolica hanno diritto di ricevere, su loro richiesta, l'assistenza dei ministri del proprio culto e di celebrarne i riti».

⁹⁸ «Se l'ammissione alla semilibertà riguarda una detenuta madre di un figlio di età inferiore a tre anni, essa ha diritto di usufruire della casa per la semilibertà di cui all'ultimo comma dell'art. 92 del decreto del Presidente della Repubblica 29 aprile 1976, n. 431».

⁹⁹ Così A. Pulvirenti, *op. cit.*, p. 178. Nello stesso senso, commentando gli articoli 18 e 28 della legge di ordinamento penitenziario, L. Stortoni, *op. cit.*, p. 43: «l'ispirazione che ha animato il legislatore appare evidente dall'uso della formula normativa secondo la quale “i detenuti e gli internati sono ammessi ad avere colloqui” anziché l'altra “hanno diritto” ed ancor di più dal terzo comma (nella versione attuale, aggiornata cioè al 2023 è il comma quarto) dell'articolo laddove è detto che “particolare favore viene accordato ai colloqui con i familiari”. A questa stregua l'affermazione contenuta nell'art. 28 secondo cui “particolare cura è dedicata a mantenere, migliorare o ristabilire le relazioni dei detenuti e degli internati con le famiglie” suona, al pari di altre che si vedranno, più ideologica che precettiva. La scelta del legislatore tra graziosa concessione e diritto come garanzia è palese».

¹⁰⁰ *Ibidem*.

sia una semplice enunciazione ideologica che l'amministrazione penitenziaria dovrebbe osservare quale criterio finalistico della propria condotta».

Da ultimo è stato evidenziato¹⁰¹ come questa sciatteria legislativa si ripercuota anche a livello di tutela giurisdizionale, sciatteria tale da far intervenire la Corte costituzionale con una pronuncia di illegittimità riguardo all'art. 35 della legge 354/1975, in quanto appunto non un vero rimedio giurisdizionale. La sentenza della Corte è la 26 del 1999 e solo nel 2014 è stato introdotto dal legislatore l'art. 35-bis che disciplina il reclamo giurisdizionale.

La sentenza, inoltre, diviene fondamentale per esaurire la questione che ci si era posti all'inizio di questo paragrafo, cioè se le persone detenute siano titolari di diritti e la risposta deve essere affermativa, infatti i giudici della Consulta scrivono: «l'idea che la restrizione della libertà personale possa comportare consequenzialmente il disconoscimento delle posizioni soggettive attraverso un generalizzato assoggettamento all'organizzazione penitenziaria è estranea al vigente ordinamento costituzionale, il quale si basa sul primato della persona umana e dei suoi diritti. I diritti inviolabili dell'uomo, il riconoscimento e la garanzia dei quali l'art. 2 della Costituzione pone tra i principi fondamentali dell'ordine giuridico, trovano nella condizione di coloro i quali sono sottoposti a una restrizione della libertà personale i limiti a essa inerenti, connessi alle finalità che sono proprie di tale restrizione, ma non sono affatto annullati da tale condizione».¹⁰²

Quest'ultima importante affermazione che si atteggia a perfetto *trait d'union* con l'ulteriore quesito, dipendente da quello di cui sopra, ossia se la dimensione sessuale del detenuto rientri allora tra quelle «posizioni soggettive che sono (o dovrebbero essere) riconosciute al detenuto in quanto non incompatibili con il contenuto della pena detentiva».¹⁰³ Anche qui si deve rispondere affermativamente, l'esercizio dell'affettività e della sessualità rientrano tra quei diritti inviolabili la cui limitazione non trova giustificazione alcuna nella detenzione¹⁰⁴, e che anzi durante il periodo di restrizione

¹⁰¹ *Ibidem*.

¹⁰² Corte costituzionale 11 febbraio 1999, n. 26.

¹⁰³ A. Pulvirenti, *op. cit.*, p. 185.

¹⁰⁴ In questo senso, A. Pulvirenti, *ivi*, pp. 186-187, richiamando a sua volta E. Fortuna, *op.cit.*, p. 70: «[...] l'assunto secondo il quale la carcerazione, nella forma dell'arresto (art. 25 c.p.) o della reclusione (art. 23 c.p.), comporta inevitabilmente la rinuncia all'esercizio della libertà sessuale è indimostrato ed indimostrabile, dal momento che detto esercizio può svolgersi all'interno ed entro i limiti della "restrizione forzata" in uno stabilimento penitenziario. Non è un caso, del resto, che chi si è espresso in termini diversi non ha eccepito un'incompatibilità intrinseca tra le modalità della detenzione e la coltivazione dei rapporti sessuali, bensì ha negato l'ammissibilità di questi ultimi invocando il rispetto di un non meglio determinato "carattere di austerità e moralità" della sanzione penale». L'attribuzione di questo presunto "carattere di austerità e moralità" della sanzione penale si deve a G. Velotti, *Il problema sessuale nelle carceri*, in *Rass. di studi penitenziari*, 1974, p. 278.

devono continuare ad essere garantiti. A conforto si trovano determinate disposizioni della legge di ordinamento penitenziario e del relativo regolamento di esecuzione, specifiche disposizioni rinvenibili nelle fonti sovranazionali e nella carta costituzionale, su cui poi si tornerà¹⁰⁵; fin da ora invece si ritiene opportuno dedicarsi all'analisi di interventi della giurisprudenza di legittimità, perché «se è vero che l'intervento del '75 ha segnato un adeguamento della normativa ai principi posti dal dettato costituzionale, [...], è altrettanto vero che un contributo significativo nel percorrere tale strada è giunto dalla giurisprudenza».¹⁰⁶

La Corte di Cassazione si è infatti più volte pronunciata sul tema, in un primo momento a partire da casi concreti che non trattavano direttamente il diritto alla sessualità ma sue estrinsecazioni, per esempio quello di poter accedere alla procreazione medicalmente assistita, in queste pronunce emergeva già il cuore della questione che si presenta ora identica nell'affrontare il diritto alla sessualità in senso stretto, ossia il bilanciamento tra esigenze di sicurezza e diritti delle singole persone: «il principio da applicare [...] non può che essere quello di temperare interesse personale e detenzione [...] ed il giudizio relativo non può che ispirarsi al criterio della proporzione tra le esigenze di sicurezza sociale e penitenziaria ed interesse della singola persona. [...] il sacrificio imposto al singolo non deve eccedere quello minimo necessario e non deve ledere posizioni non sacrificabili in assoluto».¹⁰⁷

Altre pronunce non esplicitamente riferite al diritto alla sessualità ma comunque prodromiche ad un riconoscimento dello stesso sono quelle sorte a proposito di colloqui visivi e telefonate in cui si è affermato che «i provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria in materia di colloqui visivi e telefonici dei detenuti e degli internati, in quanto incidenti su diritti soggettivi, sono sindacabili in sede giurisdizionale mediante reclamo al magistrato di sorveglianza che decide con ordinanza ricorribile per cassazione secondo la procedura indicata nell'art. 14-ter della legge 26 luglio 1975 n. 354»;¹⁰⁸ così

¹⁰⁵ Si veda *infra* cap. II par. 2.1, 2.2, 2.3.

¹⁰⁶ Così S. Talini, *op. ult. cit.*, p. 9. La strada a cui si fa riferimento è appunto quella verso il riconoscimento dell'affettività e della sessualità come diritti.

¹⁰⁷ Cassazione penale, Sez. I, Sent., (data ud. 30/01/2008) 20/02/2008, n. 7791. Nello stesso senso Cassazione penale, Sez. I, Sent., (data ud. 18/10/2011) 19/12/2011, n. 46728: «[...] il magistrato di sorveglianza è tenuto a pronunciarsi in ordine alla richiesta del condannato [...] essendo egli tenuto a valutare la fattibilità in concreto della pretesa avanzata, secondo un criterio di proporzione fra esigenze di sicurezza sociale e penitenziaria e rispetto dei diritti fondamentali della singola persona».

¹⁰⁸ Cassazione penale, Sez. U., sent. n. 25079, 26 febbraio 2003. Sempre in questa sentenza è stato scritto: «nella specifica materia dei colloqui ci si trova in presenza sicuramente di diritti soggettivi, parte integrante

sancendo la natura di situazione giuridica soggettiva della conservazione dei rapporti affettivi e con l'esterno, da cui deriva poi la possibilità di attivare lo strumento della tutela giurisdizionale.

In seguito, si sono succedute altre sentenze, tutte manifestanti lo stesso orientamento: «[...] è principio di civiltà che a colui che subisce una restrizione carceraria [...] sia comunque riconosciuta la titolarità di situazioni soggettive attive e sia garantita quella parte di diritti della personalità che neppure la pena detentiva può intaccare. Tra questi è certamente annoverabile il diritto al mantenimento di relazioni familiari e sociali, tanto più preziose in quanto costituiscono l'unico ambito nel quale possono trovare riconoscimento istanze fondamentali quali quelle alla, e della, famiglia: comprimibili solo ove ricorrano specifiche e motivate esigenze di sicurezza pubblica o intramuraria, o per i detenuti in attesa di giudizio, d'ordine processuale».¹⁰⁹ Dunque da tutto ciò emerge quanto sia stato fondamentale il contributo della giurisprudenza, anche a fronte dell'inerzia del legislatore sul tema.

In conclusione: «bisogna quindi garantire prima di tutto gli altri diritti: all'integrità fisica, alla salute, al lavoro, all'istruzione, all'informazione, alla libertà di pensiero, all'affettività».¹¹⁰ Diritti che sono gli uni strettamente legati agli altri da un rapporto di causa e di effetto, particolarmente evidente per esempio nel caso del diritto alla salute e del diritto all'affettività: il primo non può dirsi attuato pienamente e garantito in ogni sua declinazione se non è determinato anche dalla possibilità di mantenere durante il periodo di detenzione legami affettivi, soprattutto per garantire la salute nella sua componente di salute mentale.

del trattamento». Nello stesso senso Cassazione penale, Sez., I, Sent., (data ud. 29/11/2011) 20/12/2011, n. 47326: «deve ribadirsi che in materia di colloqui visivi e telefonici dei detenuti e degli internati, in quanto incidenti su diritti soggettivi, sono sindacabili in sede giurisdizionale [...]».

¹⁰⁹ Cassazione penale, Sez., I, Sent., (data ud. 04/05/2011) 08/07/2011, n. 26835. La sentenza ha origine dal ricorso di un detenuto che si era visto negare l'autorizzazione ad un colloquio visivo con il proprio figlio, sentenza nella quale i giudici concludono affermando che «l'adozione di generalizzate restrizioni in tale ambito, comporta in ogni caso un ulteriore affievolimento nel grado di privazione della libertà personale che richiede il rispetto delle garanzie espressamente previste dall'art. 13 Cost., comma 2». Nello stesso senso Cassazione penale, Sez. I, Sent., (data ud. 30 giugno 2014), 18 dicembre 2014, n. 52544: «si ritiene qualificabile in termini di diritto soggettivo del detenuto quello al mantenimento delle relazioni affettive familiari, elemento essenziale del trattamento»; «è da ritenersi che le ulteriori restrizioni [...] debbano pertanto trovare giustificazione nelle esigenze di contenimento della pericolosità e di prevenzione, sì da assicurare il rispetto di parametri di ragionevolezza, congruità e proporzionalità, pena l'ingiustificata limitazione del diritto».

¹¹⁰ M. Bortolato e E. Vigna, *Vendetta pubblica. Il carcere in Italia*, Urbino, Editori Laterza, 2020, p.13. Per un approfondimento sulla classificazione tra i vari diritti che continuano a permanere in capo alle persone detenute si veda G. Caputo, *Carcere e diritti sociali*, in *Briciole*, trimestrale del Cesvot – Centro Servizi Volontariato Toscana, n. 24, aprile 2010, pp. 21-59; il quale parla di diritti *uti persona, uti cives, uti captivus*.

La questione è di estrema attualità dato che si è pronunciata la Corte costituzionale proprio su tale specifica questione¹¹¹; questo nonostante il fatto che, come si approfondirà in seguito, la Consulta si fosse già espressa sull'argomento¹¹² e avesse ritenuto opportuno un intervento del legislatore, intervento che ad oggi non è si è ancora verificato, «colpito da sospetta ipoacusia, il legislatore ha finto di non sentire».¹¹³ Il che non desta stupore dal momento che «la storia del carcere si iscrive quindi anche nella storia più ampia dell'ipocrisia: ha qualche cosa a che vedere con la censura sulle parole oscene e sugli spettacoli sconvenienti, con l'occultamento per sentimenti di decenza delle manifestazioni della umana corporeità».¹¹⁴

Per concludere sulla questione del riconoscimento dell'affettività e della sessualità delle persone detenute si può citare una visione che si spinge ancora più in avanti e supera la questione diritto o non diritto, quest'ultima infatti mira al «disconoscimento di una proibizione»¹¹⁵, posizione che si lega alla tesi che sostiene¹¹⁶ che il grande ostacolo ad un intervento legislativo – quindi ad una manifestazione esplicita di indirizzo politico, culturale e giuridico – sia anche che molti ritengono la sessualità un premio, un privilegio, non un diritto fondamentale.¹¹⁷ È stato infatti dichiarato a più riprese che il diritto all'affettività in quanto «posizione soggettiva costituzionalmente riconosciuta (anche al detenuto), sia da riconoscersi in sé e per sé, [...] non all'interno di una logica premiale, altrimenti trattare l'affettività – al pari degli sconti di pena, dei benefici penitenziari, delle

¹¹¹ Corte costituzionale, sentenza numero 10 del 26 gennaio 2024. Per un approfondimento si rinvia a *infra*, cap. III.

¹¹² Corte costituzionale 19 dicembre 2012, n. 301. In questa occasione la Corte costituzionale pur ravvisando la compatibilità tra l'esercizio del diritto alla sessualità e la condizione di reclusione, è intervenuta in maniera monitoria, ritenendo che fosse prerogativa del legislatore intervenire in maniera diretta. Anche in questo caso si rinvia ad *infra* cap. III.

¹¹³ A. Pugiotta, *La proibizione sessuale in carcere non è diversa dalla castrazione*, in *Voci di dentro*, n. 49 ottobre 2023, p. 34.

¹¹⁴ M. Pavarini, *La banalità della pena*, in D. Gonin, *op. cit.*, p. 8.

¹¹⁵ A. Tonegato, *Amore e carcere*, in *Ristretti Orizzonti* <http://www.ristretti.it/areestudio/affetti/documenti/amorecarcere.htm>, consultato il 16/11/23.

¹¹⁶ Per un approfondimento, F. Ceraudo, *La sessualità in carcere: tra patologia della rinuncia e la patologia della degenerazione*, in *Uomini come bestie. Il medico degli ultimi*, Pisa, Edizioni ETS, 2019, p. 212 e ss.

¹¹⁷ In questo senso A. Tonegato, *op. cit.*: «Privilegiando tale orientamento si inciderebbe su un piano oggettivo e quindi politico. Quindi si innescherebbe un processo innovativo a livello socio - giuridico, ad esempio nell'auspicabile avvio della riforma del Codice penale, e nella revisione del concetto di pena; di conseguenza anche l'amore in carcere potrebbe essere una delle idee cardine. Sarebbe inoltre conquistata la posizione che il bisogno di amore, più che un diritto, è una cosa naturale e perciò, non essendo diritto, non sarebbe più regolamentato e coinvolto nel meccanismo premio - ricompense con le relative dinamiche per usufruirne. Per di più, poiché tale problema è di tutti, raggiungerebbe tutti, (i premi e le ricompense invece, solamente pochi) e si eviterebbe anche, in questo modo, parte di quella scissione strutturale della giustizia, tra il momento di erogazione della equa pena ed il momento afflittivo della sua applicazione tramite il sistema penale».

misure alternative alla detenzione – esclusivamente come premio, significa [...] ammettere che la sua amputazione per il reo è parte integrante della pena detentiva, giuridicamente riconosciuta ed ammessa dall'ordinamento».¹¹⁸ Inoltre, i sostenitori della tesi della sessualità come privilegio, argomentano le proprie posizioni affermando che esiste già un istituto che permetterebbe l'esercizio di questo diritto e che quindi una riforma sarebbe vana. Si suole addurre come prova l'istituto dei permessi premio di cui all'art. 30-ter della legge di ordinamento penitenziario – a riguardo si avrà modo di approfondire *infra* cap. II § 2.4.2, dedicato all'analisi del lavoro degli Stati Generali dell'esecuzione della pena e della commissione Giostra che proprio si era dedicata a prospettare una modifica di questo articolo specifico prevedendo nuovi comma e quindi nuove modalità finalizzate all'esercizio della sessualità – per il momento ci si limita a sottolineare come tale istituto non possa essere la soluzione poiché esso prevede una serie di presupposti oggettivi e soggettivi che fanno sì che la platea dei destinatari non sia l'intera popolazione carceraria; per questo, e proprio perché come è stato affermato sopra quelli dell'affettività e sessualità sono diritti spettanti ai detenuti in quanto esseri umani, allora non si può legarne l'esercizio ad una prospettiva premiale.¹¹⁹

¹¹⁸ S. Grieco, *op. cit.*, p. 99-100-101.

¹¹⁹ In questo senso si vedano Corte costituzionale, 11 dicembre 2012, n. 301 che a proposito dei permessi premio ha parlato di: «una risposta solo parziale»; oppure G. Moscatelli, *Il tabù del sesso in carcere torna dinanzi alla Corte costituzionale*, in *Archivio Penale*, n. 1, 2023, p. 3; analogamente anche F. Martin, *Carcere e sessualità: nuovi spiragli costituzionali*, in *Giurisprudenza Penale Web*, n. 1, 2023, pp. 2 e 8.

CAPITOLO II

LO STATO DELL'ARTE IN ITALIA TRA CARTE SOVRANAZIONALI, COSTITUZIONE E LEGISLAZIONE NAZIONALE

2.1 Uno sguardo in Europa

Come accennato nel precedente capitolo, nel proseguire con l'analisi del tema dell'affettività e sessualità in carcere non si può prescindere da quanto disposto a livello internazionale e sovranazionale;¹²⁰ ma prima ancora di illustrare le specifiche disposizioni e gli apporti giurisprudenziali proprio su tale questione – i quali si può anticipare fin d'ora, mostrano come la scelta «negazionista»¹²¹ del nostro paese sia lontana da quanto invece elaborato proprio a quel livello internazionale sovranazionale – occorre procedere a ritroso e individuare quali sono, se ci sono, le disposizioni sovranazionali che riconoscono in capo ai detenuti posizioni giuridiche soggettive in via generale, prima di tutto in quanto persone, poi come soggetti ristretti. Alcuni di questi diritti sono, come si vedrà, evidentemente prodromici al poter riconoscere e attuare quello dell'affettività.

Utilizzando un approccio storico, si può partire dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo adottata a New York dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948, che pur non rivolgendosi esplicitamente alle persone private della libertà personale, prevedendo però quelli che possono essere definiti diritti fondamentali, ben si applica anche ai detenuti in quanto appunto, persone; di essa rilevano l'articolo 5: «nessun individuo potrà essere sottoposto a tortura o a trattamenti o punizioni crudeli, inumani o degradanti»; l'articolo 8: «ogni individuo ha diritto ad un'effettiva possibilità di ricorso a

¹²⁰ Si intende con tali termini sia il sistema delle fonti internazionali sia il sistema delle fonti europeo.

¹²¹ Per un approfondimento su tale aggettivo si veda in primo luogo l'ordinanza del Magistrato di sorveglianza di Firenze del 27 aprile 2012, n. 132, pp. 138-139-140-141; in secondo luogo, il commento a tale ordinanza in S. Talini, *Un diritto "sommerso": la questione dell'affettività in carcere approda alla Corte costituzionale*, in Forum di Quaderni Costituzionali, 2012, p. 1-3-4-6-7, https://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0355_talini.pdf consultato il 12/01/24; in terzo luogo sempre S. Talini, *Diritto inviolabile o interesse cedevole? cit.*, pp. 1090-1093 e infine, sempre S. Talini, *Affettività e sessualità in carcere*, in Istituto Superiore di Studi Penitenziari (a cura di), *La dimensione dell'affettività in carcere. Uno studio su sessualità, genitorialità e possibilità di procreazione nel sistema penitenziario*, Quaderni ISSP, n. 13, giugno 2015, p. 20: «evidente, quindi, come la scelta negazionista del legislatore italiano si ponga in relazione antitetica rispetto alla sempre maggiore attenzione accordata dall'ordinamento comunitario e internazionale alla sfera dei diritti affettivi e familiari delle persone private della libertà».

competenti tribunali contro atti che violino i diritti fondamentali a lui riconosciuti dalla costituzione o dalla legge»; l'articolo 9: «nessun individuo potrà essere arbitrariamente arrestato, detenuto o esiliato»; l'articolo 16: «uomini e donne in età adatta hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia, senza alcuna limitazione di razza, cittadinanza o religione. Essi hanno eguali diritti riguardo al matrimonio, durante il matrimonio e all'atto del suo scioglimento. Il matrimonio potrà essere concluso soltanto con il libero e pieno consenso dei futuri coniugi. La famiglia è il nucleo naturale e fondamentale della società e ha diritto ad essere protetta dalla società e dallo Stato»; l'articolo 25: «ogni individuo ha diritto ad un tenore di vita sufficiente a garantire la salute e il benessere proprio e della sua famiglia, con particolare riguardo all'alimentazione, al vestiario, all'abitazione, e alle cure mediche e ai servizi sociali necessari; e ha diritto alla sicurezza in caso di disoccupazione, malattia, invalidità, vedovanza, vecchiaia o in altro caso di perdita di mezzi di sussistenza per circostanze indipendenti dalla sua volontà. La maternità e l'infanzia hanno diritto a speciali cure ed assistenza. Tutti i bambini, nati nel matrimonio o fuori di esso, devono godere della stessa protezione sociale».¹²²

Si intrecciano con queste prime dichiarazioni gli apporti di organizzazioni internazionali come l'OMS, i quali hanno contribuito al percorso di riconoscimento della sessualità come diritto a prescindere dalla condizione di detenzione,¹²³ in particolare l'OMS vi ha contribuito elaborando la definizione di salute sessuale: «sexual health is a state of physical, emotional, mental and social well-being in relation to sexuality; it is not merely the absence of disease, dysfunction or infirmity. Sexual health requires a positive and respectful approach to sexuality and sexual relationships, as well as the possibility of having pleasurable and safe sexual experiences, free of coercion, discrimination, and violence. For sexual health to be attained and maintained, the sexual rights of all persons must be respected, protected, and fulfilled».¹²⁴

Di generale applicazione anche la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea creata a Nizza nel 2000, la quale, per quel che qui concerne, contiene all'articolo 1 l'affermazione dell'inviolabilità della dignità umana e all'articolo 4 il divieto di sottoporre qualsiasi persona a tortura, pene, trattamenti inumani o degradanti.¹²⁵

¹²² Per la consultazione della Dichiarazione nella sua interezza si rinvia a https://www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR_Translations/itn.pdf, consultato il 12/01/24.

¹²³ Si veda la nota 72, cap. 1, par. 1, p. 13.

¹²⁴ OMS, *Defining sexual health. Report of a technical consultation on sexual health*, 28-31 January 2002, Geneva, p. 10. <https://www.ceslas.lu/perch/resources/whodefiningsexualhealth.pdf>, consultato il 12/01/24.

¹²⁵ Per la consultazione della Carta nella sua totalità si rinvia a https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_it.pdf, consultato il 12/01/24.

Sono stati poi elaborati documenti con disposizioni specificatamente riservate ai detenuti e anche in questo caso, seguendo un ordine cronologico, si può cominciare dalle Regole minime per il trattamento dei detenuti, create dalla Commissione internazionale penale e penitenziaria (CIPP) e approvate dalla Società delle Nazioni nel 1934: al loro interno non si trovano diritti veri e propri, ma principi, come quello di legalità sostanziale e processuale in ambito disciplinare e la proponibilità di un reclamo ad autorità esterne.¹²⁶ Successivamente, la riunione del gruppo internazionale di penalisti che avvenne nel 1949 ebbe come risultato l'aggiornamento delle Regole minime del 1934 e la creazione delle *Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners*, adottate con la Risoluzione 30-VIII-1955, in occasione del Primo Congresso delle Nazioni Unite, intitolato *Prevention of Crime and the Treatment of Offenders*, svoltosi il 30 agosto del 1955.¹²⁷ Le nuove regole ancora non prevedero il riconoscimento di posizioni giuridiche soggettive ma configurarono «il primo tentativo di “umanizzazione” della pena secondo criteri diversi da quelli dell'epoca precedente alla seconda guerra mondiale».¹²⁸

Risale poi al 1966 il Patto internazionale sui diritti civili e politici, adottato dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite a New York il 16 dicembre e ratificato dall'Italia con la legge n. 881/77, il quale all'articolo 7 enuclea un divieto di tortura e trattamenti inumani e all'articolo 10 specifica che: «qualsiasi individuo privato della propria libertà deve essere trattato con umanità e col rispetto della dignità inerente alla persona umana. [...] il regime penitenziario deve comportare un trattamento dei detenuti che abbia per fine essenziale il loro ravvedimento e la loro riabilitazione sociale»; altrettanto importante è l'articolo 17, in base al quale «nessuno deve essere sottoposto ad ingerenze arbitrarie o illegali nella sua privacy, vita familiare, casa o corrispondenza, e nemmeno ad attacchi illegali al suo onore e alla sua reputazione»; infine, l'articolo 23, il quale sancisce che: «la famiglia è il nucleo naturale e fondamentale della società e ha diritto ad essere protetta dalla società e dallo Stato».¹²⁹

¹²⁶ Cfr. M. Flores, *Diritti Umani. Cultura dei diritti e dignità della persona nell'epoca della globalizzazione, Dizionario I, A-G*, Torino, UTET, 2007, pp. 333-334.

¹²⁷ *Ibidem*.

¹²⁸ M.L. Fadda, *op. cit.*, p. 6.

¹²⁹ Per una consultazione integrale del Patto sui diritti civili e politici si rinvia al seguente link: https://unipd-centrodirittiumani.it/it/strumenti_internazionali/Patto-internazionale-sui-diritti-civili-e-politici-1966/15, consultato il 12/01/24.

Tra gli atti internazionali va citato anche il Commento generale n. 9 del Comitato ONU del 1982, in base al quale «allowing visits, in particular by family members, is normally also such a measure which is required for reasons of humanity».¹³⁰

Ulteriore documento è la Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura del 1984, nello specifico l'articolo 11: «ogni Stato parte esercita una sorveglianza sistematica sulle norme, direttive, metodi e pratiche d'interrogatorio e sulle disposizioni concernenti la custodia e il trattamento delle persone arrestate, detenute o imprigionate in qualunque maniera in qualsiasi territorio sotto la sua giurisdizione, al fine di evitare qualsiasi caso di tortura».¹³¹

Di poco successiva è la Convenzione del Consiglio d'Europa per la prevenzione della tortura e dei trattamenti inumani o degradanti (1987), da cui è stato poi istituito il Comitato per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti,¹³² il quale svolge un attività di osservazione, attraverso visite negli istituti penitenziari, per verificare appunto eventuali condizioni inumane, degradanti o di tortura; il Comitato ha anche elaborato degli standards, tra questi rilevano in particolare quelli relativi ai servizi di assistenza sanitaria in carcere, rinvenibili nel testo della lettera v) rubricata “legami sociali e familiari”, all'interno della lettera d) intitolata “assistenza sanitaria preventiva”, si tratta dell'articolo 63, il quale riporta: «il servizio di assistenza sanitaria può anche contribuire a limitare quella rottura di legami sociali e familiari che di solito avviene con la detenzione. Esso deve sostenere – insieme ai relativi servizi sociali – quelle misure che facilitano i contatti dei detenuti con il mondo esterno, come la predisposizione di aree opportunamente attrezzate per le visite, per le visite della famiglia o del coniuge/partner in condizioni opportune e permessi in contesti familiari, occupazionali, educativi e socioculturali».¹³³ Per quanto riguarda l'efficacia di questi standards, è stato sottolineato come «le indicazioni del CTP, di per sé non vincolanti, lo diventano se sono recepite nelle pronunce della CEDU».¹³⁴ Il Comitato è poi intervenuto esplicitamente in alcuni casi rispetto alle modalità di organizzazione delle visite coniugali: «queste erano concesse per

¹³⁰ Così richiamato in M. E. Salerno, *Affettività e carcere e diritto alle visite familiari. A Strasburgo, tra affermazioni di principio e tutela effettiva*, in L. Armerio e V. Manca (a cura di) *Affettività e carcere: un binomio (im)possibile?*, Giurisprudenza Penale Web, 2019, 2-bis, p. 54.

¹³¹ Per una consultazione della Convenzione nella sua interezza si rinvia al seguente link: https://www.cir-onlus.org/wp-content/uploads/2017/09/altrenorme_tortura.pdf, consultato il 12/01/24.

¹³² Il Comitato ha anche elaborato un *Memorandum* che sostiene «il mantenimento dei rapporti familiari è facilitato se le visite con i membri della famiglia possono svolgersi facilmente», così riporta M. E. Salerno, *op. cit.*, p. 53; formulazione evidentemente tautologica ma utile per evidenziarne l'orientamento.

¹³³ Per una consultazione dell'intero testo degli standards elaborati dal Comitato si rinvia a http://www.antonioacasella.eu/archiva/COE_standard_Cpt_2002-6.pdf, consultato il 12/01/24.

¹³⁴ M. L. Fadda, *op. cit.*, p. 7.

sole due ore in locali squallidi, a orari e in giorni fissi, ed erano precedute da perquisizioni intime particolarmente umilianti per le partner dei detenuti».¹³⁵ Antonio Cassese, ex presidente del Comitato, riporta: «il Comitato ebbe modo di accennare all'opportunità che venissero adibiti, nelle carceri, appositi edifici ad incontri dei detenuti con le famiglie, in modo da consentire ai nuclei familiari di trascorrere abbastanza frequentemente almeno una giornata insieme».¹³⁶

Sempre a livello internazionale, si possono citare le *UN Rules for the Treatment of Women Prisoners and Non-custodial Measures for Women Offenders*, note come regole di Bangkok e redatte nel 2010, dedicate nello specifico alle detenute madri, in particolare si evidenziano la regola numero 23: «le sanzioni disciplinari applicabili alle detenute non devono comportare il divieto di contatti familiari, in particolare con i loro figli»; la numero 26 (che apre il titolo ottavo dedicato ai contatti con il mondo esterno, il quale specifica che queste regole sono il completamento delle regole 37, 38.1, 38.2, 39, di quelle Minime per trattamento dei detenuti elaborate in seno alla Convenzione delle Nazioni Unite del 1955), la quale recita: «i contatti delle detenute con la loro famiglia, in particolare con i loro figli, le persone che ne hanno la custodia e i rappresentanti legali dei figli devono essere incoraggiati e facilitati attraverso ogni ragionevole mezzo. Se possibile, devono essere adottate misure per compensare il disagio della detenzione in un istituto penitenziario lontano dal luogo di domicilio»; la regola 27: «qualora siano autorizzate visite coniugali, le detenute devono poter esercitare tale diritto secondo gli stessi principi degli uomini»; infine la regola 28: «i colloqui ai quali prendono parte dei bambini devono svolgersi in un ambiente e in un clima tali da rendere la visita un'esperienza positiva, anche con riguardo al clima derivante dal comportamento del personale, e devono permettere contatti diretti tra madre e figlio. I colloqui che implicano un contatto prolungato con i bambini, dovrebbero essere, se possibile, incoraggiati».¹³⁷

Meritano di essere citate poi la Risoluzione 76(2) del Comitato dei Ministri *On the treatment of long-term prisoners* e la Raccomandazione n. 1340 del 1997 del Consiglio d'Europa sugli effetti sociali e familiari della detenzione, il cui articolo 6 raccomanda

¹³⁵ L. Re e S. Ciuffoletti, *La pena rimossa. Detenzione e diniego della sessualità nelle carceri italiane*, in C. Botrugno e G. Caputo (a cura di), *Vulnerabilità, carcere e nuove tecnologie. Prospettive di ricerca sul diritto alla salute*, Firenze, Phasar Edizioni, 2020, p. 79.

¹³⁶ A. Cassese, *Umano-disumano: Commissariati e prigionieri nell'Europa di oggi*, Bari, Laterza, 1994, p. 68.

¹³⁷ Per una consultazione integrale di queste regole si rinvia a <https://www.refworld.org/docid/4dcbb0ae2.html>, consultato il 12/01/24; per la versione italiana invece si veda

https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_12_1.wp?facetNode_1=0_2&facetNode_3=0_2_12&facetNode_2=0_0&previousPage=mg_1_12&contentId=SPS1188464, consultato il 12/01/24.

appunto al Consiglio d'Europa di invitare gli Stati membri a migliorare le condizioni previste per le visite da parte delle famiglie predisponendo all'interno degli istituti penitenziari luoghi nei quali i detenuti abbiano la possibilità di incontrare i propri visitatori da soli.¹³⁸

Per concludere questa sintetica rassegna di carte e documenti che tutelano le posizioni giuridiche soggettive delle persone private della libertà personale¹³⁹ vanno citate le *European Prison Rules*, che il Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa aveva adottato per la prima volta nel 1987 e che ha poi rinnovato l'11 gennaio 2006 e nuovamente a luglio 2020. Importantissimo è l'articolo 102 paragrafo 2, all'interno della parte VIII dedicata all'obiettivo del regime dei condannati, che recita: «poiché la privazione di libertà costituisce di per sé una punizione, il regime dei condannati non deve aggravare le sofferenze inerenti alla detenzione».¹⁴⁰

La principale differenza tra queste ultime regole e le *Standard Minimum Rules* elaborate dalle Nazioni Unite nel 1955 è che le *European Prison Rules* non mirano più a modificare la personalità del detenuto ma solo alla sua risocializzazione, inoltre si rivolgono ai detenuti e non solo all'amministrazione e fin dal primo articolo «arricchiscono [...] i postulati del principio di umanizzazione della pena, ruotando attorno al pervasivo valore del rispetto della dignità umana»,¹⁴¹ tale articolo infatti recita: «le persone private della libertà devono essere trattate nel rispetto dei diritti dell'uomo».¹⁴² Ma soprattutto, la novità di queste regole è che l'articolo 102.2 è suscettibile di un'interpretazione ampia, che ha permesso di affermare che il sovraffollamento «è tuttavia soltanto una delle cause di esposizione dei detenuti a condizioni di vita inumane e degradanti [...] nelle carceri di molti paesi, ad esempio in quelle italiane, si sconta una

¹³⁸ Articolo così richiamato in F. Martin, *Carcere e sessualità: nuovi spiragli costituzionali*, cit., p. 3. Nello stesso senso, S. Talini, *L'affettività ristretta*, cit., p. 7: «il legislatore sovranazionale sottolinea la necessità di predisporre all'interno degli istituti 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 nazionale». Sempre sul tema si rinvia a M. E. Salerno, *Affettività e sessualità nell'esecuzione penale: diritti fondamentali dei detenuti?* cit., p. 9.

¹³⁹ In generale, per un approfondimento sul percorso che ha portato al riconoscimento di diritti in capo ai detenuti si veda M. L. Fadda, *op. cit.*, pp. 3-4 e G. Caputo, *op. cit.*, pp. 21-59.

¹⁴⁰ Raccomandazione R (2006)2 sulle regole penitenziarie europee, Franco Della Casa e Glauco Giostra, *op. cit.*, p. 1507.

¹⁴¹ M. Flores, *op. cit.*, p. 335.

¹⁴² F. Della Casa e G. Giostra, *op. cit.*, p. 1494.

pena corporale che è invece quasi completamente sconosciuta: la condanna alla pena detentiva porta infatti con sé la pena supplementare della privazione della sessualità».¹⁴³

E proprio il contrario è espresso all'art. 24 delle *EPR*, il quale al paragrafo 1 prevede: «i detenuti devono essere autorizzati a comunicare il più frequentemente possibile – per lettera, telefono, o altri mezzi di comunicazione –, con la famiglia, con terzi e con rappresentanti di istituzioni esterne, sia a ricevere visite dalle persone citate».¹⁴⁴ Il paragrafo 2 specifica quali sono le restrizioni o la sorveglianza che può essere applicata a queste e precisa che comunque deve essere garantito un «contatto minimo accettabile».

Importantissimo è poi il paragrafo 4, il quale prevede che «le modalità delle visite devono permettere ai detenuti di mantenere e sviluppare relazioni familiari il più possibile normali».¹⁴⁵ Si è poi precisato nel commentario alle stesse regole che «dove possibile, le visite dovrebbero durare un periodo di per esempio 72 ore, come avviene in molti paesi dell'est Europa, perché visite di questa durata permettono di avere relazioni intime con i propri partners, mentre visite più brevi avrebbero solo un effetto umiliante per entrambi».¹⁴⁶

Tra gli atti esplicitamente dedicati al riconoscimento e all'attuazione del diritto all'affettività per le persone detenute vi è anche la Raccomandazione del Parlamento europeo del 9 marzo 2004 al Consiglio d'Europa, dedicata ai diritti dei detenuti nell'Unione europea, in cui il Consiglio viene invitato esplicitamente all'articolo 1, lettera c) a prevedere «il diritto ad una vita affettiva e sessuale prevedendo misure e luoghi appositi».¹⁴⁷

Risulta dunque evidente da queste raccomandazioni – nonostante la loro non vincolatività¹⁴⁸ (sono infatti classificate come *soft law*) – «l'esigenza di predisporre

¹⁴³ L. Re e S. Ciuffoletti, *op. cit.*, pp. 51-52.

¹⁴⁴ F. Della Casa e G. Giostra, *op. cit.*, p. 1496.

¹⁴⁵ Sull'importanza del riferimento alla "normalità" si veda S. Talini, *op. ult. cit.*, pp. 8 e 17.

¹⁴⁶ Revised Commentary to Recommendation CM/REC(2006)2 of the Committee of Ministers to Member States on the European Prison Rules, European Committee on crime problems, Council for Penological Cooperation, Council of Europe, Strasburgo, 22 maggio 2018, p. 23, consultabile integralmente al seguente link: <https://rm.coe.int/pc-cp-2018-1-e-rev-2-epr-2006-with-changes-and-commentary-22-may-2018/16808add21>, consultato il 12/01/24.

¹⁴⁷ Raccomandazione interamente consultabile al seguente link: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-5-2004-0142_IT.html, consultato il 12/04/24.

¹⁴⁸ Il problema che si riscontra è noto agli studiosi di diritto internazionale ed europeo, nonostante tutte queste raccomandazioni molti Stati nazionali ignorano i loro contenuti. La Corte di Strasburgo potrebbe essere colei che ammonisce? Questione evidenziata da M. E. Salerno, *op. cit.*, in *Giurisprudenza Penale Web* 2019, 2-bis, p. 55: «è essenziale capire, infatti, se la Corte si sia limitata a fissare principi generali meramente teorici, o individuato modalità e strumenti per garantire l'effettiva tutela del diritto in questione nel caso concreto».

strumenti normativi idonei a garantire la piena esplicazione dell'individualità del detenuto, anche attraverso la protezione della sua sfera affettiva».¹⁴⁹

Occupava una posizione a sé la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, la quale non contempla disposizioni specifiche riguardo ai diritti delle persone detenute e alla loro tutela giurisdizionale ma è comunque competente a pronunciarsi perché «contiene norme di tutela dei diritti dell'uomo (sia libero che detenuto), che potrebbero essere violati nel corso della detenzione in carcere».¹⁵⁰ Dunque, a partire dalle sue disposizioni, ma soprattutto anche dalla sua elaborazione giurisprudenziale,¹⁵¹ la Corte EDU ha creato un nucleo intoccabile di diritti che spettano ai detenuti.¹⁵²

Prima essenziale disposizione è l'art. 3, il quale stabilisce che: «nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti». Quello tutelato all'articolo 3 è un diritto assoluto, non derogabile neppure in caso di proclamato stato di guerra, la cui violazione per venire riscontrata deve però raggiungere la cosiddetta “soglia minima”, motivo per cui in alcune situazioni «di ingerenze sproporzionate nell'integrità psico-fisica, ma “meno gravi”»,¹⁵³ può sopperire un altro diritto importante per i detenuti racchiuso nella Carta, quello di cui all'articolo 8, intitolato “diritto al rispetto della vita privata e familiare”: «ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza». Si tratta però in questo caso di un diritto non assoluto, ma “condizionale”¹⁵⁴ o “tangibile”¹⁵⁵, infatti l'articolo prosegue: «non può

¹⁴⁹ S. Talini, *op. cit.*, p. 25 nota 15. Nello stesso senso S. Talini, *op. cit.*, in Quaderno ISSP n. 13, 2015, p. 18: «benché non vincolanti, esprimono chiaramente l'esigenza di predisporre nuovi strumenti idonei a garantire la piena esplicazione dell'individualità del detenuto, inclusa la sfera affettiva e sessuale».

¹⁵⁰ M. L. Fadda, *op. cit.*, p. 7.

¹⁵¹ Si parla a proposito di *living instrument*: «un insieme di norme che vivono nell'interpretazione che ne ha dato e ne dà la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Si tratta di un'operazione ermeneutica ormai consolidata, risalendo la sua prima affermazione al caso *Golder* del 1975, a partire dal quale la Corte di Strasburgo ha sistematicamente dichiarato di concepire la Convenzione come uno *strumento vivente di tutela dei diritti fondamentali*», così F. Buffa, *La giurisprudenza CEDU tra progresso sociale e conservazione dello status quo*, in F. Buffa e M. G. Civini (a cura di), *La Corte di Strasburgo*, Parte Terza, Questione Giustizia, numero speciale, aprile 2019, p. 187.

¹⁵² In generale, per il ruolo della CEDU rispetto ai diritti dei detenuti si veda M. L. Fadda, *ivi*, pag. 7-8. Qui ci si limita a riportare la seguente affermazione: «In this case, the Court would begin by underlining that prisoners in general continue to enjoy all the fundamental rights and freedoms guaranteed under the Convention save for the right to liberty, where lawfully imposed detention expressly falls within the scope of Article 5 of the Convention [...] There is no question, therefore, that a prisoner forfeits his Convention rights merely because of his status as a person detained following conviction», così Corte europea dei diritti dell'uomo, [GC], sentenza 6 ottobre 2005, *Hirst c. Regno Unito (No.2)*, ricorso 74025/01, par. 69-70.

¹⁵³ M. E. Salerno, *op. ult. cit.*, p. 50.

¹⁵⁴ Per un approfondimento si veda V. Zagrebelsky, R. Chenal, L. Tomasi, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Bologna, il Mulino, 2022, p. 154 e ss.

¹⁵⁵ M. E. Salerno, *op. ult. cit.*, p. 50: «tale articolo, infatti, entra in gioco con riferimento a quella categoria di diritti c.d. tangibili [...]». Nello stesso senso S. Grieco, *op. cit.*, p. 12: «si tratta, tuttavia, di un diritto

esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui». Altra disposizione rilevante è quella di cui all'art. 12, rubricato "diritto al matrimonio": «a partire dall'età minima per contrarre matrimonio, l'uomo e la donna hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l'esercizio di tale diritto».

Come si era brevemente delineato sopra, la Convenzione Europea per i Diritti dell'Uomo si è vista affiancare da un organismo giurisdizionale, la Corte Europea per i Diritti dell'Uomo, la cui giurisprudenza costituisce un apporto fondamentale perché, questo in generale, «il riconoscimento di diritti non costituisce approdo definitivo, ma solleva nuove ed ulteriori questioni»;¹⁵⁶ così la Corte EDU, specialmente nell'ambito dei diritti dei detenuti, ha proceduto «all'introduzione, per via giurisprudenziale, di una serie di limiti alla possibilità di privare tali soggetti di diritti e libertà».¹⁵⁷ Questo perché chi viene privato della libertà personale a detta della Corte di Strasburgo può sì venire sottoposto a restrizioni, ma queste devono essere necessarie e «per essere necessarie in una "società democratica" devono corrispondere a pressanti esigenze sociali e, in particolare, devono essere proporzionate allo scopo legittimo perseguito».¹⁵⁸

«tangibile» che, a differenza dell'art. 3 CEDU, è sottoposto ad alcune inevitabili limitazioni legate alla restrizione». Per una definizione di diritti tangibili D. Notaro, *I diritti in carcere, tra utopia, tutela giuridica e Realpolitik*, in A. Gaboardi – A. Gargani – G. Morgante – A. Presotto – M. Serraino (a cura di), *Libertà dal carcere, libertà nel carcere. Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale. Atti del Quinto Ginnasio dei Penalisti svoltosi a Pisa il 9-10 novembre 2012*, Livorno, G. Giappichelli Editore, 2013, p. 46: «i diritti che, inevitabilmente investiti dall'esecuzione della pena, sono destinati ad essere compressi, salvo conservare un margine di rilevanza che risulta da un'operazione di bilanciamento con l'interesse pubblico all'esercizio della potestà punitiva», Notaro poi evidenzia come l'ipotesi del bilanciamento venga esclusa da coloro i quali ritengono che «l'ambiente carcerario sia strutturalmente incompatibile con l'affermazione di diritti di libertà e, quale unico rimedio per la salvaguardia di quei diritti, propone di eliminare l'istituzione detentiva e di affidare il trattamento penitenziario ad altri strumenti di rieducazione», *ibidem*. Sempre sul tema del bilanciamento così S. Grieco, *op. cit.*, p. 12: «è per tale categoria di diritti che vale il principio del bilanciamento e di proporzionalità [...]». Per un approfondimento su quali siano questi diritti si rinvia a F. Fiorentin, *Lesioni dei diritti dei detenuti*, in Giurisprudenza di merito, 2010, p. 2818 ss.

¹⁵⁶ Così M. E. Salerno, *op. ult. cit.*, p. 47, che a sua volta rinvia a D. Notaro, *op. cit.*, p. 44.

¹⁵⁷ M. E. Salerno, *op. ult. cit.*, p. 47.

¹⁵⁸ Così la Corte europea dei diritti dell'uomo, Seconda Sezione, sentenza 28 settembre 2000 (finale 28 dicembre 2000), *Messina c. Italia (No.2)*, ricorso n. 25498/94, par. 65. Orientamento così riassunto in V. Zagrebelsky, R. Chenal, L. Tomasi, *op. cit.*, p. 332: «[...] egli (il detenuto) non è alla mercé dell'autorità che lo detiene e ogni limitazione ai suoi diritti è condizionata dai generali criteri della legalità, scopo legittimo e proporzione».

Si deve però sottolineare come la Corte rispetto alle persone detenute abbia affrontato diversamente le questioni inerenti al diritto al matrimonio, quelle relative al diritto alla corrispondenza e quelle concernenti i contatti diretti tramite colloqui visivi. Infatti, «i giudici di Strasburgo si sono mostrati particolarmente sensibili alle esigenze connesse al diritto dei detenuti di contrarre matrimonio, di accedere a strutture per la procreazione attraverso inseminazione artificiale»;¹⁵⁹ mentre diverso è stato l'approccio sia rispetto alla corrispondenza, sia più in generale rispetto ai contatti con il mondo esterno.

La Corte è infatti stata, in un primo momento, «timida»¹⁶⁰, «prudente»¹⁶¹, «morbida»¹⁶², quando è stata chiamata a pronunciarsi in tema di contatti con l'esterno per i detenuti, in particolare relativamente alle cd. *family or coniugal visits*.

Essa in iniziali pronunce¹⁶³ ha negato che la CEDU contenesse un'espressa prescrizione rispetto alla sessualità, partendo «dallo scontato presupposto che la separazione tra il detenuto e la famiglia è un aspetto inerente alla detenzione e che una generale limitazione dei contatti diretti con i familiari non viola quindi l'art. 8 CEDU, tenuto conto anche del carattere non assoluto del diritto sancito da tale articolo».¹⁶⁴ Si era quindi rilevato che «la Corte è orientata nel senso da escludere che esista un obbligo positivo in capo agli stati parte di riconoscere ai detenuti un diritto assoluto ed incondizionato a godere di spazi ove consumare rapporti intimi con il proprio partner (diritto alla sessualità intramuraria). Infatti, la Corte ritiene che sia questa un'area in cui

¹⁵⁹ M. E. Salerno, *op. ult. cit.*, p. 51.

¹⁶⁰ *Ivi*, p. 47: «infatti, se da un lato la Corte europea ha affrontato spesso ed in maniera significativa il problema del carattere inumano e degradante delle pene detentive e delle loro modalità di esecuzione ai sensi dell'art. 3 CEDU, il controllo degli organi di Strasburgo sembra essere stato più timido almeno fino a qualche tempo fa, in relazione ai rapporti e ai contatti diretti dei detenuti con il mondo esterno, la restrizione dei quali si presta a dare luogo a violazioni dell'art. 8 CEDU che sancisce il diritto alla vita privata e familiare».

¹⁶¹ *Ivi*, p. 55: «nel regolamentare i contatti diretti dei detenuti con il mondo esterno, ed in particolare con le rispettive famiglie, gli organi di Strasburgo hanno inizialmente adottato un approccio prudente».

¹⁶² E. Nicosia, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, Giappichelli Editore, 2006, p. 138: «lo stesso atteggiamento "morbido" nei confronti dell'operato delle autorità italiane è stato assunto anche dalla Corte [...]».

¹⁶³ Corte europea dei diritti dell'uomo, [GC], sentenza 4 dicembre 2007, *Dickson c. Regno Unito*, ricorso 44362/04, par. 31: «[the Court] has not yet interpreted the Convention as requiring Contracting States to make provision for such visits [...]» e par. 32: «In determining the existence and scope of any positive obligation, regard must be had to the fair balance that has to be struck between the general interest of the community and the interests of the individual, the search for which is inherent throughout the Convention».

¹⁶⁴ E. Nicosia, *op. cit.*, p. 138.

gli stati godono di ampia discrezionalità, venendo in considerazione questioni legate alle necessità e risorse dei singoli ordinamenti nazionali».¹⁶⁵

La stessa Corte però poi in sentenze successive, influenzata anche da un'evoluzione generale su quale sia il fine della detenzione – non più solo la mera segregazione del soggetto autore di reato e la protezione della società ma la rieducazione e risocializzazione dello stesso – è giunta ad affermare l'esistenza di *positive obligations*,¹⁶⁶ derivanti in particolare dall'articolo 8: «la medesima Corte ha specificato che, pur permanendo un certo margine di discrezionalità in capo agli Stati in materia di contatti con l'esterno e visite familiari, su di essi grava lo specifico dovere di assistere i detenuti nel

¹⁶⁵ F. Martin, *op. cit.*, p. 4. Nello stesso senso il Magistrato di Sorveglianza di Spoleto, ordinanza 5/2023, «la Corte ha ribadito in quella sede che non è incompatibile con la Convenzione la negazione di visite intime e che esiste un margine significativo di apprezzamento da parte degli Stati membri circa le azioni da porre in essere in materia, avendo riguardo ai bisogni e alle risorse delle comunità». Sempre sul tema del margine di apprezzamento degli Stati, la Corte europea dei diritti dell'uomo, [GC], sentenza 4 aprile 2018, *Correia De Matos c. Portogallo*, ricorso n. 56402/12), par. 129: «[...] the Court has repeatedly held that choices made by legislature are not beyond its scrutiny and has assessed the quality of the parliamentary and judicial review of the necessity of a particular measure».

¹⁶⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, Prima Sezione, sentenza 25 luglio 2013 (finale 25 ottobre 2013), *Khodorkovskiy e Lebedev c. Russia*, ricorso n. 11082/06 e 13772/05, par. 837: «Furthermore, the right to respect for family life imposes upon states a positive obligation to assist prisoners in maintaining effective contact with their close family members». Orientamento ribadito in ulteriori sentenze, come riportato da Eleonora Santoro, *Siamo alle porte della quarta "incostituzionalità prospettata"? Qualche osservazione in attesa della decisione sull'ordinanza di rimessione n. 5 del 2023*, in *Consulta Online*, fasc. III, 2023, p. 1126, nota 3: «gli stessi giudici hanno affermato [...] che sussistono in capo agli Stati membri delle "positive obligations", discendenti proprio dall'art. 8 CEDU; le autorità statali, infatti, devono fornire ai detenuti una realistica opportunità di esercizio del diritto alle *family visits*».

Una delle sentenze a cui si fa riferimento è: Corte europea dei diritti dell'uomo, [GC], sentenza 30 giugno 2015, *Khoroshenko c. Russia*, ricorso n. 41418/04, si tratta di una sentenza fondamentale sul tema perché «pur senza condannare esplicitamente il governo convenuto per il fatto di alimentare attraverso la sanzione penale una logica meramente retributiva e per non essersi conformato all'ugualmente importante fine rieducativo» (così M. E. Salerno, *op. cit.*, p. 57), la Corte poi comunque dai paragrafi 127 a 149 analizza la questione dal punto di vista della violazione dell'articolo 8 paragrafo 2 della Convenzione e conclude ai paragrafi 148-149 in senso affermativo: «[...] the measure in question did not strike a fair balance between the applicant's right to the protection of private and family life, on the one hand, and the aims referred to by the respondent Government on the other, and that the respondent State has overstepped its margin of appreciation in this regard». Sentenza importante anche per la *joint concurring opinion* dei giudici Pinto de Albuquerque and Turković che ritengono di dover integrare quanto affermato dalla Corte e in particolare al paragrafo 11 scrivono: «thus, an individual sentence plan, with a comprehensive and updated risk and needs assessment, at least for inmates sentenced to life or long-term imprisonment, is an international positive obligation of States Parties, based on Article 3 of the Convention. The primary purpose of this plan is to assist each individual prisoner to come to terms with his or her period of incarceration and to prepare him or her to lead a law-abiding life in open society. As the Court, put it, consistent periodical assessment of a prisoner's progress towards rehabilitation and promotion of positive changes in life prisoners on the basis of a "proactive approach on the part of the prison authorities" are needed to comply with the positive obligations under Article 3 and 8, including the obligation to maintain the prisoner's family life. States should take seriously their international obligation to enable prisoners to serve their prison sentence in a constructive and rehabilitative manner».

mantenimento dei legami extra-murari, funzionali al percorso di reinserimento sociale». ¹⁶⁷

Vi sono poi sentenze in cui la Corte ha tentato un'ulteriore evoluzione giurisprudenziale, nella pronuncia *Varnas c. Lituania* ¹⁶⁸ la Corte di Strasburgo in un *obiter dictum* è giunta a sostenere che analizzando la questione dal punto di vista dell'art. 3 «la totale assenza di istituti che garantiscano una piena tutela della dimensione del contatto fisico come elemento relazionale imprescindibile potrebbe portare alla dichiarazione di violazione dell'art. 3 della CEDU». ¹⁶⁹

¹⁶⁷ S. Talini, *Un passo decisivo verso la garanzia della sessualità intramuraria?* in *Sistema penale*, 3, 2023, p. 39. Nello stesso senso F. Martin, *op. cit.*, p. 5: «se è vero che una certa discrezionalità è riconosciuta alle autorità statali quando sono chiamate a decidere sulla questione delle visite familiari, è anche vero 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». In questo stesso senso anche la Corte europea dei diritti dell'uomo, Quinta Sezione, sentenza 22 maggio 2008 (finale 22 agosto 2008), *Petrov c. Bulgaria*, ricorso n. 15197/02, par. 51: «while any detention which is lawful under Article 5 of the Convention entails by its nature a limitation on private and family life, it is an essential part of an inmate's right to respect for family life that the prison authorities assist him in maintaining contact with his close family [...]. The Court further notes that a couple who have lived together for many years constitute a "family" for the purpose of Article 8 § 1 of the Convention and are entitled to its protection notwithstanding the fact that their relationship exists outside marriage (see *Velikova v. Bulgaria* (dec.), no. 41488/98, ECHR 1999-V)». Quest'ultima affermazione riveste particolare importanza poiché fa rientrare nel concetto di famiglia di cui all'articolo 8 della Convenzione anche i conviventi stabili. Nello stesso senso sempre la Corte europea dei diritti dell'uomo, Terza Sezione, sentenza 7 marzo 2017 (finale 3 luglio 2017), *Polyakova e altri c. Russia*, ricorso n. 35090/09, 35845/11, 45694/13, 59747/14, par. 100, dove la Corte ha ribadito che: «the States should aim at maintaining and promoting prisoners' contacts with the outside world». Questo perché, come si è già delineato nel primo capitolo citando Sykes (cap. I, p. 1, nota 3) e Codd (cap. I, p. 7, nota 42), si sostiene che «il mantenimento di legami diretti tra i detenuti e il mondo esterno, specialmente con le famiglie, sia *a vital aspect of the rehabilitation and preparation for release*», così M. E. Salerno, *op. ult. cit.*, p. 51, che cita a sua volta S. Livingstone, T. Owen e A. MacDonald, *Prison law*, 3 ed., Oxford, 2003.

¹⁶⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, Seconda Sezione, sentenza 9 luglio 2013 (finale 9 dicembre 2013), ricorso n. 42615/06.

¹⁶⁹ L. Re, S. Ciuffoletti, *op. cit.*, p. 78. Per una prospettiva diversa sul se si possa classificare come violazione di un diritto fondamentale l'assenza di visite di tipo coniugale si rinvia a *Intervista al dott. Mauro Palma, ex Presidente del Comitato europeo per la prevenzione della tortura*, in A. Gadaleta, S. Lupo, S. Irianni (a cura di), *Le dimensioni dell'affettività. Il diritto alla sessualità e affettività quale diritto inviolabile del detenuto; analisi e prospettive applicative de iure condito e de iure condendo. Le affettività ristrette, aspetti psicologici e profili operativi. "Identità di genere: omosessualità e transessualità nella detenzione*, *Le Dispense dell'ISSP*, 3, 2013, p. 39: «va osservato che non si può sostenere che l'assenza di visite di tipo coniugale sia "di per sé" una violazione di un diritto fondamentale. Piuttosto, è possibile considerare il tema sotto un altro profilo ed è quello del diritto del coniuge/partner in relazione all'articolo 12 (diritto al matrimonio e diritto a formare una famiglia) della Convenzione europea per i diritti umani, letto insieme all'articolo 3 e all'articolo 8 (diritto alla vita affettiva). Per il matrimonio e la formazione della famiglia si tratta di diritti interrelati e mentre la legge nazionale può imporre restrizioni legali ad alcuni diritti, essa non può tuttavia restringerli a livello tale da far perdere la loro essenza. Così la Corte nel caso *Hamer c. Regno Unito*, (un caso relativo all'inseminazione artificiale) ha spostato la tradizionale attenzione sul diritto del detenuto all'affettività e ha centrato l'attenzione sul diritto del coniuge che è titolare del secondo aspetto dei diritti enunciati nell'articolo 12, quello a costruire una famiglia; diritto di cui il coniuge è titolare e tale da non poter essere compresso. Questa via può aprire verso interpretazioni future sul diritto del coniuge ad avere incontri anche di natura sessuale con il proprio partner».

Concentrandosi sul tema del margine di discrezionalità¹⁷⁰ degli Stati, la Corte ha poi meglio specificato le proprie dichiarazioni, affermando come ci possano certo essere dei fattori¹⁷¹ che incidono sull'esercizio effettivo del diritto alle *family visits*: la collocazione in un istituto lontano,¹⁷² «le difficoltà economiche delle famiglie coinvolte, l'inefficienza del sistema dei trasporti».¹⁷³ Nel sostenere ciò quello che la Corte vuole dire è che una qualsiasi restrizione automatica non si può avere¹⁷⁴ ma si possono avere

¹⁷⁰ Si tratta della dottrina del margine di apprezzamento: «[...] molte norme della Convenzione contengono delle clausole cd. di *interferenza*, ossia: mentre proteggono un diritto, consentono, in ipotesi tassative, un'interferenza statale che ne limiti il godimento a date condizioni (in sintesi, alla condizione che l'ingerenza sia: prevista dalla legge; per uno scopo legittimo e, se del caso, rientrante tra quelli previsti dalla norma convenzionale; necessaria in una società democratica, ossia proporzionata alla finalità che si prefigge)», così F. Buffa, *op. cit.* p. 188. Sul tema del margine di apprezzamento la già citata (nota 167) sentenza *Khodorkovskiy and Lebedev c. Russia*, par. 836: «The Court will not turn a blind eye to such limitations which go beyond what would normally be accepted in the case of an ordinary detainee» e par. 850: «However, that margin of appreciation is not unlimited».

¹⁷¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, Quarta Sezione, sentenza 29 aprile 2003 (finale 29 luglio 2003), *Aliiev c. Ucraina*, ricorso 41220/98, par. 187: «the Court recognises that some measure of control of prisoners' contacts with the outside world is called for and is not of itself incompatible with the Convention».

¹⁷² Si veda in proposito un caso in cui pur dichiarando il ricorso irricevibile, la Corte afferma che rispetto all'articolo 8 della Convenzione il luogo dove si viene detenuti è importante. Si tratta della decisione 1 ottobre 1990, *Wakefield c. Regno Unito*, ricorso 15817/89, interamente consultabile al seguente link: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-83045%22%5D%7D>; e consultato il 25/01/24. Caso che viene ripreso nella già citata (note 167, 171) sentenza *Khodorkovskiy e Lebedev c. Russia*, par. 838, dove la Corte afferma che a soffrire sono anche i familiari. Si veda anche la già citata sentenza (nota 168) *Polyakova e altri c. Russia*, par. 88: «in this context the location of the place where a prisoner is detained is relevant». Sempre sul tema del luogo di detenzione, ma in un senso parzialmente diverso, Corte europea dei diritti dell'uomo, decisione 20 ottobre 1994, *Hacısüleymanoglu c. Italia*, in cui la Corte ha «ammesso in generale che la detenzione di una persona in un carcere talmente lontano dal luogo di residenza della sua famiglia da rendere difficilissima, se non impossibile, ogni visita possa costituire una ingerenza nel diritto alla vita familiare (si trattava di un detenuto turco che scontava una pena per traffico di stupefacenti in un carcere italiano, mentre la sua famiglia risiedeva in Turchia); ma ha ritenuto poi nel caso di specie il ricorso irricevibile, affermando che “l'allontanamento del ricorrente dalla sua famiglia è una conseguenza inevitabile della detenzione seguita all'esercizio da parte dello Stato italiano delle sue prerogative in materia di repressione penale”», così E. Nicosia, *op. cit.*, p. 138. Decisione consultabile al seguente link, p. 125-126:

https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwj4u6rPzoWEAxVgVvEDHWuRAWwQFnoECA4QAQ&url=https%3A%2F%2Fhudoc.echr.coe.int%2Fapp%2Fconversion%2Fpdf%2F%3Flibrary%3FDECHR%26id%3D001-86512%26filename%3DHACISULEYMANOGLU%2520v.%2520ITALY.pdf&usq=AOvVaw3xEWKG_G0q6MZ6_z28ypu0Y&opi=89978449, consultato il 25/01/24.

Sempre in questo ultimo senso anche le pronunce sulla compatibilità dell'art. 8 CEDU con le limitazioni imposte ai condannati per mafia ristretti entro il regime del 41-bis (*Natoli c. Italia*, *Messina c. Italia n. 2*, § 59-74, spec. 66, *Argenti c. Italia*, § 24-31), a proposito si veda sempre E. Nicosia, *op. cit.*, p. 138.

¹⁷³ M. E. Salerno, *op. ult. cit.*, p. 60.

¹⁷⁴ *Ibidem*: «[...] qualsiasi restrizione automatica [...] è da ritenersi inammissibile, poiché impedisce o limita una valutazione che tenga in considerazione le peculiarità del caso specifico e non offre alcun margine di flessibilità per determinare se le restrizioni imposte dallo Stato siano appropriate o effettivamente necessarie in ogni singolo caso».

quelle giustificate,¹⁷⁵ giustificazioni che si devono basare sul singolo caso concreto e sulla legge nazionale e che devono anche essere motivate in ordine a necessità e scopo, i quali saranno valutati dalla Corte,¹⁷⁶ che così riafferma il suo ruolo propulsivo; come

¹⁷⁵ «Da tali considerazioni sembra dunque discendere il contrasto con il dettato convenzionale ogni qual volta siano poste automatiche restrizioni in ambito affettivo – e, più in generale, di contatti con l'esterno – che non tengano in dovuta considerazione le specificità dei singoli casi», così S. Talini, *op. cit.*, in *Sistema penale*, 3, 2023, p. 40.

¹⁷⁶ Un esempio di pronuncia in cui la Corte nel valutare il comportamento del singolo Stato ha optato per una scelta di rigetto e ha quindi valutato conformi allo scopo le restrizioni poste in essere dallo Stato è: Corte europea dei diritti dell'uomo, Prima Sezione, sentenza 1 luglio 2021 (finale 1 ottobre 2021), *Wojcik contro Polonia*, ricorso n. 66424/09, par. 118: «the Court notes that the domestic law explicitly qualifies the conjugal visits as rewards (*nagrody*), in terms of additional benefits or privileges that may be granted as a reward for an outstanding prisoner's good behaviour or as a form of motivation aimed at improving the prisoner's behaviour». Come riporta G. Vagli, *Ancora in punto di diritto alla sessualità delle persone detenute. La pronuncia della Corte Edu alimenta il dibattito sul fronte interno*, in *Osservatorio sull'esecuzione penale*, 2021: «la Corte [...] ricorda che il diritto alla visita riconosciuto dall'ordinamento penitenziario polacco rappresenta non un diritto, bensì un beneficio subordinato alla buona condotta del detenuto. Nel caso di specie, non può ravvisarsi nei rifiuti dell'Autorità nazionale un comportamento arbitrario o manifestamente irragionevole. I provvedimenti di rigetto del giudice di sorveglianza polacco sono stati motivati esclusivamente alla luce della cattiva condotta del detenuto, e affinché questi intraprendesse un percorso di riabilitazione serio e continuativo». [Un altro caso in cui la Corte ha rigettato il ricorso di un detenuto è quello della sentenza 29 maggio 2012, *Epnars-Gefners c. Lettonia*, ricorso n. 37862/02, significativo perché si delinea una distinzione tra visite brevi e visite lunghe, anche in funzione di quanto previsto dalla legge nazionale, e tra detenzione e reclusione; il ricorso è stato respinto proprio perché il soggetto aveva potuto usufruire di quelle brevi; per un approfondimento si rinvia a F. Buffa, *Le "visite intime" ai carcerati in 5 sentenze della CEDU*, in *Questione Giustizia*, 20/02/2024, consultato il 21/02/24 <https://www.questionegiustizia.it/articolo/le-visite-intime-ai-carcerati-in-5-sentenze-della-cedu>.](https://osep.jus.unipi.it/2021/10/22/ancora-in-punto-di-diritto-alla-sessualita-delle-persone-detenute-la-pronuncia-della-corte-edu-alimenta-il-dibattito-sul-fronte-interno/#:~:text=Ben%201%20Stati%20dei%2047,%2C%20Finlandia%2C%20Norvegia%20ed%20Austria,consultato il 25/01/24.</p></div><div data-bbox=)

Un caso in cui invece la Corte europea dei diritti dell'uomo ha ritenuto che lo Stato non avesse fornito adeguata spiegazione di quale fosse lo scopo perseguito con il negare la concessione di visite intime è: Corte europea dei diritti dell'uomo, Terza Sezione, sentenza 18 dicembre 2018 (finale 18 marzo 2019), *Resin c. Russia*, ricorso n. 9348/14, par. 41: «However, beyond a reference to the applicable legal provision, the Government did not explain the legitimate aim or give any justification for the impugned measure. Nor did they provide any information which could have explained the general policy choice made by the legislature in favour of denying long-stay family visits to the individuals in the applicant's situation who have been moved to a remand centre. [...] The Court finds therefore that the restriction did not pursue a legitimate aim and was not "necessary in a democratic society"».

Un altro caso in cui la Corte «piuttosto che richiamare genericamente le esigenze di sicurezza quale ragioni idonee a limitare i diritti del detenuto, si spinge finalmente a verificare se in concreto le dette esigenze esistessero effettivamente» – così F. Buffa, *op. cit.*, *Questione Giustizia*, 20/02/2024 – è Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 19 giugno 2007, *Ciorap contro Moldavia*, ricorso n. 12066/02, in cui essa «ha ritenuto il rifiuto delle visite quale ingerenza statutale nei diritti della persona e ha valutato se l'ingerenza fosse "necessaria in una società democratica", [...] e ha però osservato che i tribunali nazionali non avevano fatto alcun tentativo di accertare la natura delle questioni di sicurezza specificamente nel caso del ricorrente, limitandosi genericamente a richiamare una astratta esigenza generale di preservare la sicurezza dei detenuti e dei visitatori», così sempre F. Buffa, *op. cit.*, *Questione Giustizia*, 20/02/2024; la Corte ha quindi concluso che non era stata fornita una adeguata giustificazione da parte dello Stato per la restrizione di un diritto del detenuto.

corrispettivo di questo obbligo di giustificazione degli Stati c'è chi parla di “diritto alla giustificazione”¹⁷⁷ da riconoscere in capo ai detenuti.

Il tema del margine di discrezionalità o margine di apprezzamento degli Stati è centrale ma allo stesso tempo complesso,¹⁷⁸ in particolare nella materia di cui si sta trattando dove il bilanciamento tra i diritti delle persone private della libertà personale e le esigenze di sicurezza diventa operazione ancor più delicata. Si può però constatare come secondo la Corte EDU stessa¹⁷⁹ e secondo alcuni studiosi in materia¹⁸⁰ questo margine di discrezionalità si andrebbe assottigliando, visto il numero di paesi che ha ammesso le cosiddette visite intime.¹⁸¹ Questo perché esiste il cosiddetto *European consensus*¹⁸² che limita tale discrezionalità, «come è noto, l'applicazione della dottrina del consenso è inversamente proporzionale al margine di apprezzamento: se c'è omogeneità di disciplina, o anche talvolta solo una chiara tendenza tra gli Stati membri a regolare una certa questione in un determinato modo, tanto più si restringe il margine di apprezzamento di cui godono le autorità interne responsabili della denunciata violazione di un diritto protetto dalla Convenzione; se per converso non esiste un *consensus standard*, il margine di apprezzamento degli Stati si espande».¹⁸³ In tutto questo la Corte

¹⁷⁷ M. E. Salerno, *op. ult. cit.*, p. 62: «dall'altro lato, sulla scia della giurisprudenza più recente, si resta in attesa di un approccio sempre più deciso da parte della Corte dei diritti umani, che ponga un freno all'abuso del potere discrezionale da parte degli Stati, che spesso intendono limitare oltremodo il diritto alle *family visits*, anche attraverso il riconoscimento in capo agli individui di un vero e proprio “diritto alla giustificazione” delle scelte legislative adottate».

¹⁷⁸ Si veda come esemplificazione della difficile posizione in cui si trova la Corte la già citata (nota 167, 171) sentenza *Khoroshenko c. Russia* in cui si assiste ad una manifesta contraddittorietà, al par. 132 la Corte scrive: «The Contracting States enjoy a wide margin of appreciation in questions of penal policy [...]»; mentre al paragrafo 136: «In the Court's view, the above situation is indicative of a narrowing of the margin of appreciation left to the respondent State in the assessment of the permissible limits of the interference with private and family life in this sphere».

¹⁷⁹ Si veda ad esempio la già citata (nota 168, 173) sentenza *Polyakova e altri c. Russia*, par. 89: «The margin of appreciation left to the respondent State in the assessment of the permissible limits of the interference with private and family life in the sphere of regulation of visiting rights of prisoners has been narrowing».

¹⁸⁰ Si veda A. Menghini, *Affettività e sessualità in carcere: una questione di dignità*, in *Diritto penale e processo*, 9, 2023, p. 1195: «il MdS di Spoleto non manca di evidenziare come il margine di discrezionalità, riconosciuto in materia agli Stati europei, si sia proporzionalmente ridotto alla luce del considerevole novero di paesi che a livello europeo consentono le visite intime».

¹⁸¹ Per una disamina di quali Stati, europei e non, abbiano optato per il riconoscimento di questo diritto e abbiano proceduto a una regolamentazione di questo tipo di visite si rimanda a S. Talini, *op. cit.*, in *Costituzionalismo.it*, fascicolo 2, 2015, p. 17-18-19.

¹⁸² «una sorta di *communis opinio* derivante dall'analisi comparativa, denominatore comune tra le varie legislazioni, tradizionalmente visto come strumento in grado di limitare il margine di apprezzamento che la Convenzione lascia agli Stati in certi ambiti, [...] finisce con l'essere un elemento utile per orientare l'interpretazione della CEDU da parte della Corte, giungendo in tal modo a costituire esso stesso un parametro esterno, che limita la discrezionalità della Corte». F. Buffa, *op. cit.* p. 188.

¹⁸³ *Ibidem*.

EDU mantiene un ruolo di «armonizzatrice»¹⁸⁴ ed è quello che ha fatto in una serie di sentenze in cui ha manifestato «il proprio apprezzamento nei confronti del movimento di riforma in atto».¹⁸⁵

Dunque, «appare chiaro come la giurisprudenza comunitaria sia orientata nel ritenere anche la sfera affettiva di un soggetto detenuto meritevole di tutela rafforzata che – se inutilmente limitata – andrebbe a pregiudicare, prima che i diritti, la sfera emotiva e la salute del singolo».¹⁸⁶ Questo si ricollega al tema del diritto alla salute come determinato da altri diritti¹⁸⁷: l'approccio da seguire è quello «globale alla salute [il quale] permette di inquadrare sotto diversa luce e di rafforzare aspetti, quali il trattamento e la riabilitazione del detenuto: questi diventano elementi essenziali del diritto alla salute, che si presenta dunque come il diritto basilare, su cui poggiano tutti gli altri. Allo stesso modo i contatti col mondo esterno e il mantenimento dei rapporti familiari [...]».¹⁸⁸

In conclusione, quanto stabilito dalla CEDU e quanto elaborato dalla giurisprudenza della Corte EDU rileva per i singoli Stati qualora essi l'abbiano ratificata, infatti con la ratificazione gli Stati si impegnano a rispettarne il contenuto e qualora non lo facciano, i cittadini singolarmente, o riuniti, o organizzazioni intergovernative oppure uno Stato contraente contro l'altro, possono adire la Corte perché condanni lo Stato a farlo. L'Italia ha ratificato la Convenzione nel 1955 e nel 2001, con la riforma costituzionale del titolo V della Costituzione, ha espressamente previsto all'articolo 117 comma primo che: «la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e

¹⁸⁴ *Ivi*, p. 189.

¹⁸⁵ F. Martin, *op. cit.*, p. 5, le sentenze sono la già citata (nota 163) *Dickson c. Regno Unito*, par. 31: «[...] while it has expressed its approval for the movement in several European countries to grant conjugal visits» e la già citata (nota 172) *Aliev c. Ucraina cit.* par. 188: «whilst noting with approval the reform movements in several European countries to improve prison conditions by facilitating conjugal visits [...]». Nello stesso senso anche il Magistrato di Sorveglianza di Spoleto nell'ordinanza del 12 gennaio 2023, n. 5: «è noto che la Corte europea, nello scrutinare casi propostigli sulla materia, ha manifestato apprezzamento per gli Stati che adottino normative che consentano i colloqui intimi e una cornice per l'esercizio dell'affettività quale elemento essenziale della propria vita familiare».

¹⁸⁶ F. Martin, *op. cit.*, p. 5.

¹⁸⁷ Tema di cui si è accennato nel capitolo I, § 2, p. 20: «diritti che sono gli uni strettamente legati agli altri da un rapporto di causa e di effetto, particolarmente evidente per esempio nel caso del diritto alla salute e del diritto all'affettività: il primo non può dirsi attuato pienamente e garantito in ogni sua declinazione se non è determinato anche dalla possibilità di mantenere durante il periodo di detenzione legami affettivi, soprattutto per garantire la salute nella sua componente di salute mentale».

¹⁸⁸ G. Zuffa (a cura di), *La salute "dentro le mura"*, parere del Comitato Nazionale per la Bioetica, 2013, p.11, consultabile al seguente link: <https://www.biodiritto.org/Biolaw-pedia/Docs/Comitato-Nazionale-per-la-Bioetica-Parere-La-salute-dentro-le-mura-sulla-salute-nelle-carceri>, consultato il 02/02/24.

dagli obblighi internazionali». Questo permette ai giudici nazionali di poter rilevare la violazione delle norme della CEDU illustrate sopra tramite la sollevazione della questione di legittimità costituzionale, dichiarando la norma statale in contrasto con l'articolo 117 comma primo Cost. e, attraverso il suo esplicito riconoscimento dei vincoli derivanti da accordi internazionali, anche con le norme della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.¹⁸⁹ Ciò è stato fatto in più occasioni dai giudici italiani e sarà meglio approfondito nel prossimo paragrafo, dedicato proprio al ruolo della Corte costituzionale e della sua giurisprudenza rispetto al diritto all'affettività e sessualità delle persone private della libertà personale.

2.2 I principi costituzionali

Nel procedere con l'analisi sul diritto all'affettività e sessualità delle persone detenute occorre ora soffermarsi sui principi costituzionali che informano l'esecuzione della pena. Infatti, l'ordinamento penitenziario è guidato e ispirato da importantissime disposizioni della Costituzione, la quale delinea delle specifiche direttrici che legislatore, amministrazione penitenziaria, ma anche i giudici della sorveglianza – oltre che ovviamente i giudici del processo nella fase precedente alla condanna – devono seguire perché l'esecuzione della pena possa appunto dirsi, secondo Costituzione.

Si deve innanzitutto cominciare da disposizioni che seppur non espressamente dedicate a tutelare l'intimità dei detenuti sono comunque strumentali rispetto ad essa. Infatti, un'esecuzione della pena costituzionalmente orientata prima di tutto deve rispettare l'articolo 2 della Costituzione: «la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità¹⁹⁰, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale»; l'articolo 3: «tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali. È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori

¹⁸⁹ Per un approfondimento su tale tema specifico su cui in questa trattazione non ci si potrà soffermare si rinvia a M. Siclari, *Le "norme interposte" nel giudizio di costituzionalità*, Padova, CEDAM, 1992, p. 30 ss.

¹⁹⁰ Sul tema del carcere come luogo in cui si svolge la personalità della persona detenuta si veda quanto richiamato nel capitolo I, par. 1.1, p. 13, nota 71.

all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese»; l'articolo 13: «la libertà personale è inviolabile. Non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge. In casi eccezionali di necessità ed urgenza, indicati tassativamente dalla legge l'autorità di pubblica sicurezza può adottare provvedimenti provvisori, che devono essere comunicati entro quarantotto ore all'autorità giudiziaria e, se questa non li convalida nelle successive quarantotto ore, si intendono revocati e restano privi di ogni effetto. È punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà. La legge stabilisce i limiti massimi della carcerazione preventiva»; l'articolo 27: «la responsabilità penale è personale. L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva. Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato. Non è ammessa la pena di morte»; infine, il già citato al paragrafo precedente articolo 117 co. 1: «la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali».

I primi tre articoli esprimono principi fondamentali: all'articolo 2 ogni persona viene riconosciuta titolare di diritti inviolabili¹⁹¹ e di doveri inderogabili, all'articolo 3 vengono sanciti i principi di eguaglianza formale e sostanziale;¹⁹² all'articolo 13 viene

¹⁹¹ A proposito del rapporto tra diritti inviolabili e ordinamenti speciali, è stato sottolineato come «l'inserimento in un ordinamento speciale di un soggetto privato, portatore originario di diritti inviolabili, non produce affatto la perdita o la sospensione di quei diritti. Uno dei significati dell'art. 2 Cost. è proprio quello di affermare il principio opposto a quello comune a questa antica tradizione giuspubblicistica», così A. Baldassarre, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, Giappichelli, 1997, p. 116. Nello stesso senso G. Mastropasqua, *op. cit.*, p. 28: «da ciò consegue che lo stato, allorché esercita la potestà punitiva e fa espiare nella comunità carceraria – intesa come formazione sociale ex art. 2 Cost. di natura coattiva e tendenzialmente totalizzante – la pena inflitta per il reato commesso, deve sempre porre la dignità della persona condannata al centro dei progetti e degli interventi trattamentali, curando in modo particolare di non calpestarne i diritti inviolabili, di soddisfare il diritto al trattamento, d'incidere sulle vere cause del reato, di non adottare modalità brutali o strumenti disumani, di sostenere ed agevolare i rapporti con i familiari, i conviventi e la comunità esterna, di favorire un'adeguata integrazione affettiva e sociale dopo le dimissioni dall'istituto penitenziario».

¹⁹² Sull'importanza di queste due disposizioni per il mondo penitenziario si è pronunciata la stessa Corte costituzionale nella sentenza numero 26 del 1999, in cui ha scritto: «i diritti inviolabili dell'uomo, il riconoscimento e la garanzia dei quali l'art. 2 della Costituzione pone tra i principi fondamentali dell'ordine giuridico, trovano nella condizione di coloro i quali sono sottoposti a una restrizione della libertà personale i limiti a essa inerenti, connessi alle finalità che sono proprie di tale restrizione, ma non sono affatto annullati da tale condizione. [...] la dignità della persona 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».

Una lettura congiunta di questi articoli che si ritiene particolarmente calzante per questa trattazione è quella offerta da F. Modugno, *I diritti del consumatore*, in AA. VV. (a cura di), *Scritti in onore di Michele Scudiero*, Napoli, JOVENE EDITORE, 2008, p. 1392: «riconoscere e garantire diritti inviolabili a chi è

positivizzato il principio, fondamentale in uno stato di diritto, per cui la libertà personale è inviolabile e qualora dovesse venire ristretta questo deve avvenire rispettando una riserva di legge e di giurisdizione; in più, al comma 4, viene chiaramente stabilito che non solo è vietata, ma sarà anche punita, ogni violenza fisica e morale sulle persone sottoposte a restrizione della libertà.¹⁹³ Da tutto ciò deriva, come è stato sottolineato, che «ogni limitazione del contenuto del diritto di libertà eccedente il rispetto dei richiamati scopi acquista, pertanto, un illegittimo valore afflittivo supplementare, “inammissibile in un ordinamento basato sulla centralità della persona che trova nella privazione della libertà personale il limite massimo di punizione non oltrepassabile”».¹⁹⁴

Analizzando invece l'articolo 27 ci si deve soffermare in particolare sul comma 3, che enuncia sia un principio di umanizzazione delle pene, sia il principio di rieducazione, entrambi egualmente vincolanti il legislatore e l'amministrazione penitenziaria¹⁹⁵ e l'uno

emarginato o socialmente escluso è semplicemente e ipocritamente un *flatus vocis*. Chi è socialmente emarginato, perché i suoi diritti possano essere riconosciuti e garantiti, deve poter usufruire di tali diritti. Di qui un pregiudiziale diritto: il diritto a poter usufruire dei diritti. [...] è forse proprio difficile costruire questo “nuovo” diritto, movendo dalle prescrizioni sull’ “adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale” di cui all’art. 2 e della “pari dignità sociale” di cui all’art. 3, anche nel contesto della nostra Costituzione?». La risposta a questa domanda era già stata offerta dallo stesso autore in uno scritto precedente, F. Modugno, *op. cit.*, Torino, Giappichelli, 1995, p. 107: «un terzo passo potrebbe essere compiuto nel senso che l’enucleazione di c.d. nuovi diritti, ossia la deduzione lineare o trasversale di diritti impliciti, non possa andar *disgiunta* dal riconoscimento della loro *inviolabilità*. Sono i diritti riconosciuti come inviolabili, ossia assunti come valori primari e principi supremi dell’ordinamento costituzionale, i soli idonei a consentire interpretazioni e esplicazioni evolutive della loro potenzialità normativa».

È stato sottolineato come la particolare importanza rivestita da questi articoli risieda anche nel fatto che «non rivolgendosi direttamente all’esecuzione penale si configurano come “ancore normative” dei diritti inviolabili riconosciuti all’individuo in quanto tale», così S. Talini, *La privazione della libertà personale. Metamorfosi normative, spinte giurisprudenziali e applicazioni amministrative*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, p. 28.

¹⁹³ Quello che può accadere a questi diritti appena elencati è essere compressi: «l’ordinamento penitenziario, ad esempio, comporta per definizione la privazione dei diritti personali, cioè la cancellazione temporanea dei più preziosi fra i diritti inviolabili. Tuttavia, la garanzia dell’inviolabilità, solennemente proclamata come principio inderogabile dall’art. 2 Cost., non può tollerare, neanche in casi del genere, di rimanere muta. Essa, infatti, continua ad essere vitale, convertendosi tuttavia, nel suo contenuto giuridico, in qualcosa di diverso dalla sua comune consistenza. Innanzitutto, il suo “contenuto di valore” si trasforma, sul piano delle posizioni giuridiche soggettive, in una garanzia del “contenuto minimo” dei singoli diritti personali, vale a dire in una garanzia dei diritti personali a un livello tale che non ne risulti offesa la dignità umana propria di ogni persona. La disposizione dell’art. 13 comma 4, secondo cui sono vietate violenze fisiche e morali sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà, o la disposizione dell’art. 27 comma 3, secondo cui le pene possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità, sono due esempi, tanto importanti da essere costituzionalizzati, riconducibili al principio ora esposto», così A. Baldassarre, *ivi*, pp. 117-118.

¹⁹⁴ Così S. Talini, *op. cit.*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, p. 40, che a sua volta nella frase tra virgolette cita G. Silvestri, *La dignità umana dentro le mura del carcere*, in *Rivista AIC*, 2, 2014, p. 179.

¹⁹⁵ In questo senso, S. Talini, *op. cit.*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, p. 35: «[...] i principi di umanizzazione e rieducazione, in combinato disposto con gli artt. 2 e 3 Cost., costituiscono un inderogabile valore di civiltà diretto alle maggioranze di Governo e all’intero apparato delle istituzioni penitenziarie

indissolubilmente intrecciato all'altro, perché è evidente che non si può raggiungere il fine della rieducazione in condizioni disumane e degradanti, così come l'assenza di queste ultime non può essere sufficiente per sostenere che la pena abbia raggiunto anche il suo fine rieducativo. La finalità rieducativa contenuta in tale articolo è strettamente legata ai rapporti con l'esterno, si è a proposito già accennato¹⁹⁶ come essi siano fondamentali nell'impedire che il soggetto durante la detenzione si senta escluso da quella stessa realtà in cui una volta scontata la pena dovrà tornare e che questo provochi ulteriore isolamento, quando non criminalizzazione.¹⁹⁷

Infine, l'articolo 117, come accennato a conclusione del precedente paragrafo, rileva nel senso che tramite la sua violazione può essere fatto valere anche il mancato rispetto di disposizioni contenute nella CEDU che direttamente tutelano posizioni giuridiche soggettive delle persone detenute.

Addentrando ora in disposizioni legate ai temi della famiglia e dei rapporti affettivi se ne possono citare alcune che, sebbene non espressamente richiamate per le persone private della libertà personale, comunque in quanto principi contenuti nella Carta

definendo chiaramente "l'area di incidenza del vincolo costituzionale sulle scelte del legislatore penale in relazione al momento esecutivo"». Quanto riportato dall'autrice tra virgolette è a sua volta una citazione di V. Grevi, F. Della Casa, G. Giostra, sub art. 1 o.p., in F. Della Casa, G. Giostra (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, 4, Padova, CEDAM, 2015, p. 6.

¹⁹⁶ Capitolo I, par. 1.1, p. 7, per una sintetica esposizione di come la mancanza di relazioni sociali contribuisca al processo di prigionizzazione e spersonalizzazione e quanto invece il mantenimento di legami affettivi contribuirebbe ad evitare di portare ancora più all'estremo le conseguenze provocate dalla detenzione.

¹⁹⁷ G. Mastropasqua, *op. cit.* p. 41: «[...] sulla base di ciò si è ritenuto che il programma trattamentale per la persona condannata deve fondarsi essenzialmente sulla validità e solidità dei legami con familiari e conviventi, perché costoro possono costituire reali ed autentici punti di riferimento su cui poggiare il processo di rivisitazione critica delle condotte criminose e di inclusione sociale. [...] in altre parole, la possibilità di contare sul sostegno costante e responsabile del coniuge, del figlio, del convivente, dei genitori e degli altri congiunti rappresenta per la persona detenuta una potente leva per scardinare quelle incrostazioni d'illiceità sedimentatesi in sé, per uscire dai circuiti e dagli ambienti criminali in cui è rimasta invischiata, abbandonare stili di vita contrari alle norme di civile convivenza; in definitiva per rivedere criticamente gli errori commessi e impostare la propria condotta secondo i canoni della correttezza, della legalità e del rispetto degli altri». Nello stesso senso A. Bouregba, nell'intervista con Renzo Pampalon pubblicata sul sito di Ristretti Orizzonti, svoltasi durante la giornata di studi "Carcere: salviamo gli affetti", del 10 maggio 2002 presso la Casa di Reclusione di Padova: «un detenuto che ha conservato i legami familiari rischia in percentuale tre volte meno la recidività rispetto ad un detenuto, i cui legami familiari si sono spezzati, o sono inesistenti». Intera intervista consultabile al seguente link: <http://www.ristretti.it/convegni/affettivita/interviste/bouregba.htm>, consultato l'11/02/24. Ancora prima e sempre nello stesso senso, F. Della Casa, *I rapporti del detenuto con la sua famiglia*, in *Diritto penitenziario*, rubrica a cura di G. La Greca, in *Diritto penale e processo*, n. 1, 1999, p. 122: «[...] sono del resto disponibili in dottrina ricerche empiriche che confermano l'intuitivo assunto secondo cui la valida conservazione dei legami familiari durante il periodo detentivo costituisce un buon indicatore delle possibilità di successo di un'eventuale misura alternativa e, più in generale, delle minori probabilità di recidiva».

costituzionale ben si applicano anche a chi si vede ristretto, soggetto che prima della carcerazione faceva quasi sicuramente – con il quasi ci si riferisce a casi limite di condizioni socio-familiari particolarmente gravi – parte di quella formazione sociale che è la famiglia e la cui importanza è sancita proprio da tali disposizioni.

Si sta facendo riferimento all'articolo 29 primo comma: «La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio»;¹⁹⁸ all'articolo 30: «È dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio. Nei casi di incapacità dei genitori, la legge provvede a che siano assolti i loro compiti. La legge assicura ai figli nati fuori del matrimonio ogni tutela giuridica e sociale, compatibile con i diritti dei membri della famiglia legittima. La legge detta le norme e i limiti per la ricerca della paternità»; all'articolo 31: «la Repubblica agevola con misure economiche e altre provvidenze la formazione della famiglia e l'adempimento dei compiti relativi, con particolare riguardo alle famiglie numerose. Protegge la maternità, l'infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo».

Le disposizioni appena richiamate quindi creano e tutelano un diritto «complesso la cui struttura può facilmente ricondursi alla figura geometrica degli insiemi concentrici legati da rapporti di interdipendenza: [...] filiazione, genitorialità e sessualità».¹⁹⁹ In particolare, gli articoli 29 e 31 si pongono in netta antitesi con quello che avviene in concreto e che è stato definito come il fenomeno dei “matrimoni bianchi”, causato «da un'astinenza sessuale coatta»,²⁰⁰ che porta alla «celebrazione dell'atto, ma non la consumazione dello stesso e sostanzialmente la non-consumazione è essa stessa inadempimento degli obblighi relativi nascenti dal dato convenzionale».²⁰¹

Inoltre tali articoli rivestono una particolare importanza perché tutelano anche l'altra parte dei legami affettivi e familiari che vengono bruscamente e violentemente interrotti con la detenzione di un soggetto del nucleo familiare: «se teoricamente il

¹⁹⁸ *Ivi*, p. 29, Mastropasqua collega la solidarietà citata nell'articolo 2 Cost., quella sociale, ad una solidarietà nei rapporti con i familiari e i conviventi protetti appunto dall'articolo 29 Cost., da rispettarsi ancora di più nel momento dell'esecuzione della pena: «[...] si ritiene che la potestà punitiva nei confronti della persona condannata vada esercitata in modo tale da consentire ai congiunti e conviventi di conservare e coltivare quei rapporti solidali e di reciproco sostegno morale e materiale, ritagliando percorsi trattamentali personalizzati che prevedano appositi spazi di incontro, colloqui frequenti, peculiari modalità di espiazione della pena, interventi a beneficio delle persone affettivamente legate al reo». Per quanto riguarda invece un'analisi del significato dell'espressione «fondata sul matrimonio» ci si dedicherà ad essa nel terzo capitolo commentando interventi della Corte costituzionale a proposito.

¹⁹⁹ S. Talini, *op. cit.*, in *Costituzionalismo.it*, fascicolo 2, 2015, p. 4.

²⁰⁰ S. Talini, *op. cit.*, in *Quaderni ISSP*, numero 13, giugno 2015, p. 23.

²⁰¹ C. Renoldi, *op. cit.*, p. 231. Si analizzerà nel suo complesso la sentenza numero 301 del 2012 della Corte costituzionale nel terzo capitolo.

concetto di reclusione fa riferimento al fatto di scontare una pena individuale per una responsabilità personale, nella realtà, la carcerazione di un individuo comporta quasi sempre una pena suppletiva per il coniuge o per il partner o per gli eventuali figli, i quali soffrono moltissimo dell'assenza del recluso».²⁰²

È stato dunque sottolineato come, a partire da un'interpretazione dal dettato costituzionale, «[...] la dimensione comunionale, che connota il nucleo affettivo del reo, [vada] posta al centro dell'esecuzione penale, perché rappresenta il valore da tutelare in via primaria non solo mediante un progetto trattamentale adeguato, ma anche con il reperimento di fondi sufficienti allo scopo e con la rimodulazione della stessa edilizia carceraria, la quale deve consentire alla persona condannata di fruire di spazi idonei – per coltivare in modo soddisfacente le relazioni affettive con familiari e conviventi».²⁰³

Si deve poi citare l'articolo 32: «la Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti. Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana». Tale articolo riveste un'importanza particolare perché «attraverso l'elaborazione costituzionale, la *salute* è stata annoverata tra i beni primari dell'uomo, in quanto condizione indispensabile ed imprescindibile affinché ogni individuo possa esprimere compiutamente e liberamente la propria personalità».²⁰⁴ Nel momento in cui una persona entra in carcere nasce però «la necessità di armonizzare la protezione del diritto alla salute della persona *in vinculis* con le finalità di sicurezza coesenziali all'ordinamento penitenziario»;²⁰⁵ esigenza che fa sì che «l'intervento del legislatore ordinario non viene primariamente in questione, nel caso, come potestà limitativa o restrittiva di un diritto già pienamente posseduto dal suo titolare

²⁰² S. Milazzo e B. Zammiti, *op. cit.*, p. 102. Nello stesso senso S. Grieco, *op. cit.*, p. 20: «la mancata coltivazione delle relazioni socio-affettive, da un lato, attenta alla salute psico-fisica del reo, durante il periodo di detenzione; dall'altro, rappresenta un fattore in grado di minare, fortemente, il contesto familiare, ledendo il diritto dei genitori a svolgere il proprio ruolo e dei minori a poterne percepire la loro presenza nel percorso di crescita e sviluppo». Si veda per un approfondimento in questo senso *ivi*, p. 18-19.

²⁰³ G. Mastropasqua, *op. cit.*, p. 38.

²⁰⁴ C. Fiorio, *Libertà personale e diritto alla salute*, Verona, CEDAM, 2002, p. 37.

²⁰⁵ *Ivi*, p. 44. Questo perché, pur permanendo la titolarità dei diritti inviolabili in capo alla persona detenuta (si veda a proposito *supra* p. 37, nota 192), «ciò non toglie, tuttavia che l'inserimento in un ordinamento speciale comporti una modifica sostanziale delle comuni regole e persino del significato dell'invulnerabilità. Negli ordinamenti speciali nei quali vengono direttamente in questione i diritti della persona, tanto come uomo quanto come cittadino, la protezione dei diritti dev'essere armonizzata e bilanciata con le finalità istituzionalmente perseguite dal particolare ordinamento di cui si tratta, nel senso che quei diritti possono essere esercitati soltanto secondo le modalità e nella misura in cui il loro svolgimento non metta in pericolo o non leda le predette finalità (purché queste, ovviamente, siano costituzionalmente tutelate)», così A. Baldassarre, *op. cit.*, p. 116.

(come nell'ipotesi normale), ma piuttosto come condizione che rende possibile e, in un certo senso, permette l'esercizio del diritto stesso nelle forme compatibili con l'ordinamento speciale di cui si tratta». ²⁰⁶ Importantissima è la precisazione che se solitamente sono i diritti inviolabili che guidano «gli scopi delle istituzioni che si trovino a operare nello spazio circostante a quei diritti [...], nell'ipotesi dell'ordinamento speciale [...] l'istituzione (ad es. l'ordinamento penitenziario) è il prius logico rispetto al quale i diritti inviolabili vanno coordinati e integrati». ²⁰⁷

Tutto questo però nella realtà non viene rispettato, anzi «il diritto alla salute della persona *in vinculis* pare ancora subire limitazioni più consistenti di quelle operanti per gli individui in libertà». ²⁰⁸ Infatti, come si è già evidenziato in precedenza trattando degli effetti psico-fisici causati dalla detenzione ²⁰⁹, il diritto alla salute garantito dalla Costituzione è uno dei diritti che più frequentemente viene violato in carcere: le persone ristrette si trovano a vivere in spazi inadeguati, privi di sistemi di aereazione che garantiscano un ricambio tra aria pulita e consumata; il numero di persone destinate a condividere la stessa stanza è superiore a quello prescritto; così come nonostante sia previsto che camera di pernottamento e servizi igienici debbano essere separati nella realtà sono a pochi metri di distanza, con una conseguente contiguità che favorisce i contagi. Le patologie più diffuse sono quelle infettive come l'epatite, la tubercolosi e quelle sessualmente trasmissibili come la sifilide e l'AIDS. Quest'ultima funge da ponte con il tema del diritto all'affettività e sessualità, è stato infatti documentato come in assenza della possibilità di vivere la dimensione sessuale della propria personalità come quando si era in libertà, le persone detenute si adattano ²¹⁰ a quella che è la nuova realtà. Questo si concretizza nella apparente scelta di intrattenere rapporti omosessuali ²¹¹, i quali, avvenendo in un contesto in cui non sono garantiti idonei livelli di igiene, sono ulteriore veicolo di malattie, come appunto quella generata dal virus dell'HIV, con un conseguente

²⁰⁶ A. Baldassarre, *op. cit.*, p. 116. Nello stesso senso C. Fiorio, *op. cit.*, p. 44: «[...] l'attività del legislatore ordinario, lungi dal concretarsi quale potestà limitativa o restrittiva di un diritto già pienamente posseduto dal suo titolare, si spieghi nel senso di consentire l'esercizio del diritto medesimo nelle forme compatibili con l'ordinamento speciale».

²⁰⁷ A. Baldassarre, *ibidem*.

²⁰⁸ C. Fiorio, *op. cit.*, p. 44.

²⁰⁹ Si vedano capitolo I, par. 2, p. 20 (richiamato in capitolo II, par. 1, p. 34, nota 188); capitolo I, par. 2., p. 23, nota 125; capitolo II, par. 1, p. 35, nota 189.

²¹⁰ Espressione utilizzata non casualmente, si rinvia in generale al pensiero elaborato da Goffman in proposito.

²¹¹ È già stato puntualizzato come non si tratti in realtà di una scelta, ma di uno dei risultati del cosiddetto processo di prigionizzazione, si veda capitolo I, par. 1, p. 9, nota 51.

irrobustirsi di pregiudizi e opinioni di netto rigetto di un qualsiasi dibattito sul tema. Infine, il diritto alla salute comprende ovviamente anche la tutela della salute mentale, maltrattata sia fuori sia dentro al carcere, ed è stato evidenziato come la possibilità di avere relazioni affettive, intime, sociali, sia fondamentale perché possa dirsi assicurata la salute psichica.²¹²

Insieme a queste disposizioni, fondamentale è stato il ruolo della Corte costituzionale²¹³, la cui giurisprudenza ha infatti avuto un peso determinante e propulsivo nel sottolineare l'operatività di questi principi anche nel mondo dell'esecuzione della pena, che, come già brevemente evidenziato, in maniera particolare mette a dura prova «la stabilità dei legami del detenuto con le persone che gli sono care».²¹⁴ Ruolo che ha anche contribuito al riconoscimento del diritto all'affettività e alla sessualità delle persone detenute, in questo ambito la giurisprudenza della Consulta si è caratterizzata per una progressiva evoluzione: dapprima è stata chiamata a pronunciarsi su questioni che non affrontavano esplicitamente il diritto all'affettività ma gli orbitavano intorno, per poi arrivare invece all'ultima pronuncia in ordine di tempo sul tema, la sentenza numero 10 del 26 gennaio 2024, in cui espressamente la Consulta ha dichiarato l'illegittimità

²¹² Si veda a proposito S. Talini, *op. cit.*, in Quaderno ISSP, numero 13, 2015, p. 23: «l'eventuale dichiarazione di incostituzionalità avrebbe, dunque, un duplice effetto: limitare il sentimento di frustrazione connaturato alla nozione stessa di astinenza (riducendo anche il numero di rapporti a rischio) e garantire rispetto della persona umana (eliminando l'effetto umiliante che discenderebbe dalla sola soddisfazione fisica del desiderio sessuale)»; nello stesso senso sempre S. Talini, *op. cit.*, in Quaderni Costituzionali, 2012, p. 7. Il tema dell'eventuale dichiarazione di incostituzionalità a cui fa riferimento l'autrice sarà invece approfondito nel terzo capitolo.

Si è poi consapevoli che se si fa riferimento alla salute mentale in carcere non si può ignorare il tema dei suicidi, nel momento in cui si scrive (febbraio 2024) in costante aumento, ma si ritiene che sia argomento da trattare con cura e precisione, perciò non vi ci si soffermerà in questa trattazione, ci si limita a rinviare, fra i tanti, al seguente contributo sull'importanza del mantenimento delle relazioni familiari per i soggetti ristretti: DAP, *Nuovi interventi per ridurre il disagio derivante dalla condizione di privazione della libertà e per prevenire i fenomeni auto-aggressivi* Circolare 26 aprile 2010: «Al di là delle limitazioni legate alla sicurezza, e riservate a talune particolari tipologie detentive, minoritarie nell'attuale sistema penitenziario, occorre farsi carico di un nuovo modello trattamentale fondato sul mantenimento delle relazioni affettive, la cui mancata coltivazione rappresenta la principale causa del disagio individuale e un grave motivo di rischio suicidario».

[https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_8_1.wp?facetNode_1=1_1\(2010\)&previousPage=mg_1_8&contentId=SDC161662#:~:text=firma%3A%20Anno%202010-.Circolare%2026%20aprile%202010%20%2D%20Nuovi%20interventi%20per%20ridurre%20il%20disagio,per%20prevenire%20i%20fenomeni%20autoaggressivi&text=Oggetto%3A%20Nuovi%20interventi%20per%20ridurre,per%20prevenire%20i%20fenomeni%20autoaggressivi](https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_8_1.wp?facetNode_1=1_1(2010)&previousPage=mg_1_8&contentId=SDC161662#:~:text=firma%3A%20Anno%202010-.Circolare%2026%20aprile%202010%20%2D%20Nuovi%20interventi%20per%20ridurre%20il%20disagio,per%20prevenire%20i%20fenomeni%20autoaggressivi&text=Oggetto%3A%20Nuovi%20interventi%20per%20ridurre,per%20prevenire%20i%20fenomeni%20autoaggressivi), consultato l'11/02/24.

²¹³ Per un approfondimento sul tema del rapporto tra diritti fondamentali, diritti inviolabili e loro evoluzione alla luce del ruolo della giurisprudenza costituzionale si consiglia F. Modugno, *op. cit.*, Torino, Giappichelli, 1995.

²¹⁴ S. Milazzo – B. Zammiti, *op. cit.*, p. 101. Si vedano *ivi* anche le pagine 102, 103 e 104 per una sintetica esposizione sugli effetti derivanti dalla carcerazione di un genitore.

costituzionale dell'articolo 18 della legge di ordinamento penitenziario, illegittimo perché così come formulato impedisce l'esercizio dell'affettività, che è invece un diritto anche delle persone detenute.

Proprio per l'importanza e la novità che costituisce tale sentenza si sceglie di fermarsi qui con l'analisi dei principi costituzionali e ci si dedicherà al ruolo della Corte costituzionale rispetto alla tutela della dimensione intima delle persone ristrette – soprattutto alla luce di questa ultima sentenza – in un capitolo apposito.²¹⁵ Si procede così nell'analisi della disciplina normativa attuale, ancora non modificata dal legislatore.

2.3 La normativa di rango primario e secondario

Nel proseguire con la disamina di quelle che sono le fonti che costituiscono la base per il riconoscimento dell'affettività e sessualità all'interno degli istituti penitenziari, ci si dedicherà ora all'analisi della legge di ordinamento penitenziario – la numero 354 del 26 luglio 1975 – e del relativo regolamento di esecuzione, la cui prima formulazione risale al 1976 ma che è stato aggiornato il 30 giugno del 2000 con il decreto del Presidente della Repubblica numero 230. Si tratta delle fonti di rango primario e secondario che disciplinano l'intera vita delle persone ristrette, spaziando da disposizioni dedicate alle modalità con cui proporre reclamo per far valere i propri diritti, a quelle che stabiliscono il numero di ore da trascorrere all'aperto. È la stessa legge di ordinamento penitenziario che all'articolo 87 prevede espressamente che sarà emanato un regolamento di esecuzione per meglio specificare alcune disposizioni in essa contenute e inserirne di altre prettamente pratiche.²¹⁶

Si deve fin da subito riscontrare come all'interno di queste due fonti non vi sia una disposizione che esplicitamente nomini il diritto all'affettività o alla sessualità, lacuna di cui già nel 1977 ci si rammaricava: «l'aver la riforma ignorato il punto non solo segna

²¹⁵ Si veda *infra*, capitolo III.

²¹⁶ Si potrebbe approfondire un discorso sulle criticità che derivano dall'aver scelto che una fonte di rango secondario possa in alcuni casi avere un potere molto forte: si pensi al fatto che l'elencazione di quali siano le infrazioni disciplinari che legittimano un provvedimento disciplinare si trova all'interno del regolamento di esecuzione, che non essendo un atto avente forza di legge può essere modificato più facilmente, così come la Corte costituzionale non può sindacarlo, ma non risulta questa la sede opportuna, ci si limita a riportare quanto segue: «non sfugge, in particolare, il pericolo che il rinvio ad una fonte secondaria finisca per rendere meno difficoltoso l'ampliamento del novero delle singole fattispecie punibili», F. Gianfilippi, L. Lupária, *Organizzazione penitenziaria, ordine e sicurezza*, in F. Della Casa e G. Giostra (a cura di), *op. cit.*, p. 144.

un'ulteriore limitazione di un diritto fondamentale dell'individuo ma dà anche la dimensione dell'ottusità culturale del legislatore».²¹⁷

Sempre in quegli anni veniva riscontrata l'inadeguatezza e l'incompletezza della l. 354/75 e come questa non prevedesse strumenti adeguati «ad incidere in misura sensibile sul carattere totalizzante e violento dell'istituzione carceraria. [...] una diversa risposta sarebbe stata possibile ove la nuova legge avesse sancito espressamente la titolarità per il detenuto di tutti i diritti del cittadino non necessariamente limitati dallo stato di detenzione».²¹⁸ È certo il riferimento anche al diritto all'affettività e sessualità.

Premesso ciò, vi sono però delle disposizioni che invece possono configurarsi come esplicazione di quanto anticipato nei paragrafi precedenti a livello internazionale, sovranazionale e costituzionale, e che tutelano quindi una serie di posizioni giuridiche strumentali a quelle del diritto all'affettività e sessualità, motivo per cui non possono essere ignorate, in quanto costituiscono lo status quo della disciplina. In più, come si vedrà²¹⁹, tra queste disposizioni rientra anche l'articolo 18 della legge di ordinamento penitenziario di cui è stata messa in dubbio la legittimità costituzionale, dubbio che è stato risolto con la già accennata sentenza numero 10 del 2024 della Corte costituzionale in cui essa ne ha espressamente dichiarato l'illegittimità.²²⁰

Come è stato sottolineato «non sono poche né poco importanti le disposizioni della legge penitenziaria che tutelano i rapporti del detenuto con il suo nucleo familiare»²²¹, inoltre, quanto stabilito a questo proposito dalla legge del 1975 rappresenta una rottura con il precedente regolamento del 1931, frutto dell'ideologia fascista imperante all'epoca e che costruiva la vita in carcere ispirandosi a criteri di separazione e segregazione. In questa ottica la realtà familiare, «in sintonia con le concezioni criminologiche dell'epoca tendenti meccanicamente ad addebitare alla famiglia il ruolo di incubatrice della devianza del condannato, non era ritenuta in grado di svolgere una funzione positiva nell'ottica di quel tipo di trattamento, rigidamente incardinato, come è noto sulla regola delle “tre medicine” di cui all'art. 1 (lavoro, istruzione, religione). Reciprocamente, qualora si fosse

²¹⁷ L. Stortoni, *op. cit.*, p. 50.

²¹⁸ L. Stortoni, *ivi*, p. 55-56.

²¹⁹ *Infra*, capitolo III.

²²⁰ Come già precisato, per la disamina puntuale di questa sentenza si vedrà *infra*, capitolo terzo.

²²¹ F. Della Casa, *op. cit.*, in *Diritto penale e processo*, n. 1, 1999, p. 122.

trattato di una presenza anomala in una famiglia penalmente irreprensibile, risultava predominante la preoccupazione di scongiurare possibili contaminazioni».²²²

Che quindi questa significativa evoluzione dal tenere lontano la famiglia a renderla parte integrante del trattamento, frutto di uno sviluppo non solo giuridico ma anche culturale e sociale, rimanga lettera morta e non sia garantita nella realtà è tristemente, l'ennesima dimostrazione dello scollamento tra quanto stabilito a livello normativo e quanto non attuato a livello concreto, piaga che affligge quasi ogni campo del diritto penitenziario e della realtà penitenziaria.

Prima di iniziare con una disamina puntuale delle singole disposizioni rilevanti si ritiene opportuno compiere una premessa: in tutte le norme che saranno di seguito citate si vedranno utilizzati i termini “congiunto”, “familiare” e “convivente”, ma «la legge sull'ordinamento penitenziario ed il regolamento di esecuzione non precisano tuttavia quale sia il significato da attribuir[gli]». ²²³ Il dibattito è stato acceso ²²⁴, aggravato dal fatto che «mentre la legge [...] fa menzione, al citato art. 18, dei *congiunti*, è il regolamento, atto che non è stato emesso dal Parlamento, a parlare di *congiunti e conviventi*, equiparandoli fra loro in contrapposizione alle *persone diverse* per le quali la richiesta del colloquio deve essere sorretta da *ragionevoli motivi*». ²²⁵

Per risolvere la questione dell'identificazione delle persone ammesse a colloqui e visite con i detenuti è intervenuta l'amministrazione penitenziaria, recependo quanto scritto dalla Cassazione penale ²²⁶, con una circolare, la numero 3478 dell'8 luglio 1998 ²²⁷, in cui ha dichiarato: «la completa equivalenza dei termini congiunti e familiari, utilizzati

²²² *Ibidem*.

²²³ S. Cirignotta e R. Turrini Vita, *Colloqui e corrispondenza telefonica dei detenuti e degli internati*, in *Diritto penitenziario*, rubrica a cura di G. La Greca, in *Diritto penale e processo*, n. 5, 1999, p. 651.

²²⁴ Si rinvia per un approfondimento sulle singole espressioni a *ibidem*, pp. 651-652-653.

²²⁵ *Ivi*, p. 652. Discrepanza che conferma le perplessità sulla scelta di servirsi di due strumenti diversi per disciplinare la materia e poi non proseguire a una loro razionalizzazione e strutturazione complementare di cui si è accennato *supra*, nota 216.

²²⁶ Parlando dell'articolo 18: «va notato che la norma si riferisce a tutti i congiunti (e non solo ai prossimi congiunti come previsto dall'art. 101 del Regolamento del 1931) ed usa una espressione molto ampia “i familiari” (anche l'art. 28 dell'Ordinamento Penitenziario tratta dei rapporti dei detenuti con “le famiglie”) tale da consentire di ricomprendere nel termine non solo la famiglia di diritto, ma anche quella naturale o di fatto», Cassazione penale, 03 marzo 1995, n. 2216, in Onelegale, consultabile al seguente link: <https://onelegale.wolterskluwer.it/document/cass-pen-sez-v-data-ud-27-01-1995-03-03-1995-n-2216/10SE1000310176?searchId=2129139375&pathId=22d82338f38f18&offset=0&contentModuleContent=all>, consultato il 26/02/24.

²²⁷ La classificazione effettuata in questa circolare è ancora vigente, come illustra la scheda tecnica del Ministero della Giustizia, *Colloqui dei familiari e terze persone*, aggiornata al 7 febbraio 2018 e consultabile al seguente link: https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_3_8_3.page?tab=d, consultato il 21/02/24.

indifferentemente, nell'ordinamento penitenziario, per indicare l'esistenza di un rapporto di parentela. Tale rapporto, tenuto conto della volontà del legislatore di agevolare i rapporti con tutte le persone che abbiano particolari vincoli con il soggetto, va inteso in senso lato, comprendente i soggetti legati da un affectio familiare equiparabile alle categorie civilistiche dei parenti (in linea retta o collaterale) e degli affini; andrebbero quindi considerati congiunti o familiari, agli effetti della normativa penitenziaria, oltre al coniuge, le persone fra loro legate da vincoli di parentela o di affinità, entro i limiti indicati dal codice civile (sesto grado di parentela o affinità); si ritiene tuttavia più opportuno, al fine di evitare un eccessivo ampliamento – di fatto – del novero dei soggetti legittimati, attenuare le conseguenze derivanti dall'applicazione del predetto criterio civilistico: in tal senso, saranno ritenuti immediatamente legittimati i parenti e gli affini entro il quarto grado, mentre i parenti e gli affini di quinto e sesto grado saranno considerati alla stregua delle altre persone estranee alla famiglia. Nei loro confronti, tuttavia, la discrezionalità sull'ammissione ai colloqui sarà utilizzata con criterio di maggior favore».²²⁸

Per quanto riguarda invece il convivente, la stessa circolare precisa che «dal punto di vista giuridico, non possono che intendersi le persone che coabitavano col detenuto prima della carcerazione, senza attribuire alcuna rilevanza all'identità del sesso o alla tipologia dei rapporti concretamente intrattenuti con il detenuto medesimo (more uxorio, di amicizia, di collaborazione domestica, di lavoro alla pari, ecc.)».²²⁹

In tutto questo, è intervenuta la legge n. 76 20 maggio 2016, la legge “Cirinnà”, in cui all'articolo 1 co. 20 è stato stabilito che «al solo fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile tra persone dello stesso sesso, le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti la parola “coniuge”, “coniugi”, o termini equivalenti, ovunque ricorrono nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi, si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso»²³⁰, il quale si applica anche alla normativa penitenziaria, sia quella legislativa, sia quella regolamentare. Inoltre, la stessa legge all'art. 1 co. 38 ha esplicitamente cristallizzato che: «i conviventi di fatto hanno gli stessi diritti spettanti al coniuge nei casi previsti dall'ordinamento penitenziario».²³¹

²²⁸ Così il testo della circolare, consultabile al seguente link: http://win.dirittopenitenziario.it/portale-di-scienze-penitenziarie/circolari/circ_3/3478.pdf, consultato il 25/02/24.

²²⁹ *Ibidem*.

²³⁰ Legge consultabile al seguente link: <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:2016-05-20;76>, consultato il 25/02/24.

²³¹ *Ibidem*. Per la definizione dell'espressione “conviventi di fatto” si rinvia all'articolo 1 co. 36 della medesima legge.

Infine, la normativa parla anche di terze persone, che sono ammesse ai colloqui qualora abbiano “ragionevoli motivi” per incontrare la persona detenuta o internata, la già citata circolare, a proposito scrive che: «[nella] valutazione circa la sussistenza o meno dei ragionevoli motivi, il direttore, quando competente, avrà cura di conciliare con equilibrio i legittimi interessi dei detenuti e degli internati ai rapporti con il mondo esterno anche ai fini della loro risocializzazione; [...], l’individuazione poi [...], può essere la più varia possibile, ma sicuramente riferibile alle relazioni affettive, di studio, di lavoro».²³²

Iniziando con l’analisi viene in rilievo prima di tutto l’articolo 14 comma 1 della legge di ordinamento penitenziario, rubricato “assegnazione, raggruppamento e categorie dei detenuti e degli internati”²³³: esso prevede che i detenuti e gli internati abbiano il diritto di essere assegnati all’istituto il più vicino possibile alla stabile dimora della famiglia o se individuabile, al proprio centro di riferimento sociale, salvi specifici motivi contrari²³⁴. Questo articolo, così come si vedrà l’articolo 42 della stessa legge²³⁵, è diretta espressione del principio di territorialità della pena,²³⁶ il quale si pone come criterio nell’orientare la distribuzione dei detenuti sul territorio preoccupandosi di far sì che le persone recluse possano mantenere contatti con la realtà da cui provengono e a cui presumibilmente torneranno.²³⁷ È stato osservato infatti che «il territorio non può essere

²³² *Ibidem*.

²³³ «I detenuti e gli internati hanno diritto di essere assegnati a un istituto quanto più vicino possibile alla stabile dimora della famiglia o, se individuabile, al proprio centro di riferimento sociale, salvi specifici motivi contrari».

²³⁴ Per un’interpretazione di tale clausola, F. Gianfilippi, L. Cesaris, *La ratio della norma alla luce della riforma*, in F. Della Casa, G. Giostra (a cura di), *op. cit.*, Vicenza, CEDAM, 2019, p. 181.

²³⁵ In realtà, a proposito dell’articolo 42, è stato detto che il tale diritto appare «in termini più sfumati [...] solo come criterio tendenziale», così F. Gianfilippi, L. Cesaris, *ivi*, p. 178.

²³⁶ Per l’impostazione si veda C. Ottaviano, *Gli apporti della giurisprudenza nel processo di emersione del “diritto all’affettività dei diritti” dei detenuti*, in Salvis Juribus, consultabile al seguente link http://www.salvisjuribus.it/gli-approdi-della-giurisprudenza-nel-processo-di-emersione-del-diritto-all'affettivita-dei-diritti-delle-persone-detenute/#_ftn1, consultato il 21/02/24.

²³⁷ Principio enunciato in generale all’articolo 30 del regolamento esecutivo: «I condannati e gli internati, all’inizio dell’esecuzione della pena o della misura di sicurezza, sono provvisoriamente assegnati in un istituto destinato all’esecuzione del tipo di pena o di misura cui sono stati sottoposti, situato nell’ambito della regione di residenza. Qualora ciò non sia possibile per mancanza di tale istituto o per indisponibilità di posti, l’assegnazione deve avvenire ad altro istituto della stessa categoria situato in località prossima. Nell’istituto di assegnazione provvisoria vengono espletate le attività di osservazione previste dall’articolo 13 della legge. Sulla base della formulazione del programma di trattamento individualizzato viene disposta l’assegnazione definitiva. Per l’assegnazione definitiva dei condannati e degli internati si ha riguardo alla corrispondenza fra le indicazioni del trattamento contenute nel programma individualizzato e il tipo di trattamento organizzato negli istituti ai sensi dell’articolo 115. Alle assegnazioni provvisorie e definitive, che comportino trasferimento dalla circoscrizione di un provveditorato regionale a quella di un altro provveditorato, provvede il Dipartimento dell’amministrazione penitenziaria. Nell’ambito della stessa circoscrizione dispone il provveditore regionale, informandone il Dipartimento dell’amministrazione

configurato come uno spazio aridamente geografico, ma piuttosto come uno spazio storicizzato e come tale percorso da influssi sociali, culturali, economici, politici e soprattutto umani, in quanto è nel suo contesto che l'uomo scopre e realizza la propria identità. Nel proprio territorio, nella propria comunità, ogni individuo acquisisce le proprie radici storiche e culturali e la sua esistenza non può essere considerata superata. In definitiva il territorio è matrice di tutto, creando bisogni e necessità che non possono essere analizzati e affrontati in modo adeguato e proficuo se si prescindono dal contesto che li ha generati».²³⁸

Rilevante ai fini di questa analisi è come la nuova formulazione dell'articolo dopo la riforma del 2018,²³⁹ permette ora a detenuti e internati di vantare «una posizione di diritto nel vedersi assegnati ad un istituto caratterizzato dalla massima prossimità al nucleo familiare»²⁴⁰ e si pone come risposta «a quella necessità di potenziare nella quotidianità penitenziaria le opportunità di effettivo esercizio dell'affettività di cui alla lett. n dell'art. 1 co. 85 legge 103/17, criterio di una delega che in realtà non è stato poi in alcun modo esercitato dal legislatore delegato».²⁴¹

Da evidenziare è anche come la norma sia stata scritta scegliendo di usare le espressioni ampie «stabile dimora familiare» e «centro di riferimento sociale».²⁴²

Della restante formulazione dell'articolo 14 rileva a questi fini il seguente comma: «alle madri è consentito di tenere presso di sé i figli fino all'età di tre anni»; «per la cura e l'assistenza dei bambini sono organizzati appositi asili nido». Disposizioni importantissime perché permettono di introdurre un tema fino a questo momento solo accennato, l'importanza dei legami familiari non rileva infatti solo verso l'esterno, ma anche rispetto all'interno, vengono così tutelate altre due componenti dell'affettività che sono: la genitorialità, di cui continuano ad essere titolari anche le madri ristrette e

penitenziaria, fatte salve le assegnazioni dei detenuti e degli internati riservate dalla vigente normativa alla competenza del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria.

²³⁸ Così, F. Ceraudo, *La territorialità della pena*, in Ristretti Orizzonti, 2011, p. 2, consultabile al seguente link: http://www.ristretti.it/commenti/2012/dicembre/pdf6/articolo_ceraudo.pdf, consultato il 25/02/24.

²³⁹ A proposito si rinvia *infra*, capitolo II, par. 2.4.3

²⁴⁰ F. Gianfilippi, L. Cesaris, *op. cit.*, in F. Della Casa e G. Giostra (a cura di), *op. cit.*, 2019, p. 178.

²⁴¹ *Ivi*, pp. 179-180. Per la ricostruzione della vicenda della legge delega 103/17 poi sfociata nel d.gs. 123/2018 si rinvia *infra*, capitolo II, par. 2.4.3.

²⁴² Entrambe manifestano la volontà di «evitare ogni formalismo in ordine alla residenza o alla regolarità del soggiorno sul territorio, privilegiando piuttosto la concreta possibilità di accedere con maggiore facilità ad un supporto socio-familiare. Nella stessa logica si muove il richiamo al centro di riferimento sociale, nozione adatta a ricomprendere una sfera di legami più ampi di quelli familiari in senso stretto: riferimento amicali o anche di supporto sociale, ad esempio per le relazioni intessutesi tra un cittadino extracomunitario ed una associazione che se ne sia occupata, lo abbia seguito nel tempo e supportato», così *ivi*, p. 181.

l'infantilità per quanto riguarda i figli di persone detenute.²⁴³ Derogando all'ordine numerico, si ritiene opportuno citare in questo punto anche l'articolo 21-bis, rubricato "assistenza all'esterno dei figli minori", la cui logica appare evidentemente guidata dalle stesse ragioni riportate sopra per l'articolo 14 commi 7 e 8: «le condannate e le internate possono essere ammesse alla cura e all'assistenza all'esterno dei figli di età non superiore agli anni dieci, alle condizioni previste dall'articolo 21. Si applicano tutte le disposizioni relative al lavoro all'esterno, in particolare l'articolo 21, in quanto compatibili. La misura dell'assistenza all'esterno può essere concessa, alle stesse condizioni, anche al padre detenuto, se la madre è deceduta o impossibilitata e non vi è modo di affidare la prole ad altri che al padre».

Proseguendo in ordine numerico si deve citare l'articolo 14-quater²⁴⁴, che pur essendo un articolo riservato alle persone detenute sottoposte al regime di sorveglianza particolare²⁴⁵, manifesta chiaramente quale sia l'approccio del legislatore rispetto al tema degli affetti, esso infatti prevede che le restrizioni imposte da questo particolare tipo di regime non possano riguardare tutta una serie di categorie, tra cui l'igiene e le esigenze di salute, ma anche i colloqui con coniuge, convivente, figli, genitori, fratelli. Questo articolo, proprio per ciò, si pone come parametro normativo di riferimento, come è stato rilevato dalla stessa Corte costituzionale²⁴⁶, per enucleare quelle situazioni che

²⁴³ Per un approfondimento a proposito, si rinvia per la genitorialità a S. Talini, *op. cit.*, in *Costituzionalismo.it*, pp. 14-15-16 e per il diritto all'infanzia sempre S. Talini, *Famiglia e carcere*, in Convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa", Catania, 7-8 giugno 2013, intitolato "La famiglia davanti ai suoi giudici", pp. 7-8.

²⁴⁴ «Il regime di sorveglianza particolare comporta le restrizioni strettamente necessarie per il mantenimento dell'ordine e della sicurezza, all'esercizio dei diritti dei detenuti e degli internati e alle regole di trattamento previste dall'ordinamento penitenziario. Per quanto concerne la corrispondenza dei detenuti, si applicano le disposizioni dell'articolo 18 ter. Le restrizioni di cui ai commi precedenti sono motivatamente stabilite nel provvedimento che dispone il regime di sorveglianza particolare. In ogni caso le restrizioni non possono riguardare: l'igiene e le esigenze della salute; il vitto; il vestiario ed il corredo; il possesso, l'acquisto e la ricezione di generi ed oggetti permessi dal regolamento interno, nei limiti in cui ciò non comporta pericolo per la sicurezza; la lettura di libri e periodici; le pratiche di culto; l'uso di apparecchi radio del tipo consentito; la permanenza all'aperto per almeno due ore al giorno salvo quanto disposto dall'articolo 10; i colloqui con i difensori, nonché quelli con il coniuge, il convivente, i figli, i genitori, i fratelli. Se il regime di sorveglianza particolare non è attuabile nell'istituto ove il detenuto o l'internato si trova, l'amministrazione penitenziaria può disporre, con provvedimento motivato, il trasferimento in altro istituto idoneo, con il minimo pregiudizio possibile per la difesa e per i familiari, dandone immediato avviso al magistrato di sorveglianza. Questi riferisce al Ministro in ordine ad eventuali casi di infondatezza dei motivi posti a base del trasferimento».

²⁴⁵ «L'istituto risponde alla finalità di definire un'offerta trattamentale individualizzata, sostanzialmente mediante la compressione dei più ampi spazi di autonomia previsti dalla disciplina ordinaria, in funzione dei comportamenti pregiudizievoli per l'ordine e la sicurezza interni dell'istituto penitenziario posti in essere da un detenuto», così F. Gianfilippi, L. Lupária, *op. cit.*, in F. Della Casa e G. Giostra, *op. cit.*, 2023, p. 148.

²⁴⁶ Corte costituzionale 14 ottobre 1996, n. 351: «non può mancare la individuazione di parametri normativi per la concretizzazione del divieto di trattamenti contrari al senso di umanità, e che da questo punto di vista

contribuiscono a creare un livello minimo di dignità della persona reclusa che deve essere sempre rispettato perché la pena possa dirsi conforme a quanto prescritto all'articolo 27 co. 3 Cost.,²⁴⁷ quindi anche nelle situazioni in cui ragioni di sicurezza giustificano un inasprimento del regime penitenziario.

Immediatamente successivo è l'articolo 15, uno degli articoli centrali della legge di ordinamento penitenziario nonché il cuore di tutta l'esecuzione della pena, rubricato "elementi del trattamento": «il trattamento del condannato e dell'internato è svolto avvalendosi principalmente dell'istruzione, della formazione professionale, del lavoro, della partecipazione a progetti di pubblica utilità, della religione, delle attività culturali, ricreative e sportive e agevolando opportuni contatti con il mondo esterno e i rapporti con la famiglia».

Emerge facilmente dalla lettura di questo articolo il richiamo a quanto stabilito a livello di principi dall'articolo 29 della Costituzione, ma è stato sottolineato come proprio questa disposizione sia manifestazione della tendenza a trasformare un diritto in strumento quando questo viene a contatto con il mondo della detenzione²⁴⁸: «in sostanza, la legge, anziché attuare un preesistente diritto in ambito penitenziario, lo prende e lo trasforma, plasmandolo in funzione del trattamento del quale è considerato elemento meritevole di particolare attenzione».²⁴⁹

È stato però anche riconosciuto come questa disposizione, seppure migliorabile, sia già stata un'importante evoluzione rispetto al già richiamato regolamento del 1931, «non figura[ndo] più il principio di tassatività riservato a religione, istruzione, e lavoro [...], in base al quale qualsiasi altra attività era non solo vietata, ma colpita da sanzioni disciplinari».²⁵⁰

le indicazioni fornite dal legislatore con il quarto comma dell'art. 14-quater appaiono particolarmente pregnanti».

²⁴⁷ In questo senso, T. Padovani, *La pena carceraria*, Pisa, Pisa university press, 2014, p. 171: «[...] il cui soddisfacimento corrisponde ad esigenze tanto primarie della persona, che la loro compressione inciderebbe "sul senso di umanità" cui ogni trattamento penitenziario deve uniformarsi (art. 27.3 Cost.)».

²⁴⁸ «Ciò è quanto accaduto proprio al diritto di cui all'art. 29 Cost., [...] basta leggere l'art. 15 o.p.: "il trattamento del condannato e dell'internato è svolto" – tra le altre cose – "agevolando opportuni contatti con il mondo esterno ed i rapporti con la famiglia"», A. Gaboardi, *Il caso dell'affettività e della sessualità in carcere*, in A. Gaboardi – A. Gargani – G. Morgante – A. Presotto – M. Serraino (a cura di), *op. cit.*, p. 32.

²⁴⁹ *Ibidem*.

²⁵⁰ Si veda G. Neppi Modona, *Ordinamento penitenziario*, in *Dig. pen.*, IX, 1995, p. 50. Contra, E. Fassone, *La pena detentiva dall'800 alla riforma penitenziaria*, Bologna, il Mulino, 1980, p. 219: «la ricca articolazione di elementi del trattamento si sfronda di retorica sino a ridursi alle tre medicine di Rocco, rappresentate dall'istruzione, dal lavoro, e dalla religione. Beninteso, non tutte le altre valenze sono

Leggendo la disposizione è stato anche evidenziato come «i contatti con il mondo esterno e i rapporti con la famiglia figurano all'ultimo posto tra gli elementi del trattamento rieducativo contemplati dall'art. 15. In realtà, prendendo in considerazione l'ispirazione complessiva della legge penitenziaria, la gerarchia va capovolta: l'osmosi tra carcere ed ambiente esterno è il collante che lega e rinsalda tutti gli altri elementi del trattamento, il requisito imprescindibile affinché lavoro, istruzione, religione, attività culturali e sportive possano esprimere pienamente le loro potenzialità risocializzanti».²⁵¹

Proseguendo nella lettura della legge di ordinamento penitenziario si arriva all'articolo 18, rubricato "colloqui, corrispondenza e informazione",²⁵² si tratta di un articolo che come dice la sua stessa rubrica comprende tre diverse modalità con cui le persone ristrette possono comunicare con l'esterno, sia attivamente, partecipando appunto a colloqui o intrattenendo corrispondenza, sia passivamente, usufruendo delle più varie possibilità che oggi permettono di attuare il diritto all'informazione. In questa trattazione ci si concentrerà solo sulle disposizioni legate ai colloqui e tra queste, quelle che riguardano i colloqui con la famiglia, perché è evidentemente questa la modalità attraverso cui può soddisfarsi il diritto all'affettività.

insignificanti, poiché è pur vero che soprattutto le attività culturali e i contatti con la comunità libera hanno un alto valore socializzante; ma essi continuano a dimensionarsi sulla misura loro imposta dalle esigenze del carcere, al quale resta affidata la chiave per regolare l'afflusso dei valori nuovi».

²⁵¹ M. Ruaro, P. Bronzo, *Gli elementi del trattamento*, in F. Della Casa e G. Giostra, *op. cit.*, 2023, p. 60.

²⁵² «I detenuti e gli internati sono ammessi ad avere colloqui e corrispondenza con i congiunti e con altre persone, anche al fine di compiere atti giuridici. I detenuti e gli internati hanno diritto di conferire con il difensore, fermo quanto previsto dall'articolo 104 del codice di procedura penale, sin dall'inizio dell'esecuzione della misura o della pena. Hanno altresì diritto di avere colloqui e corrispondenza con i garanti dei diritti dei detenuti. I colloqui si svolgono in appositi locali sotto il controllo a vista e non auditivo del personale di custodia. I locali destinati ai colloqui con i familiari favoriscono, ove possibile, una dimensione riservata del colloquio e sono collocati preferibilmente in prossimità dell'ingresso dell'istituto. Particolare cura è dedicata ai colloqui con i minori di anni quattordici. Particolare favore viene accordato ai colloqui con i familiari. L'amministrazione penitenziaria pone a disposizione dei detenuti e degli internati, che ne sono sprovvisti, gli oggetti di cancelleria necessari per la corrispondenza. Può essere autorizzata nei rapporti con i familiari e, in casi particolari, con terzi, corrispondenza telefonica con le modalità e le cautele previste dal regolamento. I detenuti e gli internati sono autorizzati a tenere presso di sé i quotidiani, i periodici e i libri in libera vendita all'esterno e ad avvalersi di altri mezzi di informazione. Ogni detenuto ha diritto a una libera informazione e di esprimere le proprie opinioni, anche usando gli strumenti di comunicazione disponibili e previsti dal regolamento. L'informazione è garantita per mezzo dell'accesso a quotidiani e siti informativi con le cautele previste dal regolamento. Salvo quanto disposto dall'articolo 18 bis, per gli imputati fino alla pronuncia della sentenza di primo grado, i permessi di colloquio, le autorizzazioni alla corrispondenza telefonica e agli altri tipi di comunicazione sono di competenza dell'autorità giudiziaria che procede individuata ai sensi dell'articolo 11, comma 4. Dopo la pronuncia della sentenza di primo grado provvede il direttore dell'istituto».

Lo strumento dei colloqui è stato definito «essenzial[e] per contrastare “la crisi conseguente all’allontanamento del soggetto dal nucleo familiare”»²⁵³ e «disciplinat[o] in termini tali da capovolgere le restrizioni e gli aspetti più illiberali del Regolamento del 1931».²⁵⁴ In più, peculiarità importante è che è «un diritto del detenuto incompressibile anche in caso di valutazioni negative della sua condotta».²⁵⁵

La sua attuale formulazione risale alla c.d. riforma Bonafede,²⁵⁶ e ai fini di questa analisi rileva in particolare il comma 4: «particolare favore viene accordato ai colloqui con i familiari», scelta «apprezzabile anche perché dà concretezza al *favor familiae*, cui sono ispirati gli artt. 29-31 Cost.».²⁵⁷

Tale *favor* emerge anche dall’articolo 37 del regolamento,²⁵⁸ infatti, è lì che sono regolate le concrete modalità di svolgimento dei colloqui – scelta che da alcuni è stata

²⁵³ P. Corso, *Colloqui e corrispondenza telefonica ed epistolare con i congiunti e con altre persone*, in P. Corso (a cura di), *Manuale della esecuzione penitenziaria*, Milano, Monduzzi Editoriale, 2015, p. 395.

²⁵⁴ G. Neppi Modona, *op. cit.*, p. 50.

²⁵⁵ L. Scomparin, *Parte terza. Il sistema penitenziario*, in G. Neppi Modona, D. Petrini, L. Scomparin (a cura di), *Giustizia penale e servizi sociali*, Bari, Editori Laterza, 2009, p. 249.

²⁵⁶ Ci si riferisce al decreto legislativo 123 del 2018, attuazione della legge delega 123 del 2017. La riforma ha inciso in maniera negativa su due importanti innovazioni che erano state introdotte in sede di legge delega, entrambe strumentali rispetto all’esercizio dell’affettività in carcere, ma su tale vicenda si scriverà *infra*, capitolo II, par. 2.4.3.

²⁵⁷ P. Corso, *I rapporti con la famiglia e con l’ambiente esterno: colloqui e corrispondenza*, in V. Grevi (a cura di), *op. cit.*, p. 179. Per chi debba essere ricompreso all’interno del termine familiari si veda *supra*, capitolo II, par. 2.3, pp. 43-44-45.

²⁵⁸ «I colloqui dei condannati, degli internati e quelli degli imputati dopo la pronuncia della sentenza di primo grado sono autorizzati dal direttore dell’istituto. I colloqui con persone diverse dai congiunti e dai conviventi sono autorizzati quando ricorrono ragionevoli motivi. Per i colloqui con gli imputati fino alla pronuncia della sentenza di primo grado, i richiedenti debbono presentare il permesso rilasciato dall’autorità giudiziaria che procede. Le persone ammesse al colloquio sono identificate e, inoltre, sottoposte a controllo, con le modalità previste dal regolamento interno, al fine di garantire che non siano introdotti nell’istituto strumenti pericolosi o altri oggetti non ammessi. Nel corso del colloquio deve essere mantenuto un comportamento corretto e tale da non recare disturbo ad altri. Il personale preposto al controllo sospende dal colloquio le persone che tengono comportamento scorretto o molesto, riferendone al direttore, il quale decide sulla esclusione. I colloqui avvengono in locali interni senza mezzi divisorii o in spazi all’aperto a ciò destinati. Quando sussistono ragioni sanitarie o di sicurezza, i colloqui avvengono in locali interni comuni muniti di elementi divisorii. La direzione può consentire che, per speciali motivi, il colloquio si svolga in locale distinto. In ogni caso, i colloqui si svolgono sotto il controllo a vista del personale del Corpo di polizia penitenziaria. Appositi locali sono destinati ai colloqui dei detenuti con i loro difensori. Per i detenuti e gli internati infermi i colloqui possono avere luogo nell’infermeria. I detenuti e gli internati usufruiscono di sei colloqui al mese. Quando si tratta di detenuti o internati per uno dei delitti previsti dal primo periodo del primo comma dell’articolo 4-bis della legge e per i quali si applichi il divieto di benefici ivi previsto, il numero di colloqui non può essere superiore a quattro al mese. Ai soggetti gravemente infermi, o quando il colloquio si svolge con prole di età inferiore a dieci anni ovvero quando ricorrano particolari circostanze, possono essere concessi colloqui anche fuori dei limiti stabiliti nel comma 8. Il colloquio ha la durata massima di un’ora. In considerazione di eccezionali circostanze, è consentito di prolungare la durata del colloquio con i congiunti o i conviventi. Il colloquio con i congiunti o conviventi è comunque prolungato sino a due ore quando i medesimi risiedono in un comune diverso da quello in cui ha sede l’istituto, se nella settimana precedente il detenuto o l’internato non ha fruito di alcun colloquio e se le esigenze e l’organizzazione dell’istituto lo consentono. A ciascun colloquio con il detenuto o con

vista come «una grave violazione del principio di “legalità sostanziale”»;²⁵⁹ – ed esse prevedono che siano solo i colloqui con «persone diverse dai congiunti e dai conviventi» a dover essere sorretti dalla presenza di «ragionevoli motivi»; questo fa sì che «non ci [siano] margini di discrezionalità rispetto alla relativa autorizzazione, una volta che sia stato positivamente accertato il vincolo di parentela o di convivenza».²⁶⁰

Favor che continua ad essere evidente anche nell’analisi del comma 10 dell’articolo 37, il quale prevede la possibilità di prolungare la durata ordinaria di un’ora a due solo nel caso di congiunti e conviventi, qualora vi siano «eccezionali circostanze» o «i medesimi risiedono in un comune diverso da quello in cui ha sede l’istituto, se nella settimana precedente il detenuto o l’internato no ha fruito di alcun colloquio e se le esigenze e l’organizzazione dell’istituto lo consentono».²⁶¹ Ulteriore dimostrazione: la deroga prevista dal medesimo comma rispetto al numero di visitatori, di solito stabilito a tre, ma appunto non operante nel caso di congiunti o conviventi.²⁶²

Ulteriore articolo del regolamento collegato a quanto stabilito dalla legge all’articolo 18, perché dimostra l’importanza che viene riconosciuta alle relazioni, è l’articolo 61, “rapporti con la famiglia e progressione del trattamento”,²⁶³ tale articolo

l’internato possono partecipare non più di tre persone. È consentito di derogare a tale norma quando si tratti di congiunti o conviventi. Qualora risulti che i familiari non mantengono rapporti con il detenuto o l’internato, la direzione ne fa segnalazione al centro di servizio sociale per gli opportuni interventi. Del colloquio, con l’indicazione degli estremi del permesso, si fa annotazione in apposito registro. Nei confronti dei detenuti che svolgono attività lavorativa articolata su tutti i giorni feriali, è favorito lo svolgimento dei colloqui nei giorni festivi, ove possibile».

²⁵⁹ G. M. Napoli, *Salute, affettività e libertà di corrispondere e comunicare* (ebook), Torino, Giappichelli, 2014, p. 77, continua così: «Principio in base al quale, laddove siano in gioco posizioni soggettive che trovano riconoscimento e protezione nella Carta fondamentale e nel diritto internazionale pattizio dei diritti dell’uomo, la legge non deve limitarsi a fissare le finalità e a costituire il mero fondamento del potere autoritativo di imporre restrizioni (conferito ad un’autorità pubblica), ma deve anche predeterminare i presupposti di fatto e le modalità di esercizio di tale potere».

²⁶⁰ F. Della Casa, *op. cit.*, in *Diritto penale e processo*, 1, 1999, p. 124. Per quanto riguarda come avvenga l’identificazione si rinvia a M. Ruaro, C. Santinelli, *I colloqui personali: i rapporti con i familiari*, in F. Della Casa e G. Giostra, *op. cit.*, 2019, p. 249.

²⁶¹ Si veda sul punto M. Ruaro, C. Santinelli, *I colloqui personali: i rapporti con i familiari*, in F. Della Casa e G. Giostra, *op. cit.*, 2019, p. 237 e p. 244.

²⁶² Cfr. *ibidem*. Anche da questo emerge come i colloqui con i terzi siano qualcosa di diverso, sul punto per un approfondimento si rinvia a M. Ruaro, C. Santinelli, (*segue*): *i colloqui con le «altre persone»*, in F. Della Casa e G. Giostra, *op. cit.*, 2019, pp. 237-242.

²⁶³ «la predisposizione dei programmi di intervento per la cura dei rapporti dei detenuti e degli internati con le loro famiglie è concertata fra i rappresentanti delle direzioni degli istituti e dei centri di servizio sociale. Particolare attenzione è dedicata ad affrontare la crisi conseguente all’allontanamento del soggetto dal nucleo familiare, a rendere possibile il mantenimento di un valido rapporto con i figli, specie in età minore, e a preparare la famiglia, gli ambienti prossimi di vita e il soggetto stesso al rientro nel contesto sociale. A tal fine, secondo le specifiche indicazioni del gruppo di osservazione, il direttore dell’istituto può: a) concedere colloqui oltre quelli previsti dall’articolo 37; b) 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

ribadisce l'importanza del ruolo della famiglia nel concreto svolgimento del trattamento, e prescrive che i rapporti siano «curati», espressione che si ritiene particolarmente calzante, perché implica che entrambe le parti che subiscono questa rottura della quotidianità sono tenute insieme, sono tutelate, sono appunto curate, che significa che verrà svolto (o almeno, ci si propone di fare) un lavoro concreto di assistenza, che viene meglio specificato al comma 2, lett. *a* dell'articolo, che permette un numero di colloqui superiore a quello base qualora si renda evidente questo particolare bisogno.²⁶⁴

In più, ed è questo quello che è particolarmente rilevante per questa trattazione, all'articolo 61 comma 2 lett. *b*, si prevede la possibilità che le medesime persone ammesse ai colloqui possano trascorrere addirittura parte della giornata con i propri familiari detenuti e svolgere anche un pasto insieme. Slancio di apertura che rimane però tronco, bloccato dalla chiusura, netta, della disposizione, «ferme restando le modalità previste dal secondo comma dell'articolo 18 della legge».²⁶⁵

Un ulteriore aspetto da approfondire riguarda i luoghi in cui si svolgono i colloqui, infatti, l'articolo 37 del regolamento al comma 5 prevede che avvengano in locali interni senza mezzi divisorii o in spazi all'aperto a ciò destinati.²⁶⁶ Purtroppo, i dati che arrivano dalla realtà penitenziaria riducono tale disposizione a mera teoria, «la commistione e la grettezza degli ambienti destinati all'incontro del detenuto con i propri familiari [che] rendono lo stesso deprimente e doloroso».²⁶⁷

A dare indicazioni su come debbano essere i luoghi entro cui si svolgono i colloqui è anche la stessa legge di ordinamento penitenziario all'articolo 18, comma 3, il quale prevede, sempre nell'ottica del *favor familiae*, che essi debbano «[favorire] ove possibile una dimensione riservata del colloquio e [essere collocati] in preferibilmente in prossimità dell'ingresso dell'istituto»; ma è stata ritenuta «etichettabile come *soft law*, nel senso che – in ragione delle clausole utilizzate – possiede esclusiva valenza programmatica [...] e configura in capo al detenuto una mera aspettativa di fatto (che può

all'aperto e di consumare un pasto in compagnia, ferme restando le modalità previste dal secondo comma dell'articolo 18 della legge».

²⁶⁴ Cfr. M. Ruaro, C. Santinelli, *I colloqui personali: i rapporti con i familiari*, in F. Della Casa e G. Giostra, *op. cit.*, 2019, p. 244.

²⁶⁵ Come si è già accennato si avrà modo di approfondire *infra*, capitolo II, par. 2.4.3, del tentativo di modifica di quello che oggi è l'articolo 61 e all'epoca era il 58 per permettere colloqui riservati, ma essa fu fermata da un parere negativo del Consiglio di Stato.

²⁶⁶ Salve ragioni sanitarie o di sicurezza per cui allora avvengono in locali interni e con mezzi divisorii.

²⁶⁷ S. Milazzo e B. Zammiti, *op. cit.*, in *Rassegna penitenziaria criminologica*, 2, 2012, p. 101.

essere, al più, oggetto di un reclamo ex art. 35 ord. penit.) e non un diritto soggettivo “azionabile” di fronte al mag. sorv. (com’era invece previsto nel testo elaborato dalla commissione Giostra)».²⁶⁸

Dunque, «la libertà sessuale non trova alcun riconoscimento con riferimento al trattamento penitenziario interno»,²⁶⁹ e ciò rimane un limite gravissimo²⁷⁰, l’articolo 18 infatti continua a prevedere «un controllo a vista e non auditivo del personale di custodia» durante i colloqui, controllo ribadito anche all’interno dell’articolo 37 del regolamento esecutivo «i colloqui si svolgono sotto il controllo a vista del personale del Corpo di polizia penitenziaria» e seppure questa nuova formulazione in tema di luoghi dei colloqui possa esprimere almeno una tendenza del legislatore a garantire una dimensione più privata di tali momenti, comunque «il tenore letterale della norma [...] ha il solo scopo di specificare le caratteristiche degli “appositi locali” dedicati ai colloqui con i familiari e non può essere quindi interpretata nel senso di consentire una deroga alle regole in materia di controlli contenute nell’*incipit* del 3 co. Di conseguenza, allo stato, l’introduzione per via regolamentare o tramite direttiva dipartimentale, di una disciplina che escludesse il controllo visivo sul colloquio sarebbe incompatibile con l’art. 18».²⁷¹

Ed è tutto qui il nodo centrale, sia di questo elaborato, sia di quanto è poi arrivata ad affermare la Corte costituzionale con la già richiamata sentenza 10 del 2024: la Consulta ha stabilito che questa disposizione così come è al momento formulata è incostituzionale. Si approfondirà il tema dell’intervento della Corte costituzionale e di come questo ora cambi le possibilità di intervento a riguardo sia legislative, sia

²⁶⁸ Così, M. Ruaro, C. Santinelli, *Le modalità esecutive e in controlli sullo svolgimento del colloquio*, in F. Della Casa e G. Giostra, *op. cit.*, 2019, p. 248. Il quale a sua volta cita S. Marietti, *Il trattamento e la vita interna alle carceri*, in P. Gonnella (a cura di), *Riforma di ordinamento penitenziario*, ebook, Giappichelli, 2019, p. 25 e R. Polidoro, G. Terranova, R. Vigna, *Decreto Legislativo 2 ottobre 2018, n. 123 – Modifica dell’Ordinamento Penitenziario in tema di assistenza sanitaria, di procedimenti e vita detentiva*, in R. Polidoro (a cura di), *La riforma dell’ordinamento penitenziario. Lavoro – Minorenni – Assistenza sanitaria e vita penitenziaria*, Pisa, Pacini Editore, 2019, p. 133.

²⁶⁹ A. Pulvirenti, *op. cit.*, in *Annali del Seminario Giuridico*, 2001, p. 188.

²⁷⁰ A proposito, F. Fiorentin, *Affettività e sessualità in carcere: luci e ombre di una pronuncia che rimanda al difficile dialogo con il legislatore*, in *Giurisprudenza costituzionale*, fascicolo 6, 2012, p. 4728. Contra, M. Bortolato, *Luci ed ombre di una riforma a metà: i decreti legislativi 123 e 124 del 2 ottobre 2018*, in *Questione Giustizia*, fascicolo 3, 2018, p. 126, consultabile al seguente link: <https://www.questionegiustizia.it/rivista/2018-3.php>, consultato il 27/02/24, «la norma va salutata con estremo favore in quanto apre in qualche modo ad una maggiore considerazione dell’esercizio, tutto “privato”, del diritto all’affettività in ambito carcerario ed apre scenari imprevedibili implicando una possibile sottrazione, seppur limitata, al controllo permanentemente visivo dei colloqui familiari».

²⁷¹ M. Ruaro, C. Santinelli, *Le modalità esecutive e i controlli sullo svolgimento del colloquio*, in F. Della Casa e G. Giostra, *op. cit.*, 2019, p. 248.

regolamentari, sia dipartimentali *infra* capitolo III, ma si può già rilevare come questo sia stato un intervento chiamato a gran voce da studiosi e giuristi, che sulla questione scrivono e discutono da tempo; tentando anche strade poco efficaci come un'interpretazione particolarmente estensiva dell'articolo 18, in cui si è sostenuto che «una soluzione interpretativa volta a favorire la praticabilità di rapporti sessuali nel corso dei colloqui potrebbe fondarsi sul rilievo che la legge impone la *possibilità* del controllo a vista, ma non l'*effettività* di esso, in senso continuativo».²⁷² È stato lo stesso autore, a scrivere nella medesima riga, questa osservazione che sorgerebbe spontanea leggendo di una tale interpretazione: «è ovvio, però, che la dignità della persona non sarebbe pienamente assicurata dalla “distrazione”, più o meno protratta nel tempo, del personale di custodia».²⁷³ E il tema della dignità, soprattutto quando si sta parlando della dignità di persone che sono già soggette ad una privazione della libertà personale non si può ignorare o sottovalutare, a proposito, infatti, c'è anche chi ha sostenuto che così tale articolo violi quanto stabilito all'articolo 3 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.²⁷⁴

Proseguendo con l'analisi della legge penitenziaria si arriva all'articolo 28, rubricato “rapporti con la famiglia”: «particolare cura²⁷⁵ è dedicata a mantenere, migliorare o ristabilire le relazioni dei detenuti e degli internati con le famiglie». È stato sottolineato come tale disposizione, non rappresenti solo una norma giuridica ma «evoc[hi] un impegno, una tensione umana, assidua e costante che coinvolge il presente, il passato, il futuro delle persone, costituito dall'esigenza di “mantenere, migliorare e

²⁷² P. Corso, *op. cit.*, in V. Grevi (a cura di), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Bologna, 1981, p. 183.

²⁷³ *Ibidem*.

²⁷⁴ «Un sistema normativo che consentisse o soltanto tollerasse relazioni sessuali tra detenuti e soggetti provenienti dall'esterno, subordinandole però, al controllo visivo della polizia penitenziaria violerebbe certamente il divieto di sottoporre le persone private della libertà personale a “trattamenti inumani o degradanti”», così A. Pulvirenti, *op. cit.*, p. 188, nota 40.

²⁷⁵ Cura che «va osservata [...] al di là delle possibili ricadute che la stessa potrà avere sotto il profilo trattamentale e a prescindere da valutazioni che afferiscano alla sfera comportamentale del ristretto», così, F. Siracusano, *La conservazione, il rafforzamento, il recupero dei rapporti con la famiglia*, in F. Della Casa e G. Giostra, *op. cit.*, 2019, p. 389. Nello stesso senso, S. Talini, *Diritto inviolabile o interesse cedevole? affettività e sessualità dietro le sbarre (secondo la sentenza n. 301 del 2012)*, in *Studium Iuris*, 10, 2013, p. 1091: «gli istituti volti a migliorare, ristabilire o mantenere le relazioni affettive – in conformità con l'art. 18 ord. penit. – prescindono da una valutazione sulla condotta del soggetto e diventano strumenti del trattamento che l'amministrazione ha l'obbligo di garantire affinché la dimensione familiare continui ad incidere sulle condizioni psico-fisiche del detenuto e sulle sue prospettive di vita futura».

ristabilire le relazioni»²⁷⁶; ed è un impegno non solo in senso propositivo, ma anche di protezione, per cui l'amministrazione «vigil[a] che non sussistano fattori che possano deteriorare tali relazioni, [...] quando risulta che i familiari non mantengono rapporti con il detenuto o l'internato la direzione ne fa segnalazione al centro di servizio sociale per gli opportuni interventi».²⁷⁷

Emerge quindi chiaramente come questa disposizione sia attuazione a livello di normativa primaria di quei principi costituzionali enunciati agli articoli 29, 30, 31, Cost., ma anche all'articolo 27 comma 3, infatti «un'adeguata regolamentazione dei rapporti fra il detenuto e la propria famiglia – strutturata in chiave non solo conservativa, ma anche ricostruttiva [...] rileva su entrambi i versanti della pena costituzionale: sia su quello dell'umanità, sia su quello della finalità rieducativa».²⁷⁸ Natura duale che si manifesta anche rispetto al suo ruolo nella legge penitenziaria, è infatti «sia un elemento centrale del trattamento [...] sia del reinserimento sociale, essendo innegabile il fatto che la famiglia [...] spesso costituisce il primo e più sicuro elemento da cui ripartire».²⁷⁹

L'articolo 28 è importante perché «è la premessa di un reticolo di articolate previsioni che da un lato, danno concreta attuazione alla disposizione qui esaminata e, dall'altro, trovano in questa la premessa per la loro realizzazione»²⁸⁰: da citare fra queste vi è l'articolo 29, (che a sua volta è collegato all'articolo 42 sui trasferimenti, così come il già citato articolo 14), rubricato “comunicazione dello stato di detenzione, dei trasferimenti, delle malattie e dei decessi”²⁸¹.

²⁷⁶ F. Siracusano, *La conservazione, il rafforzamento, il recupero dei rapporti con la famiglia*, in F. Della Casa e G. Giostra, *op. cit.*, 2019, p. 389.

²⁷⁷ A. Ciavola, *Profili di diritto processuale penale e penitenziario in tema di coppie di fatto*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, fascicolo 2, 2014, p. 95, consultabile al seguente link: https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/foto/2396DPC_trim_2_2014.pdf#page=71&view=Fit, consultato il 27/02/24.

²⁷⁸ F. Siracusano, *La conservazione, il rafforzamento, il recupero dei rapporti con la famiglia*, in F. Della Casa e G. Giostra, *op. cit.*, 2019, p. 389.

²⁷⁹ *Ivi*, p. 390. A dimostrazione di ciò, il fatto che le informazioni sulla famiglia siano acquisite già nel momento di ingresso in istituto e in base all'art. 23 co 7 del regolamento esecutivo il soggetto deve indicare se vi siano situazioni che richiedono un intervento immediato.

²⁸⁰ F. Siracusano, *Il contesto normativo: i contatti diretti*, in F. Della Casa e G. Giostra, *op. cit.*, 2019, p. 391.

²⁸¹ «I detenuti e gli internati sono posti in grado d'informare immediatamente i congiunti e le altre persone da essi eventualmente indicate del loro ingresso in un istituto penitenziario o dell'avvenuto trasferimento. In caso di decesso o di grave infermità fisica o psichica di un detenuto o di un internato, deve essere data tempestiva notizia ai congiunti ed alle altre persone eventualmente da lui indicate; analogamente i detenuti e gli internati devono essere tempestivamente informati del decesso o della grave infermità delle persone di cui al comma precedente».

È stato sottolineato come quest'ultima norma operi «su due piani: da una parte, in modo diretto, pone a carico dell'amministrazione un *facere* affinché le previsioni in essa contenute trovino espletamento; dall'altra, indirettamente, costituisce l'ineludibile premessa per l'adeguato esercizio di diritti e facoltà del detenuto e per lo svolgimento di attività condizionate dal nuovo *status*, dalla nuova sistemazione, dall'evolversi delle condizioni – anche di salute – del detenuto e della detenzione».²⁸²

Essa prescrive infatti che detenuti e internati devono essere posti in grado di informare immediatamente i congiunti o altre persone da loro indicate del loro ingresso in un istituto penitenziario o di un eventuale trasferimento; stesso avviso nel caso di decesso, grave infermità fisica e psichica di detenuti o internati (*facere* dell'amministrazione), e per un principio di reciprocità, viceversa nel caso di decesso, grave infermità fisica e psichica di congiunti o persone indicate, i detenuti e gli internati devono essere «tempestivamente» informati.

Avviandosi alla conclusione di questa analisi si possono citare gli articoli 62 e 63 del regolamento di esecuzione²⁸³, complementari rispetto a quanto stabilito dalla legge all'articolo 29, ma se in quest'ultimo si dice che i detenuti devono essere «posti in grado d'informare immediatamente i congiunti e le altre persone da essi eventualmente indicate» dell'ingresso, dei trasferimenti, di decessi, di situazioni di grave infermità fisica o psichica e viceversa, i detenuti devono essere «tempestivamente informati» di decessi o grave infermità fisica e psichica dei loro congiunti o altre persone da essi eventualmente indicate; l'articolo 62 del regolamento di esecuzione prescrive che sia richiesto al

²⁸² F. Siracusano, *Effetti diretti e mediati della previsione*, in F. Della Casa e G. Giostra, *op. cit.*, 2019, p. 401.

²⁸³ «Immediatamente dopo l'ingresso nell'istituto penitenziario, sia in caso di provenienza dalla libertà, sia in caso di trasferimento, al detenuto e all'internato viene richiesto, da parte degli operatori penitenziari, se intenda dar notizia del fatto a un congiunto o ad altra persona indicata e, in caso positivo, se vuole avvalersi del mezzo postale ordinario o telegrafico. Della dichiarazione è redatto processo verbale. La comunicazione, contenuta in una lettera in busta aperta o in modulo di telegramma e limitata alla sola notizia relativa al primo ingresso nell'istituto penitenziario o all'avvenuto trasferimento, è presentata alla direzione, che provvede immediatamente all'inoltro, a carico dell'interessato. Se si tratta di minore o di detenuto o internato privo di fondi, la spesa è a carico dell'amministrazione. Se si tratta di straniero, l'ingresso nell'istituto è comunicato all'autorità consolare nei casi e con le modalità previste dalla normativa vigente.» e «In caso di grave infermità fisica o psichica o di decesso di un detenuto o di un internato, la direzione dell'istituto ne dà immediata comunicazione a un congiunto e alla persona eventualmente da lui indicata, a cura e spese dell'amministrazione con il mezzo più rapido e le modalità più opportune. Non appena la direzione dell'istituto ha notizia della grave infermità o del decesso di un congiunto del detenuto o dell'internato, o di altra persona con cui questi è abitualmente in contatto, deve darne immediata comunicazione all'interessato nelle forme più convenienti. Del decesso di un detenuto o di un internato è data immediata comunicazione anche al magistrato di sorveglianza».

detenuto se voglia o meno comunicare l'avvenuto ingresso in istituto, mentre in base all'articolo 63 rimane fermo che debba essere data immediata comunicazione di infermità e decessi. Per entrambi valgono le riflessioni che si sono appena fatte *supra* riguardo all'articolo 29.

Ulteriore articolo collegato a quanto stabilito dall'articolo 28 è l'articolo 42, rubricato "trasferimenti"²⁸⁴, esso prescrive che nel caso di trasferimento i soggetti sono comunque destinati agli istituti più vicini alla loro dimora o a quella della loro famiglia o al loro centro di riferimento sociale, che si individua tenendo conto di ragioni di studio, formazione, lavoro o salute e l'amministrazione penitenziaria deve dare conto di eventuali ragioni che giustifichino la deroga a queste prescrizioni. Questo articolo, come il citato *supra* articolo 14, è diretta manifestazione del principio di territorialità della pena²⁸⁵. Su tale articolo la riforma del 2018 ha inciso in maniera più evidente che altrove; infatti, se prima di essa quello che era previsto era «un mero *favor* in ordine alla destinazione dei trasferimenti verso istituti prossimi alla famiglia, che non scalfiva minimamente l'ampia discrezionalità dell'amministrazione penitenziaria nella scelta del luogo ove trasferire il detenuto»²⁸⁶, ora essa «ha novellato i co. 2 e 3 dell'art. 42, al fine di rendere effettivi i criteri elaborati nell'ambito del principio di territorialità».²⁸⁷

Altra disposizione sintomatica della propensione esplicitata dal legislatore all'articolo 28 è l'articolo 45: "assistenza alle famiglie e aiuti economico-sociali"²⁸⁸, a

²⁸⁴ «I trasferimenti sono disposti per gravi e comprovati motivi di sicurezza, per esigenze dell'istituto, per motivi di giustizia, di salute, di studio e familiari. Nel disporre i trasferimenti i soggetti sono comunque destinati agli istituti più vicini alla loro dimora o a quella della loro famiglia ovvero al loro centro di riferimento sociale, da individuarsi tenuto conto delle ragioni di studio, di formazione, di lavoro o salute. L'amministrazione penitenziaria dà conto delle ragioni che ne giustificano la deroga. Sulla richiesta di trasferimento da parte dei detenuti e degli internati per ragioni di studio, di formazione, di lavoro, di salute o familiari l'amministrazione penitenziaria provvede, con atto motivato, entro sessanta giorni. I detenuti e gli internati debbono essere trasferiti con il bagaglio personale e con almeno parte del loro peculio».

²⁸⁵ Per impostazione vedi C. Ottaviano, *op.cit.*, in Salvis Juribus. http://www.salvisjuribus.it/gli-apporti-della-giurisprudenza-nel-processo-di-emersione-del-diritto-all'affettivita-dei-diritti-delle-persone-detenute/#_ftn1.

²⁸⁶ M. G. Coppetta, *Il principio di territorialità e i trasferimenti: il criterio della vicinanza alle famiglie e al "centro di riferimento sociale"*, in F. Della Casa e G. Giostra, *op. cit.*, 2019, p. 581.

²⁸⁷ *Ibidem*. Nello stesso senso M. L. Di Bitonto, *Trasferimenti e principio di territorialità dell'esecuzione della pena*, in F. Fiorentin e F. Siracusano (a cura di), *L'esecuzione penale. Ordinamento penitenziario e leggi complementari*, Varese, Giuffrè Lefebvre, 2019, p. 545. Contra, F. Fiorentin, *La riforma penitenziaria*, Varese, Giuffrè Lefebvre, 2018, p. 79.

²⁸⁸ «il trattamento dei detenuti e degli internati è integrato da un'azione di assistenza alle loro famiglie. Tale azione è rivolta anche a conservare e migliorare le relazioni dei soggetti con i familiari e a rimuovere le difficoltà che possono ostacolare il reinserimento sociale. È utilizzata, all'uopo, la collaborazione degli enti pubblici e privati qualificati nell'assistenza sociale. Ai fini della realizzazione degli obiettivi indicati dall'articolo 3, commi 2 e 3, della legge 8 novembre 2000, n. 328, il detenuto o l'internato privo di residenza anagrafica è iscritto, su segnalazione del direttore, nei registri della popolazione residente del comune dove

proposito, è stato sottolineato un elemento importantissimo: «l'assistenza alle famiglie dei detenuti non è concepita come un fatto sporadico, dato che l'art. 45 [...] la considera come una vera componente "integrante" del trattamento rieducativo, in quanto volta a "conservare e migliorare le relazioni dei soggetti con i familiari"».²⁸⁹

Assistenza da svolgersi quindi «soprattutto nel periodo che segue immediatamente la carcerazione – e specialmente, nei confronti del familiare di età minore»,²⁹⁰ ma anche nel momento del rientro: «proprio perché non assolve a finalità pietistiche, ma è preordinata al riadattamento in società dei detenuti [...]».²⁹¹

Queste previsioni sono meglio specificate all'articolo 94 del regolamento di esecuzione, rubricato "assistenza alle famiglie"²⁹², che prende in considerazione sia il momento della separazione nell'ottica di un mantenimento e miglioramento dei rapporti, sia il momento del ritorno nell'ottica di rimuovere gli ostacoli alla risocializzazione.²⁹³

Tuttavia, il rischio che queste disposizioni rimangano prive di alcuna concretizzazione è stato evidenziato da diversi autori²⁹⁴ e si ritiene particolarmente incisiva la riflessione di chi ha sottolineato come «il valore di questo insistito *favor familiae* sta, in fondo, altrove. Esso non sottende propositi rieducativi, ma tradisce una consapevolezza che il legislatore vorrebbe negare con pudore, e che però finisce con l'ammettere in spiragli freudiani: la consapevolezza che il carcere è di per sé stesso fattore di degradazione della personalità, e che la prima opera da compiere in vista di una problematica rieducazione sta nel circoscrivere tale disgregazione».²⁹⁵

è ubicata la struttura. Al condannato è richiesto di optare tra il mantenimento della precedente residenza anagrafica e quella presso la struttura ove è detenuto o internato. L'opzione può essere in ogni tempo modificata».

²⁸⁹ P. Corso, *op. cit.*, in V. Grevi (a cura di), *op. cit.*, p. 193.

²⁹⁰ F. Siracusano, *Altre ricadute normative: l'assistenza alla famiglia*, in F. Della Casa e G. Giostra, *op. cit.*, 2019, p. 395. È importante anche perché tutela l'altra componente del rapporto che subisce gli effetti della detenzione, cioè il coniuge, il partner, i figli, come si è già detto supra, capitolo II, par. 2.2, p. 39.

²⁹¹ P. Corso, *op. cit.*, in V. Grevi (a cura di), *op. cit.*, p. 193.

²⁹² «nell'azione di assistenza alle famiglie dei detenuti e degli internati, prevista dall'articolo 45 della legge, particolare cura è rivolta alla situazione di crisi che si verifica nel periodo che segue immediatamente la separazione dal congiunto. In tale situazione, deve essere fornito ai familiari, specialmente di età minore, sostegno morale e consiglio per aiutarli a far fronte al trauma affettivo, senza trascurare i problemi pratici e materiali eventualmente causati dall'allontanamento del congiunto. Particolare cura è, altresì, rivolta per aiutare le famiglie dei detenuti e degli internati nel periodo che precede il loro ritorno».

²⁹³ Cfr. M. G. Coppetta, *Contenuti dell'assistenza alle famiglie*, in F. Della Casa e G. Giostra, *op. cit.*, 2019, p. 596.

²⁹⁴ Si rinvia a V. Grevi, *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario a cinque anni dalla riforma*, in V. Grevi (a cura di), *op. cit.*, p. 39; a G. M. Napoli, *Il regime penitenziario*, Varese, Giuffrè Editore, 2012, p. 49 e ss.

²⁹⁵ E. Fassone, *op. cit.*, p. 215.

L'articolo 94 è completato dal seguente articolo 95, rubricato "integrazione degli interventi nell'assistenza alle famiglie e ai dimessi",²⁹⁶ che prescrive le modalità concrete con cui il servizio sociale deve mantenere i contatti con gli organi locali per l'assistenza e anche con gli enti pubblici e privati.

Ancora un articolo²⁹⁷, che seppure privo di manifestazioni programmatiche o di espliciti riferimenti all'importanza di mantenere legami con l'esterno, implicitamente, può essere citato per evidenziare come la legge di ordinamento penitenziario intenda il ruolo svolto dalla famiglia durante l'esecuzione della pena è l'articolo 57, "legittimazione alla richiesta di misure"²⁹⁸. Esso, infatti, prescrive che sono legittimati alla richiesta di misure alternative, di permessi, di permessi premio, di licenze nel caso di condannato ammesso al regime di semilibertà, di licenze agli internati, di liberazione anticipata, di remissione del debito (proposta anche dal consiglio di disciplina vedi art. 6 115/2002), oltre al condannato, all'internato, al gruppo di osservazione e trattamento, anche i prossimi congiunti²⁹⁹. Prevede quindi un ruolo attivo di questi ultimi in una delle componenti più importanti del trattamento penitenziario, le misure alternative al carcere, che sono gli strumenti con cui una persona sperimenta una modalità differente di detenzione e che proprio nei loro presupposti prevedono anche un coinvolgimento del nucleo familiare o comunque della cerchia sociale di riferimento; si pensi solo alla possibilità di essere ospitati in casa da qualche familiare qualora non si abbia un proprio domicilio, o a quelle disposizioni della legge di ordinamento penitenziario che prevedono per l'esecuzione di tali misure alternative un coinvolgimento diretto dei familiari.

È evidente dall'analisi di tutte queste norme l'evoluzione da un carcere isolato ad un carcere abitato da persone, con legami che non devono essere recisi per il solo fatto di scontare una privazione della libertà personale, perché, come si è già detto sin dal primo

²⁹⁶ «Nello svolgimento degli interventi a favore delle famiglie dei detenuti e degli internati e di quelli a favore dei dimessi, il centro di servizio sociale e il consiglio di aiuto sociale mantengono contatti con gli organi locali competenti per l'assistenza e con gli enti pubblici e privati che operano nel settore. Ai detti organi ed enti sono rappresentate le speciali esigenze dell'assistenza penitenziaria e post-penitenziaria e il modo più appropriato per tenerle presenti nei loro programmi».

²⁹⁷ Per impostazione vedi C. Ottaviano, *op. cit.*, in Salvis Juribus. http://www.salvisjuribus.it/gli-apporti-della-giurisprudenza-nel-processo-di-emersione-del-diritto-allaffettivita-dei-diritti-delle-persone-detenute/#_ftn1.

²⁹⁸ «Le misure alternative e quelle di cui agli articoli 30, 30-ter, 52, 53 e 54 nonché all'articolo 6 del decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115, possono essere richieste dal condannato, dall'internato, dai loro prossimi congiunti, dal difensore, ovvero proposte dal gruppo di osservazione e trattamento».

²⁹⁹ Per un approfondimento su tale formula si rinvia a R. Sottanis, (*Segue*): *i prossimi congiunti*, in F. Della Casa e G. Giostra, *op. cit.*, 2019, pp. 828-829.

capitolo di questa trattazione³⁰⁰, ciò a cui si viene sottoposti quando si viene condannati alla pena della reclusione è solo la perdita della libertà personale, non la perdita di tutta quella serie di diritti e componenti della vita che costituiscono un nucleo minimo ed inscalfibile di tutele che rimangono in capo alla persona ristretta in quanto persona. Tra questi, quello di vedere continuate, qualora ovviamente questo sia proficuo per il benessere psico-fisico del detenuto e quindi di conseguenza utile per la riuscita di un programma di trattamento, le relazioni che si erano intessute prima della detenzione.

Si può citare anche l'articolo 83 del regolamento, rubricato "trasferimenti", limitatamente al primo comma: «nei trasferimenti per motivi diversi da quelli di giustizia o sicurezza si tiene conto delle richieste espresse dai detenuti e dagli internati in ordine alla destinazione». Richieste che ben possono basarsi sul desiderio di non essere trasferiti in carceri lontani dal proprio nucleo familiare e sociale.

Ulteriori norme che si ritengono essere manifestazione del *favor familiae* sono l'articolo 41bis limitatamente al comma 2-quater, lett. *b*, in cui si stabilisce un divieto generale di colloqui dato l'obiettivo di contenimento della pericolosità sociale di quel soggetto che giustifica l'imposizione del regime differenziato, tranne che per quelli con i familiari e i conviventi, che sono quindi le uniche persone legittimate; l'articolo 47, limitatamente al comma 9, che impone al servizio sociale di adoperarsi per consentire al condannato di avere contatti con la famiglia e gli altri suoi ambienti di vita.

Si è scelto volutamente di non citare in questa rassegna gli articoli 30³⁰¹ e 30-ter³⁰² della legge di ordinamento penitenziario poiché uno costituisce una possibilità

³⁰⁰ Capitolo I, par. 1.1, pp. 15-16.

³⁰¹ «Nel caso di imminente pericolo di vita di un familiare o di un convivente, ai condannati e agli internati può essere concesso dal magistrato di sorveglianza il permesso di recarsi a visitare, con le cautele previste dal regolamento, l'infermo. Agli imputati il permesso è concesso dall'autorità giudiziaria competente a disporre il trasferimento in luoghi esterni di cura ai sensi dell'articolo 11. Analoghi permessi possono essere concessi eccezionalmente per eventi familiari di particolare gravità. Il detenuto che non rientra in istituto allo scadere del permesso senza giustificato motivo, se l'assenza si protrae per oltre tre ore e per non più di dodici, è punito in via disciplinare; se l'assenza si protrae per un tempo maggiore, è punibile a norma del primo comma dell'articolo 385 del Codice penale ed è applicabile la disposizione dell'ultimo capoverso dello stesso articolo. L'internato che rientra in istituto dopo tre ore dalla scadenza del permesso senza giustificato motivo è punito in via disciplinare».

³⁰² «Ai condannati che hanno tenuto regolare condotta ai sensi del successivo comma 8 e che non risultano socialmente pericolose, il magistrato di sorveglianza, sentito il direttore dell'istituto, può concedere permessi premio di durata non superiore ogni volta a quindici giorni per consentire di coltivare interessi affettivi, culturali o di lavoro. La durata dei permessi non può superare complessivamente quarantacinque giorni in ciascun anno di espiazione. Per i condannati minori di età la durata dei permessi premio non può superare ogni volta i trenta giorni e la durata complessiva non può eccedere i cento giorni in ciascun anno di espiazione. L'esperienza dei permessi premio è parte integrante del programma di trattamento e deve essere seguita dagli educatori e assistenti sociali penitenziari in collaborazione con gli operatori sociali del

eccezionale che si applica solo a situazioni particolarmente gravi come la morte imminente di un familiare, l'altro è invece un premio, con una platea limitata di destinatari e che viene concesso solo appunto dopo che sono state soddisfatte determinate condizioni. Si ritiene dunque che né l'uno, né l'altro, possano costituire indicatori di un'intenzione di base del legislatore di voler garantire e tutelare i rapporti familiari, affettivi, relazionali, ma che siano l'uno uno strumento di umanità che era impossibile non prevedere, l'altro una scelta del legislatore creata però non con la sola finalità di favorire lo sviluppo di relazioni, ma per servire i più svariati fini, anche per esempio quello di andare a sostenere un esame all'università.

Si è evidenziato dunque che «il vigente ordinamento penitenziario disconosce [...] il diritto alla libertà sessuale, malgrado lo stesso rientri sicuramente tra i diritti inviolabili dell'uomo, che, in quanto “*riconosciuti*” e “*garantiti*” dall'art. 2 Cost., non necessitano di un'esplicita *autorizzazione* da parte del legislatore ordinario».³⁰³

A tal proposito è stato infatti sottolineato come «il diritto alla libertà sessuale trova un'indiretta garanzia tra gli istituti premiali che consentono al detenuto di lasciare provvisoriamente il carcere».³⁰⁴

Nei lavori che hanno preceduto la pubblicazione della legge 354 del 1975 si aveva con lungimiranza ipotizzato un permesso particolare, «anche al fine di mantenere le [...] relazioni umane»³⁰⁵, purtroppo il disegno di legge era del Senato ma non fu approvato

territorio. La concessione dei permessi è ammessa: a) nei confronti dei condannati all'arresto o alla reclusione non superiore a quattro anni anche se congiunta all'arresto; b) nei confronti dei condannati alla reclusione superiore a quattro anni, salvo quanto previsto dalla lettera c), dopo l'espiazione di almeno un quarto della pena; c) nei confronti dei condannati alla reclusione per taluno dei delitti indicati nei commi 1, 1-ter e 1-quater dell'articolo 4 bis, dopo l'espiazione di almeno metà della pena e, comunque, di non oltre dieci anni; d) nei confronti dei condannati all'ergastolo, dopo l'espiazione di almeno dieci anni. Nei confronti dei soggetti che durante l'espiazione della pena o delle misure restrittive hanno riportato condanna o sono imputati per delitto doloso commesso durante l'espiazione della pena o l'esecuzione di una misura restrittiva della libertà personale, la concessione è ammessa soltanto decorsi due anni dalla commissione del fatto. Si applicano, ove del caso, le cautele previste per i permessi di cui al primo comma dell'articolo 30 si applicano altresì le disposizioni di cui al terzo e al quarto comma dello stesso articolo. Il provvedimento relativo ai permessi premio è soggetto a reclamo al tribunale di sorveglianza, secondo le procedure di cui all'articolo 30 bis. La condotta dei condannati si considera regolare quando i soggetti, durante la detenzione, hanno manifestato costante senso di responsabilità e correttezza nel comportamento personale, nelle attività organizzate negli istituti e nelle eventuali attività lavorative o culturali».

³⁰³ A. Pennisi, *op. cit.*, p. 170.

³⁰⁴ A. Pulvirenti, *op. cit.*, Annali, pp. 190. Nello stesso senso A. Pennisi, *op. cit.*, p. 170: «le uniche possibilità di coltivare i rapporti sessuali per il detenuto dipendono dalla possibilità di attuare un trattamento penitenziario *esterno*».

³⁰⁵ Si tratta del disegno di legge approvato dal Senato il 18 dicembre 1973, così citato da A. Pulvirenti, *op. cit.*, p. 191, nota 44 e A. Pennisi, *op. cit.*, p. 170. Per un approfondimento E. D'Angelo, *La disciplina dei permessi*, in V. Grevi (a cura di), *op. cit.*, pp. 197 ss.

dalla Camera³⁰⁶ e con la successiva riforma del 1986 si fece un passo indietro³⁰⁷, poiché si fece «riferimento agli “interessi affettivi”, anziché ad un concetto più neutro, quale avrebbe potuto essere quello del mantenimento delle “relazioni umane”».³⁰⁸

Ulteriori riserve nel definire il permesso premio come la soluzione al problema dell'esercizio della sessualità in carcere derivano dal fatto che per come esso è disciplinato «[...] non [è] funzional[e] alla realizzazione della libertà sessuale nella sua accezione originaria di diritto della personalità che prescinde da condotte detentive meritorie (collegate alla funzione rieducativa della pena)».³⁰⁹

È stato infatti evidenziato come essi abbiano piuttosto una «natura risocializzativa e special-preventiva»³¹⁰, dimostrata dal fatto che si basano su una concessione «dal carattere discrezionale»³¹¹; che è lo stesso comma 3 dell'articolo a specificare che «l'esperienza dei permessi premio è parte integrante del programma di trattamento», con ciò stabilendo che «l'introduzione di tali permessi, valorizzando in concreto le possibilità risocializzanti di quei detenuti che accettano l'espiazione della pena ed anzi collaborano attivamente con il trattamento [...] ha arricchito il sistema di un nuovo strumento con

³⁰⁶ Si veda A. Pennisi, *op. cit.*, p. 170.

³⁰⁷ Alcuni autori hanno invece rilevato diversamente come con la formulazione del 1986 si è così dato all'istituto «un maggior equilibrio e una caratterizzazione propria non più facilmente riconducibile allo stereotipo del “permesso d'amore”», così G. Zappa, *Il permesso premiale: analisi dell'istituto e profili operativi*, in *Rassegna Penitenziaria e Criminologica*, 1-3, 1988, p. 6 e ripreso da G. Di Gennaro, R. Breda, G. La Greca, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, Varese, Giuffrè, 1997, p. 184. Nell'opinione di chi scrive è sicuramente un bene che si sia, almeno nella formulazione, superato lo stereotipo, ma allo stesso tempo si tratta di un passo indietro poiché non è stato previsto un istituto in grado di garantire il diritto alla sessualità.

³⁰⁸ A. Pulvirenti, *op. cit.*, p. 191.

³⁰⁹ *Ivi*, p. 190-191. Nello stesso senso A. Pennisi, *op. cit.*, p. 171: «non si tratta, però, di un istituto funzionale alla realizzazione della libertà sessuale, quale diritto della personalità, che, in quanto tale, deve prescindere da condotte detentive meritorie e ritenersi conciliabile con il regime carcerario».

³¹⁰ G. Zappa, *op. cit.*, p. 7. Si veda contra G. Di Gennaro, R. Breda, G. La Greca, *op. cit.*, p. 185: «noi che siamo dell'avviso che il permesso premio non possa essere definito come istituto proprio del trattamento, ne ammettiamo, tuttavia, il suo carattere di eventuale influenza positiva sul comportamento del detenuto, e quindi come una possibile occasione ai fini del trattamento; [...] il richiamo alle finalità di “coltivare interessi affettivi, culturali o di lavoro” si inquadra certamente in una volontà di aiuto dato ai soggetti per l'esplicazione di attività che hanno un significato positivo rispetto all'obiettivo della loro rieducazione. Ma il contemporaneo riferimento al requisito dell'ammissibilità, che consiste nella semplice regolarità della condotta, e che quindi ammette al beneficio anche coloro che non intendono partecipare all'opera di rieducazione, ne sottolinea la differenza, non solo rispetto al permesso di necessità, ma anche rispetto agli altri benefici e ricompense che si atteggiano come vere e proprie misure di trattamento».

³¹¹ A. Pulvirenti, *op. cit.*, p. 191. Sul carattere discrezionale di tale concessione si veda G. La Greca, *La disciplina dei permessi premio nel quadro del trattamento penitenziario*, in V. Grevi (a cura di), *L'ordinamento penitenziario dopo la riforma. (L. 10 ottobre 1986 N. 6639)*, Padova, CEDAM, 1988, p. 143: «in presenza degli indispensabili presupposti soggettivi ed oggettivi, il magistrato di sorveglianza “può” concedere il permesso premio. È escluso quindi ogni automatismo, mentre il giudice è titolare di un ampio margine di apprezzamento».

finalità potenziali sconfinata [...]);³¹² che è prevista una «restrizione tipologica dei destinatari (il permesso premio può essere concesso solo ai condannati)».³¹³

Tutto questo porta ad «escludere, quindi, che [i permessi premio] possano essere utilizzati per la gestione ordinaria delle esigenze sessuali dei detenuti».³¹⁴ Questo perché quanto si sostiene in questo lavoro è che essendo il diritto alla sessualità un diritto, anche per le persone private della libertà personale, occorre scorporarlo dalla logica dei permessi premio, esso non deve essere considerato in un'ottica premiale. Ad oggi, essendo intervenuta la Consulta con la pronuncia di illegittimità dell'articolo 18, si ritiene che sia ancora più urgente la creazione da parte del legislatore di un istituto ad hoc, così da permettere poi sul piano pratico all'amministrazione penitenziaria di poter attuare e garantire tale diritto, ma su questo si ritornerà *infra*, capitolo III.

2.4. *Proposte di riforma presentate e calendarizzate, ma poi dimenticate*

Nei precedenti capitoli e paragrafi, analizzando quello che è lo status quo della disciplina a livello internazionale e sovranazionale, costituzionale, di legislazione primaria e secondaria, si è più volte accennato a tentativi, proposte di riforma, di cui la materia dell'esecuzione penale in Italia è sì effettivamente costellata, ma tutti con un esito deprimente; infatti, la maggior parte di questi tentativi di riforma o non sono stati poi concretizzati, o non hanno portato ad un effettiva e strutturale riforma di quelle che sono le criticità della materia; o, come nel caso del diritto all'affettività e sessualità in carcere, per via di precise scelte politiche si è preferito ignorare anche quegli slanci di studiosi e giuristi che avevano invece provato a immaginare una pena – detentiva e alternativa – diversa.

Scegliendo di utilizzare un criterio cronologico per approfondire le proposte di legge in materia di affettività e sessualità si deve iniziare con la proposta «Folena»³¹⁵,

³¹² G. Zappa, *op. cit.*, p. 9. Dato che si è scelto di riportare come diversamente vengano intesi i permessi premio da altra parte della dottrina, si ritiene utile riportare anche quanto questa altra parte della dottrina sostenga in merito alla formulazione del comma 3 dell'articolo, si riporta dunque G. La Greca, *op. cit.*, in V. Grevi (a cura di), *op. cit.*, p. 143: «la finalità di coltivare particolari interessi e l'integrazione nel trattamento presentano tra loro una stretta connessione. La rilevanza dell'attività per il soggetto può infatti essere adeguatamente valutata in ragione della conoscenza della sua condizione personale e delle sue prospettive di reinserimento sociale».

³¹³ A. Pulvirenti, *op. cit.*, p. 191.

³¹⁴ *Ivi*, pp. 191-192.

³¹⁵ Per il nome del primo firmatario, ma è stata un'iniziativa del seguente gruppo di deputati: Serafini, Bonito, Olivieri, Cesetti, Saraceni, Lucidi, Siniscalchi, Schietroma, Carboni, Altea, Parrelli.

essa risale al 13 giugno 1996 e contiene la proposta di riformulazione di una serie di articoli: si prevede un nuovo comma all'articolo 5 della legge 354 del 1975 – quello che si occupa delle caratteristiche degli edifici penitenziari – che recita così: «negli edifici penitenziari devono essere realizzati locali idonei a consentire al detenuto di intrattenere relazioni strettamente personali ed affettive»;³¹⁶ si prevede poi un nuovo articolo, l'articolo 28-bis, che recita: «al fine di consolidare i rapporti affettivi con la famiglia, oltre ai colloqui previsti dall'articolo 18 del codice penale e dall'articolo 35 del regolamento approvato con decreto del Presidente della Repubblica 29 aprile 1976, n. 431, il detenuto ha diritto a godere di una visita al mese, della durata non inferiore alle quattro ore consecutive, con il proprio coniuge o convivente, nei locali adatti e senza alcun controllo visivo»;³¹⁷ un nuovo articolo 28-ter, ulteriore esplicitazione di quanto stabilito dal nuovo 28-bis: «i detenuti hanno altresì diritto a trascorrere la terza domenica di ogni mese, a partire dalle ore 14,00, con la famiglia nelle aree verdi esistenti presso le case di reclusione, sotto il controllo visivo del personale addetto a tale vigilanza. Qualora, per il numero elevato di detenuti o per ragioni di sicurezza, non sia possibile garantire a ciascun detenuto od internato il diritto di cui al comma 1, la direzione del carcere predispone un apposito calendario utilizzando il sistema delle rotazioni»;³¹⁸ un nuovo articolo a completare quelli sui permessi, l'articolo 30-quater: «al detenuto in espiazione di pena che abbia manifestato una particolare intensità di rapporti con la famiglia, ed in particolare con il coniuge, con il convivente o con i familiari, il giudice di sorveglianza può concedere un permesso della durata non superiore ai quindici giorni per ogni semestre di carcerazione». ³¹⁹

Risulta evidente come già nel 1996 si fosse con precisione individuato, come scrivono gli stessi deputati nella relazione che accompagna la proposta, che «un'area spesso trascurata nella normale gestione del trattamento è costituita dalla fruibilità delle normali relazioni affettive. Si assiste spesso ad una visione riduttiva che trascura l'impatto che una normale, corretta e sana vita affettiva può ingenerare anche al fine di un recupero sostanziale delle normali relazioni con il contesto familiare e sociale». ³²⁰

³¹⁶ Proposta di legge consultabile sul sito della Camera dei deputati al seguente link: <http://leg13.camera.it/dati/leg13/lavori/stampati/pdf/1503.pdf>, consultato il 28/02/24.

³¹⁷ *Ibidem.*

³¹⁸ *Ibidem.*

³¹⁹ *Ibidem.*

³²⁰ *Ibidem.*

Dalle proposte contenute nel disegno di legge emerge chiaramente anche quali fossero le criticità da risolvere perché tale diritto potesse venire garantito, perlopiù criticità di tipo organizzativo, dovute alla mancanza di locali o al grande numero dei detenuti. Purtroppo, si deve con rammarico constatare come quelle stesse difficoltà oggi siano solamente peggiorate e quindi, finché non si interverrà in maniera strutturale sull'edilizia penitenziaria³²¹, e di conseguenza sul sovraffollamento, proposte come questa continueranno ad essere lettera morta; anzi così le difficoltà organizzative potranno continuare ad essere addotte da chi, invece per ragioni di principio, non vuole vedere garantito tale diritto.³²²

Nonostante l'importanza e la novità di tale proposta, non fu neanche discussa.³²³ Inoltre, si ritiene importante evidenziare che in tale disegno di legge «l'estrinsecazione della dimensione “sessuale” venga considerato non quale “diritto” assoluto, intangibile ed illimitato, ma quale modalità di una vita affettiva riconosciuta nell'ambito del matrimonio o di un rapporto di convivenza *more uxorio*».³²⁴ Si vedrà *infra*, proposta di legge «Boato», come tale concezione è destinata ad evolversi (par. 2.4, p. 63).

Immediatamente successiva è la proposta di legge «Pisapia», dal nome del deputato che l'ha presentata il 28 febbraio 1997, a distanza quindi di neanche un anno dalla proposta «Folena». La proposta Pisapia prevede anche essa nuove disposizioni contenenti la previsione di visite senza controllo visivo, la predisposizione di idonei locali, un nuovo tipo di permesso per fini “affettivi”, ma soprattutto, di ulteriormente innovativo vi è la proposta di un nuovo articolo, così formulato: «i detenuti o gli internati stranieri possono essere autorizzati a colloqui telefonici con i propri familiari residenti all'estero o con le persone conviventi residenti all'estero una volta ogni quindici giorni; la durata della

³²¹ In questo senso, G. Mastropasqua, *op. cit.*, p. 73: «in primo luogo è necessario ripensare l'edilizia carceraria, al fine di assicurare sul piano logistico e strutturale la disponibilità di luoghi e spazi adeguati che consentano alle persone ristrette di coltivare in modo autentico e pieno le relazioni affettive con le persone libere; da ciò deriva altresì l'urgenza di reperire e destinare fondi sufficienti per realizzare questi spazi all'interno degli istituti penitenziari».

³²² E a proposito, *ibidem*: «occorre anche far maturare in una parte del personale operante nel settore, e soprattutto, nella stessa comunità civile una sensibilità diversa e un approccio culturale nuovo in ordine alle problematiche carcerarie e al dovere di garantire in concreto negli istituti penitenziari l'esercizio dei diritti inviolabili delle persone ristrette».

³²³ Si veda a proposito A. Gadaleta, S. Lupo, S. Irianni (a cura di), *op. cit.*, Le Dispense dell'ISSP, 3, 2013, p. 31.

³²⁴ *Ivi*, p. 32.

corrispondenza telefonica è di quindici minuti per ciascun colloquio ordinario non effettuato».³²⁵

Si tratta di una disposizione dalla portata evidentemente innovativa e che anche oggi, nel 2024, soprattutto alla luce di carceri popolate per lo più da persone straniere eserciterebbe un'efficacia pregnante.

Parallela alla proposta «Pisapia» vi è la proposta «Manconi»³²⁶ presentata dal senatore il 9 maggio 1997, distante quindi solo pochi mesi dalla proposta Folena e infatti identica per quanto riguarda il contenuto, ma che viene appunto presentata al Senato, tentando così di sollecitare il Parlamento in entrambe le sue camere, a dimostrazione della sentita urgenza di un intervento sul tema.

Antecedente di soli tre giorni alla proposta Manconi vi è la circolare del 6 maggio 1997³²⁷, emanata dall'allora Capo del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria Michele Coiro, in cui egli chiede ai direttori degli istituti penitenziari «un monitoraggio dei locali e degli ambienti idonei da dedicare alle cosiddette “visite riservate”»³²⁸ e «di pronunciarsi sulla possibilità di umanizzare le case di reclusione».³²⁹ Si deve riscontrare che «pochi furono i direttori che diedero seguito alla richiesta».³³⁰

In ordine di tempo seguirebbe la proposta di riforma del regolamento di esecuzione penitenziaria presentata da Alessandro Margara nel 1999, in qualità di allora direttore generale del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria, ma dato il diverso ruolo che ebbe quest'ultima nel dibattito sul tema si rinvia *infra*, par. 2.4.1.

Dal punto di vista dell'attività parlamentare segue la proposta «Boato»³³¹ del 12 luglio 2002, che si caratterizza come uno dei primi risultati di quel diverso impatto che

³²⁵ Proposta di legge consultabile presso il sito della Camera dei deputati al seguente link: http://leg13.camera.it/_dati/leg13/lavori/stampati/pdf/3331.pdf, consultato il 28/02/24.

³²⁶ Consultabile al seguente link: <https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00002517.pdf>, consultato il 28/02/24.

³²⁷ Circolare prot. n. 139795/4 -2-1-Coll del 6 maggio 1997.

³²⁸ A. Gadaleta, S. Lupo, S. Irianni (a cura di), *op. cit.*, Le Dispense dell'ISSP, 3, 2013, p. 32.

³²⁹ P. Brunetti, *Il diritto all'affettività delle persone recluse*, in Rassegna penitenziaria e criminologica, fascicolo 3, 2008, p. 118.

³³⁰ A. Gadaleta, S. Lupo, S. Irianni (a cura di), *op. cit.*, Le Dispense dell'ISSP, 3, 2013, p. 33.

³³¹ Boato è di nuovo, il nome del primo firmatario, in questo caso gli altri firmatari furono Ruggeri, Biondi, Folena, Pecorella, Gironda Veraldi, Montecchi, Mazzoni, Mascia, Maura Cossutta, Buemi, Cento, Moroni, Mazzuca, Detomas, Pittelli, Ruz- Zante, Cola, Bressa, Lucchese, Russo Spena, Pistone, Ceremigna, Cima, Nicolosi, Damiani, Vitali, Bonito, Trantino, Fanfani, Deiana, Villetti, Zanella, Milioto, Tarditi, Siniscalchi, Fragala', Molinari, Bulgarelli, Saponara, Carbonella, Perlini, Soda, Boccia, Di Serio D'antona, Carra, Bolognesi, Santino Adamo Loddo, Amici, Camo, Carboni, Bimbi, Cazzaro, Colasio, Frigato, Chiaromonte, Rocchi, Giacco, Grignaffini, Grillini, Pinotti, Sasso, Trupia, Zanotti, proposta consultabile al seguente link:

ebbe la proposta Margara, infatti alla proposta del 2002 sono preceduti, come scritto nella medesima relazione alla stessa, «analisi, studio, confronto fra le associazioni impegnate in ordine alle problematiche del carcere; un lavoro politico e parlamentare svolto nella XIII legislatura; e infine, [il lavoro] del gruppo tecnico coordinato appunto dal dottor Alessandro Margara».³³² Ciò che di importante si afferma in tale relazione è che l'esito – purtroppo negativo come si vedrà *infra* par. 2.4.1 – della proposta Margara, «non incise, e non avrebbe potuto farlo, sul riconoscimento del diritto all'affettività come parte di una politica per i diritti nel carcere [...]».³³³ Di particolarmente rilevante tra le varie nuove disposizioni che la proposta aveva previsto, oltre a quelle simili alle precedenti a proposito di visite senza controllo visivo, vi è che esplicitamente e per la prima volta in questa occasione, i deputati chiedono che venga inserita all'interno della legge penitenziaria l'espressione «diritto all'affettività», prevedendosi che questa venga aggiunta alla rubrica dell'articolo 28,³³⁴ viene previsto che qualora non venga effettuato un colloquio ordinario possa esserne previsto uno aggiuntivo e si ipotizza una riformulazione del secondo comma dell'articolo 30 o.p. in tema di permessi di necessità, prevedendo che non si utilizzi più l'espressione «particolare gravità» ma «particolare rilevanza», aprendo quindi la possibilità anche ad eventi non per forza tragici ma anche lieti.³³⁵ D'altra parte, si deve constatare come la novità riservata alla popolazione carceraria straniera già in questa proposta viene a mancare.

Successiva è la proposta «Malabarba» presentata dal senatore il 28 aprile 2006³³⁶, successiva in ordine di tempo ma identica nei contenuti a quella già proposta dal deputato Pisapia e dal senatore Manconi nel 1997.

Segue ancora la proposta «Schirru» del 21 ottobre 2010³³⁷, anche essa identica nei contenuti a quella «Pisapia», «Manconi», «Malabarba».

http://leg14.camera.it/dati/leg14/lavori/schedela/trovaschedacamera_wai.asp?PDL=3020, consultato il 28/02/24.

³³² *Ibidem*.

³³³ *Ibidem*.

³³⁴ Cfr. A. Gadaleta, S. Lupo, S. Irianni (a cura di), *op. cit.*, Le Dispense dell'ISSP, 3, 2013, p. 28. A differenza di quanto invece detto nella proposta Folena, come si è sottolineato *supra*, par. 2.4, p. 62, nota 322.

³³⁵ L'articolo non è poi stato modificato ma la giurisprudenza da tempo dibatte sull'interpretazione, per cui per un approfondimento si rinvia ad altra sede.

³³⁶ Consultabile al seguente link: <https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/DF/174555.pdf>, consultato il 28/02/24.

³³⁷ Consultabile al seguente link: <http://documenti.camera.it/dati/leg16/lavori/stampati/pdf/16PDL0044210.pdf>, consultato il 28/02/24.

Si arriva a una nuova proposta, dei senatori Della Seta e Ferrante, del 24 luglio 2012³³⁸, la quale recupera invece i contenuti della proposta «Boato» di 10 anni prima; dunque, per quanto riguarda le riflessioni si rimanda *supra* par. 2.4, p. 63, ma essa viene presentata non di nuovo alla Camera, bensì al Senato.

Si giunge infine³³⁹ alla proposta «Zan» del 4 novembre 2013³⁴⁰, la quale nuovamente, propone i medesimi contenuti della proposta «Boato».

È evidente da questa rassegna che nessuna di queste proposte di legge sia poi diventata effettivamente legge, neppure l'ultima del 2013 – si approfondirà ciò che l'ha succeduta *infra*, paragrafi 2.4.2 e 2.4.3 – per quanto riguarda queste otto proposte è stato definito «pregnante e icastico che tutti questi progetti di legge, presentati e calendarizzati per la discussione, non abbiano mai avuto seguito nell'iter di discussione degli stessi. Casualità, priorità altre o scelta politica velata?». ³⁴¹

2.4.1 Il diverso impatto della proposta Margara nel 1999: il progetto di riforma del regolamento di esecuzione penitenziaria

Come si era accennato *supra* par. 2.4 p. 63, negli stessi anni in cui venivano presentate le suddette proposte di legge ci fu anche quella di riforma del regolamento di esecuzione che accompagna la legge di ordinamento penitenziario. La proposta di riforma è del 1999 e si deve ad Alessandro Margara, allora capo del DAP e a Franco Corleone, al tempo Sottosegretario alla Giustizia, entrambi infatti sostenevano che si sarebbe potuto creare un carcere «in cui la pena non [avesse] nulla di afflittivo oltre la perdita della

Prende il nome dal primo firmatario, appunto il deputato Schirru, ma è stata firmata anche dai seguenti deputati: Codurelli, Boccuzzi, Froner, Gneccchi, Mattesini, Melis, Miglioli, Rampi, Samperi, Tidei.

³³⁸ Consultabile al seguente link: <https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00677441.pdf>, consultato il 28/02/24.

³³⁹ Tra la proposta Della Seta e Ferrante e la proposta Zan si è avuto un intervento della Corte costituzionale sul tema, si tratta della sentenza 301 dell'11 dicembre 2012, classificata però come sentenza monito e in cui la Corte non ha dichiarato l'incostituzionalità dell'articolo 18, su cui era stata chiamata a pronunciarsi, dal momento che però questa sentenza contribuì al dibattito sul tema e la Corte vi ha affermato importanti principi, ci si dedicherà *infra*, capitolo III.

³⁴⁰ Consultabile al seguente link: <http://documenti.camera.it/dati/leg17/lavori/stampati/pdf/17PDL0017280.pdf>, consultato il 28/02/24.

Prende il nome dal primo firmatario, il deputato Zan, ma è stata firmata anche dai seguenti deputati: Daniele Farina, Pellegrino, Piazzoni, Aiello, Nicchi, Costantino, Duranti, Melilla, Ricciatti, Kronbichler, Bruno Bossio, Coccia, Crivellari, Di Lello, Fitzgerald Nissoli, Galan, Marzano, Narduolo, Realacci.

³⁴¹ Così A. Gadaleta, S. Lupo, S. Irianni (a cura di), *op. cit.*, Le Dispense dell'ISSP, 3, 2013, p. 28.

libertà, in cui il trattamento [rendesse] il più possibile improponibile la recidiva e [desse] opportunità di inserimento sociale».³⁴²

Si è scelto di dedicare un singolo paragrafo a questa proposta perché, come è stato detto, è grazie ad essa che «il tema dell'affettività in carcere [...] da argomento teorico divenne materia di governo».³⁴³

La proposta originaria³⁴⁴ consisteva nella modifica dell'articolo 58, dedicato ai rapporti con la famiglia, che avrebbe previsto «una particolare forma di permesso, di competenza del direttore, che avrebbe consentito ai detenuti ed agli internati, esclusi quelli per i delitti di cui all'art. 4-bis l. n. 354 del 1975, di trascorrere un periodo di tempo fino a 24 ore continuative con il proprio nucleo familiare all'interno dell'istituto in apposite unità abitative, da realizzare all'interno degli istituti, limitando l'intervento del personale della polizia penitenziaria alla sorveglianza esterna di tali locali, con possibilità di effettuare verifiche e controlli all'interno, solo in presenza di situazioni che lo richiedano».³⁴⁵

Purtroppo «la svolta copernicana»³⁴⁶ che questa proposta avrebbe potuto rappresentare, è stata neutralizzata dal parere negativo del Consiglio di Stato, che ha fondato le sue obiezioni su due profili: «da una parte, il “forte divario fra il modello trattamentale teorico” prefigurato nel nuovo regolamento penitenziario e l'inadeguatezza del “carcere reale”. Dall'altra, con un rilievo di ordine non solo procedurale, rinviando l'introduzione di norme a favore del diritto all'affettività a scelte legislative e non al regolamento di esecuzione della legge 26 luglio 1975, n. 354: “nel silenzio della legge”, si disse, il diritto all'affettività non è scelta che possa essere legittimamente effettuata in sede “regolamentare attuativa o esecutiva”».³⁴⁷

³⁴² Parole contenute nel resoconto stenografico dell'audizione di Margara e Corleone dell'11 marzo 1999 in Commissione (II) Giustizia alla Camera in ordine all'elaborazione del nuovo regolamento, consultabile al seguente link: <http://leg13.camera.it/dati/leg13/lavori/stencomm/02/audiz2/1999/0311/s000r.htm>, consultato il 28/02/24.

³⁴³ Così i deputati della proposta di legge «Boato» del 2002 nella relazione, consultabile al seguente link: http://leg14.camera.it/dati/leg14/lavori/schedela/trovaschedacamera_wai.asp?PDL=3020, consultato il 28/02/24.

³⁴⁴ Come si era anticipato nel capitolo II, par. 2.3, p. 51, nota 263.

³⁴⁵ P. Canevelli, *Il commento al Nuovo regolamento recante norme sull'Ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà*, in *Diritto penale e processo*, numero 10, 2000, p. 1321.

³⁴⁶ A. Gadaleta, S. Lupo, S. Irianni (a cura di), *op. cit.*, Le Dispense dell'ISSP, 3, 2013, p. 34.

³⁴⁷ Così nella relazione alla proposta di legge Boato che come si è detto *supra* par. 2.4, p. 63, rappresenta il primo risultato dell'impatto che ebbe la proposta Margara, relazione consultabile al seguente link http://leg14.camera.it/dati/leg14/lavori/schedela/trovaschedacamera_wai.asp?PDL=3020, consultato il 28/02/24.

Si è proceduto così all'emanazione del nuovo regolamento, il numero 230, con decreto del Presidente della Repubblica del 30 giugno 2000, ma senza che tali innovazioni vi fossero introdotte, infatti, quello che era l'articolo 58 fu trasposto nell'articolo 61³⁴⁸, che però ha continuato (e continua) a prevedere il controllo visivo da parte del personale di custodia, così come previsto dall'articolo 18 co. 2 della legge di ordinamento penitenziario.

È stato però notato che «così motivato, il parere del Consiglio di Stato contesta soltanto la *forma* dell'intervento normativo, ma non la *sostanza*, lasciando chiaramente intendere che l'autorizzazione del rapporto sessuale non è, in linea di principio, incompatibile con lo *status detentionis*, purché venga prevista per *legge*». ³⁴⁹ È questa riflessione che spiega i successivi tentativi parlamentari, a partire dalla citata proposta «Boato» del 2002, – si veda *supra* par. 2.4 – in cui si scrisse che «il punto di svolta di quel progetto di nuovo regolamento e, sostanzialmente, del nuovo regolamento, era che il carcere non è una dimensione estranea, esterna, alla società, alle sue istituzioni [...] e la presente proposta di legge intende, dunque, riproporre un dibattito politico e legislativo». ³⁵⁰

Sul tema, si rinvia anche a A. Gadaleta, S. Lupo, S. Irianni (a cura di), *op. cit.*, Le Dispense dell'ISSP, 3, 2013, p. 36: «questioni non tanto di merito, quanto prima facie formali e procedurali» e a P. Canevelli, *op. cit.*, p. 1321, che a sua volta riporta tra virgolette quanto scritto nel parere del Consiglio di Stato n. 61 del 17 aprile 2000.

In realtà, questo indirizzo del Senato purtroppo non stupisce, infatti leggendo il resoconto dell'audizione di Margara dell'11 marzo 1999 in Commissione Giustizia alla Camera, proprio in ordine all'elaborazione di quel nuovo regolamento di esecuzione, l'onorevole Simeone intervenne così parlando: «Mi sembra di capire, però, che si tratti di un intervento regolamentare che può andare al di là della delega ed affrontare temi di natura prettamente legislativa di competenza specifica del Parlamento, non del dipartimento. Non vorrei che sull'onda del riformismo, che troppe volte ci ha riservato amare sorprese, si andasse al di là delle competenze del dipartimento e non si tenesse presente che alcune modifiche competono al Parlamento».

³⁴⁸ «La predisposizione dei programmi di intervento per la cura dei rapporti dei detenuti e degli internati con le loro famiglie è concertata fra i rappresentanti delle direzioni degli istituti e dei centri di servizio sociale. Particolare attenzione è dedicata ad affrontare la crisi conseguente all'allontanamento del soggetto dal nucleo familiare, a rendere possibile il mantenimento di un valido rapporto con i figli, specie in età minore, e a preparare la famiglia, gli ambienti prossimi di vita e il soggetto stesso al rientro nel contesto sociale. A tal fine, secondo le specifiche indicazioni del gruppo di osservazione, il direttore dell'istituto può: a) concedere colloqui oltre quelli previsti dall'articolo 37; b) 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, ferme restando le modalità previste dal secondo comma dell'articolo 18 della legge».

³⁴⁹ Così, A. Pennisi, *op. cit.*, p. 172. Nello stesso senso G. Mastropasqua, *op. cit.*, p. 71: «in altri termini, il parere negativo del Consiglio di Stato [...] fu fondato non su motivi di merito, bensì sulla legittimità dello strumento regolamentare, sicché si può ragionevolmente prevedere che in un futuro più o meno prossimo il diritto all'affettività in carcere venga riconosciuto con apposita legge da emanarsi».

³⁵⁰ Estratto dalla relazione alla proposta Boato consultabile al seguente link: http://leg14.camera.it/dati/leg14/lavori/schedela/trovaschedacamera_wai.asp?PDL=3020, consultato il 28/02/24.

Purtroppo, come è stato già analizzato *supra* par. 2.4, né la proposta «Boato», né le successive, ebbero una sorte migliore, restarono relegate tra gli atti calendarizzati per la discussione ma che poi furono, dimenticati, o, a voler pensare il peggio, ignorati.

2.4.2 Gli Stati Generali dell'esecuzione penale tra 2015 e 2016: un diverso tentativo di riforma

Ci si deve ora concentrare su un particolare periodo della storia del carcere in Italia, quello che inizia l'8 gennaio 2013 con la condanna da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo dell'Italia per violazione dell'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.³⁵¹

In realtà, l'Italia era già stata sollecitata dalla Corte nel 2009,³⁵² con una condanna che «avrebbe dovuto fungere da umiliante monito affinché si rimediasse rapidamente ad una situazione carceraria così palesemente indegna di un uomo»;³⁵³ ma essa non sortì l'effetto sperato, tanto che appunto, nel 2013 i giudici di Strasburgo sono tornati a condannare l'Italia, con una sentenza pilota³⁵⁴. Le carceri italiane versavano in una situazione di sovraffollamento, aggravato dalla mancanza per i detenuti di uno strumento per far valere in via giurisdizionale la violazione di diritti.

Il legislatore italiano fu così invitato dalla Corte di Strasburgo a «ridisegnare gli spazi della pena, [...] di operare un ripensamento dell'ambiente carcerario in grado di apprestare adeguata tutela sia ai diritti positivamente riconosciuti – ma sostanzialmente negati (è il caso del diritto alla genitorialità) – sia a quelli che, pur essendo diretta espressione del dettato costituzionale, sono tuttora ignorati dalla normativa (si pensi al diritto alla sessualità)».³⁵⁵

³⁵¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, seconda sezione, sentenza 8 gennaio 2013, *Torreggiani e altri contro Italia*, ricorsi numero 43517/09, 46882/09, 55400/09.

³⁵² Corte europea dei diritti dell'uomo, seconda sezione, sentenza 16 luglio 2009 (finale 06 novembre 2009), *Sulejmanovic c. Italia*, ricorso numero 22635/03.

³⁵³ F. Della Casa, G. Giostra, *La cornice costituzionale e sovranazionale*, in F. Della Casa e G. Giostra (a cura di), *op. cit.*, 2023, p. 14.

³⁵⁴ Art. 61 Regolamento della Corte europea dei diritti dell'uomo: «La Corte può decidere di applicare la procedura della sentenza pilota e adottare una sentenza pilota quando i fatti all'origine di un ricorso presentato dinanzi ad essa rivelano l'esistenza, nella Parte contraente interessata, di un problema strutturale o sistemico, o di un'altra disfunzione simile, che ha dato luogo o potrebbe dare luogo alla presentazione di altri ricorsi analoghi». Regolamento consultabile al seguente link: https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/rules_court_ita, consultato il 28/02/24.

³⁵⁵ S. Talini, *op. cit.*, 2015, p. 19.

È da ricondurre a tutto questo l'approvazione del disegno di legge delega n. 2798, presentato dal Ministro della Giustizia Orlando il 23 dicembre 2014, dedicato tra le altre cose, a modificare l'ordinamento penitenziario «per l'effettività rieducativa della pena»³⁵⁶ e che nel titolo IV, intitolato *Delega al governo per la riforma del processo penale e dell'ordinamento penitenziario*, all'articolo 26, *Principi e criteri direttivi per la riforma dell'ordinamento penitenziario*, comma 1, lettera *g*, prevede che si appresti la «disciplina dell'utilizzo dei collegamenti audiovisivi sia a fini processuali, nel rispetto del diritto di difesa, sia per favorire le relazioni familiari»³⁵⁷; e che alla lettera *h*, invita al «riconoscimento del diritto all'affettività delle persone detenute e delle condizioni generali per il suo esercizio».³⁵⁸

Tuttavia, tale progetto di legge non ha mai visto una evoluzione, confermando le perplessità di chi dubitava dopo «decenni di “scorrerie legislative” nel nome di istanze securitarie, ogni volta presentate come indifferibili, [...] che le novità introdotte potessero resistere nel tempo, se non protette da un forte e diffuso consenso sociale».³⁵⁹

Ed è stata proprio questa avvertita necessità di coinvolgere anche il resto della società e non solo giuristi e studiosi del settore ad indurre l'allora Ministro della Giustizia Orlando a creare «l'inedita iniziativa»³⁶⁰ degli *Stati generali dell'esecuzione penale* che hanno quindi coinvolto anche la società civile, tramite un «ascolto democratico, naturalmente aperto anche a coloro che l'esperienza carceraria [stavano] vivendo o [avevano] vissuto, [...] non solo perché [sarebbero potuti] scaturirne interessanti suggerimenti per l'elaborazione della normativa di attuazione, ma soprattutto perché, per restituire effettività alla funzione rieducativa della pena, [c'era] bisogno di una società avvertita del contributo che può dare e ricevere nella difficile opera di recupero e di riaccoglienza di un cittadino che se ne è allontanato».³⁶¹

³⁵⁶ Così la rubrica stessa del disegno di legge, consultabile al seguente link: <http://documenti.camera.it/dati/leg17/lavori/stampati/pdf/17PDL0027570.pdf>, consultato il 28/02/24.

³⁵⁷ *Ibidem*.

³⁵⁸ *Ibidem*.

³⁵⁹ F. Della Casa, G. Giostra, *La cornice costituzionale e sovranazionale*, in F. Della Casa e G. Giostra (a cura di), *op. cit.*, 2023, p. 15.

³⁶⁰ G. Giostra, *La riforma della riforma penitenziaria: un nuovo approccio ai problemi di sempre*, in *Costituzionalismo.it*, 2015, p. 8.

³⁶¹ *Ibidem*. I modi verbali della citazione diretta sono stati adattati e quindi al posto dell'indicativo si è usato l'imperfetto, ma è opinione di chi scrive che quanto detto da Giostra valga ancora oggi, c'è ancora bisogno di una società avvertita.

Così, con i decreti ministeriali dell'8 maggio e del 9 maggio 2015 è stato prima costituito e poi integrato un Comitato di esperti coordinato dal professore Glauco Giostra e sono stati creati 18 tavoli, divisi per temi³⁶²; tra questi, quello che rileva a questi fini è il tavolo 6, intitolato *Mondo degli affetti e territorializzazione della pena*, coordinato da Rita Bernardini, da cui sono scaturite proposte di modifica sia delle disposizioni sui permessi, sia di quelle sui colloqui; e proposte di introduzione di novità, come l'istituto della visita senza controllo visivo e/o auditivo.³⁶³

Da sottolineare tra quanto elaborato dagli Stati Generali vi è innanzitutto l'affermazione del diritto all'affettività «come un diritto umano fondamentale»,³⁶⁴ la proposta di un permesso ex. art. 30 non più legato a «eventi familiari di particolare gravità»³⁶⁵ ma ad «eventi familiari di particolare rilevanza»³⁶⁶, tra cui quindi ben potrebbe rientrare la nascita di un figlio, che è evidentemente un momento legato all'esercizio dell'affettività.³⁶⁷

Si prevede anche la creazione di un nuovo tipo di permesso, chiamato appunto «permesso di affettività», con l'introduzione dell'articolo 30 quinquies, «al fine di coltivare specificamente interessi affettivi e da trascorrere con il coniuge, il convivente, altro familiare o con diversa persona tra quelle indicate dall'articolo 18».³⁶⁸

Si deve purtroppo riscontrare come ancora una volta tale esperienza encomiabile non ebbe alcun seguito dal punto di vista legislativo, almeno fino al 2017, anno in cui fu approvata una nuova legge delega³⁶⁹ di modifica – oltre che del Codice penale e del codice di procedura penale – anche dell'ordinamento penitenziario, ma come si approfondirà *infra* par. 2.4.3, nel conseguente decreto legislativo, il numero 123 del 2018³⁷⁰, «molte

³⁶² Per un approfondimento a proposito si rinvia al seguente link sul sito del Ministero della Giustizia: https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_2_19_1.page, consultato il 28/02/24.

³⁶³ Per un approfondimento si rinvia al seguente contributo sul sito del Ministero della Giustizia: https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_2_19_1_6.page#, consultato il 28/02/24.

³⁶⁴ *Ibidem*.

³⁶⁵ Così l'art. 30 o.p., tutt'ora vigente.

³⁶⁶ Proposta presentata come si è visto *supra* par. 2.4, p. 64, già nel 2002 ma non attuata, quindi riformulata dal Tavolo 6, consultabile al seguente link: https://www.giustizia.it/cmsresources/cms/documents/sgep_tavolo6_allegato1.pdf, consultato il 28/02/24.

³⁶⁷ Come si è accennato *supra*, par. 2.4, p. 64, nota 334, la giurisprudenza sul tema è divisa.

³⁶⁸ Così la proposta formulata dal Tavolo 6, consultabile al seguente link: https://www.giustizia.it/cmsresources/cms/documents/sgep_tavolo6_allegato3.pdf, consultato il 28/02/24.

³⁶⁹ Ci si riferisce al disegno di legge delega, numero 4368, approvato definitivamente il 14 giugno del 2017, di cui si parlerà *infra*, par. 2.4.3.

³⁷⁰ Anche di esso si parlerà *infra*, par. 2.4.3.

delle proposte degli Stati generali [furono] ridimensionate o addirittura messe da parte»³⁷¹, tra queste ultime, quelle riguardo al diritto all'affettività.

2.4.3 La commissione Giostra nel 2017 e il d.lgs. n. 123/2018, una riforma mancata

Come si accennava *supra*, par. 2.4.2, dal punto di vista legislativo l'esigenza di una riforma dell'ordinamento penitenziario continuava (e continua) a permanere, questo ha portato all'approvazione – solo qualche anno dopo gli Stati Generali – di una legge delega dedicata³⁷². Il Ministro della Giustizia, sempre Orlando, sulla scia di quella che era stata l'esperienza dei tavoli di lavoro degli Stati Generali, scelse di affiancare al Governo nella predisposizione degli schemi di decreto legislativo un comitato di esperti, presieduto dal professore Glauco Giostra, comitato noto alla cronaca come *Commissione Giostra*.³⁷³

La legge delega, per quel che riguarda ai fini di questa trattazione, riprende quanto era già stato previsto da un altro disegno di legge delega nel 2014 – di cui si è scritto *supra*, par. 2.4.2, pp. 67-68 – in tema di affettività, prevedendo all'articolo 1, comma 85, che tra i vari principi e criteri direttivi che avrebbero dovuto ispirare i decreti legislativi ci sarebbe dovuto essere, in base a quanto previsto alla lettera *n*, il «riconoscimento del diritto all'affettività delle persone detenute e internate e [la] disciplina delle condizioni generali per il suo esercizio». ³⁷⁴

Come è stato da più studiosi sottolineato «l'*iter* legislativo è stato molto complesso»³⁷⁵ e segnato da «alcune anomalie nel percorso»³⁷⁶, dovute in primo luogo al fatto che la legge delega e i primi schemi di decreto legislativo sono stati fatti da un

³⁷¹ S. Grieco, *op. cit.*, p. 30.

³⁷² Ci si riferisce al disegno di legge delega n. 4368 <http://documenti.camera.it/dati/leg17/lavori/stampati/pdf/17PDL0050460.pdf>, poi divenuto la legge delega numero 103 del 2017, <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:2017-06-23;103>, entrambi consultati il 28/02/24.

³⁷³ Per un approfondimento si consulti la seguente pagina sul sito del Ministero della Giustizia: https://www.giustizia.it/giustizia/en/mg_1_8_1.page?contentId=SDC119908, consultato il 28/02/24.

³⁷⁴ <http://documenti.camera.it/dati/leg17/lavori/stampati/pdf/17PDL0050460.pdf>, consultato il 28/02/24. La legge delega risente anche di quanto detto dalla Corte costituzionale nella sentenza 301 del 2012 a cui si è accennato *supra*, par. 2.4, p. 65, nota 338, ci si ritornerà *infra*, capitolo III.

³⁷⁵ M. Bortolato, *op. cit.*, p. 120.

³⁷⁶ L. Cesaris, *Quel che resta della riforma penitenziaria*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 12, 2018, p. 3.

Governo, mentre i successivi schemi di decreto legislativo e poi quelli finali da uno diverso.³⁷⁷

Tuttavia, il criterio direttivo contenuto alla lettera *n* riguardo all'affettività e concretizzato dalla Commissione Giostra nella previsione di un diverso articolo 18, rubricato “colloqui, incontri intimi, corrispondenza e informazione”³⁷⁸ e nella modifica della rubrica dell'articolo 28, da «i rapporti con la famiglia» a «affettività e rapporti con la famiglia»³⁷⁹; «è stat[o] mutilat[o] dapprima dalla Bozza Orlando e, successivamente dal d.lgs. [123/2018].³⁸⁰

Non di meno, se il Ministro Orlando aveva ritenuto opportuno stralciare l'istituto dei colloqui intimi vista anche la reazione del maggiore sindacato di polizia penitenziaria,³⁸¹ «la bozza Giostra conteneva ben altro»,³⁸² come per esempio un nuovo comma 5-bis dell'articolo 18, attraverso cui si riteneva «opportuno, consentire l'ampio uso delle tecnologie informatiche all'interno del carcere anche per i contatti con la famiglia (ad es. attraverso l'uso della posta elettronica e dei colloqui via Skype che consentono, altresì, la trasmissione di messaggi istantanei)»;³⁸³ purtroppo, anche se mantenuta nella bozza Orlando, nel decreto legislativo finale questa disposizione è andata persa, con una scelta che è stata definita «anacronistica, a fronte dell'operatività già in alcuni istituti di strumenti informatici sulla base della circ. min. n. 366755 del 2015, e contraddetta da recenti dichiarazioni del nuovo capo del Dap, che durante l'Assemblea della Conferenza dei Garanti territoriali delle persone private della libertà tenutasi l'ottobre scorso ha annunciato l'avvio di un progetto pilota in 3 istituti e entro sei mesi l'installazione di oltre 450 pc in tutte le sezioni detentive».³⁸⁴

³⁷⁷ Per tutto l'avvicendamento di schemi di d.lgs., pareri delle Commissioni giustizia, si veda *ibidem* e <https://temi.camera.it/leg19DIL/temi/interventi-sull-ordinamento-penitenziario>, consultato il 28/02/24.

³⁷⁸ Per l'articolato elaborato dalla Commissione Giostra si veda <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org/upload/6045-propostariformaopcommgiostra.pdf>, consultato il 28/02/24.

³⁷⁹ *Ibidem*.

³⁸⁰ F. Fiorentin e C. Fiorio, *La riforma dell'ordinamento penitenziario*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, p. 148. Nello stesso senso M. Bortolato, *op. cit.*, in *Questione Giustizia*, 3, 2018, p. 126: «in tema di colloqui, definitivamente accantonata (già nello schema di decreto del precedente Governo) ogni proposta di introdurre nel nostro Ordinamento l'istituto dei colloqui cd “intimi” (sottratti al controllo visivo)».

³⁸¹ Cfr. F. Fiorentin e C. Fiorio, *op. cit.*, p. 148. Per la reazione del sindacato di polizia penitenziaria si veda invece *supra*, capitolo I, par. 1.1, p. 11, nota 61.

³⁸² *Ibidem*.

³⁸³ Così la stessa commissione nella relazione illustrativa che accompagna l'articolo, consultabile al seguente link: <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org/upload/6045-propostariformaopcommgiostra.pdf>, consultato il 28/02/24.

³⁸⁴ Così L. Cesaris, *op. cit.*, p. 9.

Purtroppo, queste non sono le uniche proposte che non hanno visto una concretizzazione in sede di decreto legislativo, per esempio, di quanto ipotizzato in materia di permessi – si veda *supra*, par. 2.4.2, p. 69, nota 362 – «se ne sono perse le tracce»³⁸⁵; oppure la mancata modifica dell'art. 5 in materia di architettura penitenziaria, che prevedeva: «negli istituti penitenziari devono essere realizzate aree esterne e locali idonei a consentire ai detenuti e agli internati di intrattenere relazioni affettive».³⁸⁶

Inoltre, quelle proposte che vengono mantenute, vengono però ridimensionate: «minime [...] le interpolazioni in materia di assistenza di cui all'art. 45 o.p.»³⁸⁷ e sempre in materia di relazioni familiari «residua [...] solo il combinato disposto di cui agli artt. 14 e 42 dell'ordinamento penitenziario, in tema di trasferimenti, e l'art. 18, comma 2, che rinvia ad un generico obbligo per l'amministrazione penitenziaria di favorire la riservatezza dei colloqui con i familiari»;³⁸⁸ anche quanto già previsto dall'articolo 14 in materia di assegnazione all'istituto «quanto più vicino possibile alla stabile dimora della famiglia o, se individuabile, al proprio centro di riferimento sociale»³⁸⁹ viene limitato dal d.lgs. 123 del 2018 con l'inserimento della clausola finale «salvo specifici motivi contrari», di cui è stato detto che «[essa], unitamente a questioni strettamente logistiche [...] e alla difficoltà di reperire un effettivo centro sociale di riferimento, rendono, in sostanza, non effettiva (o quanto meno effettiva solo in casi eccezionali) una norma che avrebbe dovuto avere un'importante portata generale».³⁹⁰

Si deve poi constatare come ci siano state delle modifiche «senza dubbio importanti e significative, come l'inserimento tra le cause di non discriminazione del sesso e dell'orientamento sessuale, o come le nuove disposizioni riguardanti il lavoro. Ma all'affermazione di principi portanti non ha fatto seguito un armamentario di disposizioni atte a realizzare concretamente tali principi. [...] l'impressione è che il legislatore si sia limitato a un *restyling*, e talora di non particolare qualità, ritoccando qua e là, senza procedere ad un risanamento effettivo delle parti usurate della legge penitenziaria».³⁹¹

³⁸⁵ S. Grieco, *op. cit.*, p. 32.

³⁸⁶ Si veda <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org/upload/6045-propostariformaopcommgiostra.pdf>, consultato il 28/02/24.

³⁸⁷ S. Grieco, *op. cit.*, p. 32.

³⁸⁸ *Ivi*, p. 31.

³⁸⁹ Così l'art. 14 o.p. prima parte.

³⁹⁰ L. Amerio e V. Manca, *op. cit.*, p. 4.

³⁹¹ L. Cesaris, *op. cit.* p. 16.

In conclusione, «l'espesso riconoscimento del diritto all'affettività in carcere, nonché la disciplina delle condizioni generali per il suo esercizio restano pressoché irrisolti».³⁹²

2.4.4 Ulteriori tentativi di riforma: il Parlamento sollecitato dalle regioni Toscana e Lazio, la creazione della Commissione per l'innovazione del sistema penitenziario e la proposta Magi

In conclusione di questa breve disamina di tentativi legislativi per prevedere e disciplinare il diritto all'affettività e sessualità per le persone detenute si devono citare il disegno di legge n. 1876, comunicato alla presidenza del Consiglio il 10 luglio 2020, d'iniziativa del Consiglio regionale della Toscana,³⁹³ che origina dalla Conferenza dei garanti territoriali delle persone private della libertà tenutasi nel 2019, poi sottoposto ai Consigli regionali perché lo portassero in Parlamento, cosa che ha fatto solo la regione Toscana.

La proposta si compone di 4 articoli, i primi due riprendono quanto si voleva già introdurre con la proposta Boato del 2002, quindi una rubrica dell'articolo 28 che prevedesse esplicitamente il diritto all'affettività, visite prive di controllo anche visivo e la sostituzione di eventi di particolare gravità con eventi di particolare rilevanza per quanto riguarda i presupposti giustificativi del permesso di necessità di cui all'art. 30 o.p. Essa prevede poi, diversamente da quella del 2002, delle modifiche anche al regolamento di esecuzione numero 230 del 2000, con una tecnica apprezzabile, vista la stretta complementarità tra le due fonti³⁹⁴, modifiche volte ad ampliare la frequenza e la durata dei colloqui.

³⁹² S. Grieco, *op. cit.*, p. 30.

³⁹³ Consultabile al seguente link: <https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/01162030.pdf>, consultato il 28/02/24.

³⁹⁴ L. Cesaris, *op. cit.*, p. 16, aveva già rilevato la problematicità di questa scelta: «e ancora basterebbe pensare che non si è provveduto a modificare il regolamento di esecuzione (d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230) adeguandolo alle innovazioni operate. A questo, invece, aveva provveduto la Commissione Giostra in un disegno unitario»; nello stesso senso, S. Grieco, *Affettività e carcere. Un progetto di riforma tra esigenze di tutela contrapposte*, pubblicato sul sito internet del Garante delle persone detenute nel Lazio, p. 11, consultabile al seguente link: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwixhv7dyEAXUkYPEDHQCNCg0QFnoECA4QAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.consiglio.regione.lazio.it%2Fbinary%2Fconsiglio_regionale%2Ftbl_news%2FSINTESI_PRESENTAZIONE_003_.docx&usg=AOvVaw2X4nxvahbYmW78IGO2crbf&opi=89978449, consultato il 28/02/24, in cui l'autrice fa notare «per recuperare quella sistematicità che in passato è mancata (si pensi che la Riforma Orlando ha inciso solo sulla legge

Importante è anche la previsione che stabilisce che le visite possono avvenire con le stesse persone ammesse ai colloqui «senza distinzione tra familiari, conviventi e cosiddette “terze persone”». ³⁹⁵

Sempre nel 2021 (decreto ministeriale del 13 settembre 2021) è stata istituita dall’allora Ministra della Giustizia Marta Cartabia una Commissione per l’innovazione del Sistema Penitenziario ³⁹⁶, presieduta da Marco Ruotolo, che ha culminato i suoi lavori con una relazione ³⁹⁷ in cui vengono presentate non solo «modifiche in forma di articolato, [ma] anche in otto linee guida per la rimodulazione dei programmi di formazione del personale e 35 azioni amministrative da applicare perché producano, come richiesto, consistenti miglioramenti della vita penitenziaria durante l’esecuzione penale». ³⁹⁸ Inoltre, sulla scia di quanto già fatto dalla regione Toscana, «gli interventi si sono concentrati, soprattutto, su una rivisitazione del Regolamento penitenziario, più che della normativa primaria, oltre all’elaborazione di suggerimenti per circolari e di direttive ritenute essenziali per il miglioramento della qualità della vita nell’esecuzione penale». ³⁹⁹

Per quanto riguarda il tema che interessa precipuamente questa trattazione, si può dire che il diritto all’affettività trovi ampio spazio e riconoscimento con «proposte di modifica [che] da un lato, si ispirano a quel processo di normalizzazione richiesto dalle Regole penitenziarie Europee (regole 5 e 24.4), che esortano gli Stati a concepire modalità delle visite in grado di favorire il mantenimento e lo sviluppo di relazioni familiari il più possibili “normali”. Dall’altro, si innestano nel solco delle innovazioni tecnologiche, oggetto del *focus 2*, anche esse oggetto delle *European prison rules* che stabiliscono come le autorità penitenziarie devono tener conto del fatto che la moderna tecnologia offre nuovi modi di comunicare elettronicamente»; ⁴⁰⁰ inoltre, si assiste ad una

354/1975, trascurando il d.P.R., numero 230 del 2000), oggetto di riforma sono state non solo le norme presenti nella legge dell’ordinamento penitenziario ma anche quelle del regolamento penitenziario».

³⁹⁵ S. Grieco, *op. cit.*, p. 38. Il tema è stato affrontato nella sentenza numero 301, 11 dicembre 2012 della Corte costituzionale, che si approfondirà *infra*, capitolo III.

³⁹⁶ Qualora si volessero approfondire nel dettaglio i risultati di tale gruppo di studio, si rinvia al seguente link:

https://www.giustizia.it/cmsresources/cms/documents/commissione_RUOTOLO_relazione_finale_17dic21.pdf, consultato il 28/02/24.

³⁹⁷ Consultabile al seguente link: https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1641891225_riforma-sistema-penitenziario-cartabia-commissione-ruotolo-2021-relazione-finale.pdf, consultato il 28/02/24.

³⁹⁸ S. Grieco, *op. cit.*, p. 39.

³⁹⁹ *Ibidem*.

⁴⁰⁰ *Ivi*, p. 40. A tal proposito, l’istituzionalizzazione del servizio di corrispondenza via e-mail all’art. 38 del d.p.r. 230/2000.

«liberalizzazione delle telefonate»⁴⁰¹ e si allarga la platea dei soggetti autorizzati ai colloqui visivi.⁴⁰²

Invece, per quanto riguarda il diritto alla sessualità delle persone detenute, non si ha una disciplina esplicita, anche se nella relazione finale viene scritto: «nelle proposte indicate nella presente relazione non è compresa l'introduzione dell'istituto degli "incontri intimi" – già elaborata dalla Commissione Giostra con l'introduzione dei commi 3-bis, 3-ter e 3-quater nel corpo dell'art. 18 o.p. – rivolto a consentire il possibile esercizio della sessualità, secondo quanto previsto in altri sistemi (es. Francia e Spagna). Si tratta di opzione pienamente compatibile con gli indirizzi emersi nei lavori della Commissione, pur riferiti al miglioramento della quotidianità penitenziaria, che, in ipotesi, potrebbe essere seguita riprendendo quanto già elaborato dalla Commissione Giostra».⁴⁰³

È stato sottolineato come «tale scelta è legata, presumibilmente, ad un approccio di coerenza verso la *mission* dell'incarico ricevuto, che non è stata quella di introdurre nuovi istituti incidendo sulla normativa primaria ma di migliorare l'esistente».⁴⁰⁴

Tuttavia, a dimostrazione di un'attenzione a questa componente essenziale della vita delle persone detenute, sempre nell'ottica di «migliorare l'esistente», anche questa Commissione ritiene di dover modificare la formulazione dell'art. 30 o.p. da «eventi di particolare gravità» a «eventi di particolare rilevanza».⁴⁰⁵

Nonostante le azioni individuate dalla Commissione «si [vadano] a posizionare pienamente in quelle *positives obligations*, elaborate dalla più recente giurisprudenza della Corte di Strasburgo, che impongono agli Stati Membri di assistere i detenuti nella creazione e nel mantenimento di legami extra-murari»,⁴⁰⁶ si deve riscontrare come siano rimaste lettera morta.

⁴⁰¹ *Ibidem*.

⁴⁰² Cfr., *ivi*, p. 41.

⁴⁰³ Relazione consultabile al seguente link: https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1641891225_riforma-sistema-penitenziario-cartabia-commissione-ruotolo-2021-relazione-finale.pdf, p. 9, consultato il 28/02/24.

⁴⁰⁴ S. Grieco, *op. cit.*, p. 42.

⁴⁰⁵ Così sempre nella relazione, p. 8, consultabile al seguente link: https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1641891225_riforma-sistema-penitenziario-cartabia-commissione-ruotolo-2021-relazione-finale.pdf, consultato il 28/02/24.

⁴⁰⁶ S. Grieco, *op. cit.*, p. 45.

Vi è stata poi anche una mozione del Consiglio regionale del Lazio, nel 2021,⁴⁰⁷ approvata per la presentazione al Parlamento il 10 febbraio 2022, che consiste di 5 articoli e che, come quella della regione Toscana, comprende la modifica anche di disposizioni del regolamento di esecuzione, oltre alla previsione della nuova rubrica «diritto all'affettività» e alla previsione di permessi di necessità per eventi familiari di particolare rilevanza. La presente proposta è più articolata e specifica⁴⁰⁸ di quella della regione Toscana, visto anche il suo derivare da una ricerca condotta negli istituti di pena del Lazio dall'Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale, con una metodologia di ricerca che si è basata anche su interviste ai detenuti e agli operatori penitenziari, per questo è stato detto che «è un progetto di riforma, in un certo senso, “scritto” dai suoi stessi protagonisti: le persone ristrette appunto».⁴⁰⁹

Anche tale tentativo però non ha avuto seguito, tant'è che si è arrivati alla presentazione di una nuova e ulteriore proposta il 4 dicembre 2023, presentata dal deputato e segretario di +Europa Riccardo Magi⁴¹⁰, che per i contenuti riprende quanto già elaborato precedentemente sia dalla proposta della Toscana, sia del Lazio, ma ancora prima da quei disegni di legge presentati nei primi anni 2000 di cui si è detto *supra*, par. 2.4, pp. 61-62-63-64.

Non ci si soffermerà sui contenuti specifici perché si deve concludere che anche tale progetto è rimasto inascoltato dal legislatore, nonostante fosse accompagnato altresì da un appello⁴¹¹ di cui il primo firmatario è stato il professore Andrea Pugiotto, seguito da giuristi, accademici, associazioni, personalità come i garanti dei detenuti.

⁴⁰⁷ La numero 552 del 17 dicembre 2021, consultabile al seguente link: <https://www.garantedetenutilazio.it/app/uploads/2022/02/552-Mozione-legge-affettivita-e-carcere-1.pdf>, consultato il 28/02/24.

⁴⁰⁸ Per esempio, l'introduzione di un comma 13 bis all'articolo 37 del regolamento di esecuzione che consente una visita una volta al mese, con priorità per le famiglie con figli minori di 14, nei giorni festivi, della durata non inferiore a 3 ore, in appositi locali o all'aperto, per consumare un pasto o effettuare un'attività all'aperto con i propri figli e familiari. Si veda l'articolo 2 della mozione 552 del 17 dicembre 2021, consultabile al seguente link: <https://www.garantedetenutilazio.it/app/uploads/2022/02/552-Mozione-legge-affettivita-e-carcere-1.pdf>, consultato il 28/02/24.

⁴⁰⁹ S. Grieco, *op. cit.*, p. 133. Sorge spontaneo l'accostamento a quanto scritto da G. Neppi Modona nella prefazione al libro di C. G. De Vito, *Camosci e girachiavi. Storia del carcere in Italia*, Bari, Editori Laterza, 2009, pp. VII-XIX, in cui egli racconta come quella del carcere è stata troppo spesso «una storia dalla parte delle istituzioni» mentre occorrerebbe scrivere «una storia dalla parte dei detenuti».

⁴¹⁰ Consultabile al seguente link: https://assets.nationbuilder.com/piueuropa/pages/2093/attachments/original/1701702976/Proposta_di_legge_affettivita.pdf?1701702976, consultato il 28/02/24.

⁴¹¹ Consultabile al seguente link: https://assets.nationbuilder.com/piueuropa/pages/2093/attachments/original/1701703135/Appello_per_udienza_5_dicembre_2023_%28definitivo%29.pdf?1701703135, consultato il 28/02/24.

Inoltre, la data di presentazione di tale proposta in conferenza stampa alla Camera non è stata una data casuale, era infatti il 4 dicembre 2023, giorno precedente a quello in cui la Corte costituzionale era chiamata a pronunciarsi in ordine alla legittimità costituzionale dell'articolo 18 della legge di ordinamento penitenziario, pronuncia la cui decisione è arrivata il 26 gennaio 2024 e in cui esplicitamente il Giudice delle Leggi ha dichiarato tale articolo incostituzionale. Si analizzerà tale sentenza *infra*, capitolo III, ma è anche per questo che si sceglie di fermarsi qui con la disamina di queste proposte di legge, in quanto rappresentano tutte un passato in cui l'articolo 18 non era stato dichiarato incostituzionale, eventuali proposte di legge future dovranno invece imprescindibilmente partire da quanto detto dalla Consulta.⁴¹²

⁴¹² Una prima proposta di legge concepita in seguito alla pronuncia della sentenza numero 10 del 26 gennaio 2024 è stata formalmente presentata alla Camera dei deputati il 20 febbraio 2024 dal deputato Zaratti, il quale ha ricoperto il ruolo di primo firmatario, essa è stata così intitolata: “introduzione dell'articolo 18-*quater* della legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di relazioni affettive intime delle persone detenute”. Tuttavia, considerando che il processo legislativo è attualmente nella fase “da assegnare”, si è deciso di documentarne la menzione solo a titolo informativo: <https://www.camera.it/leg19/126?tab=&leg=19&idDocumento=1720&sede=&tipo=>, consultato il 15/03/24.

CAPITOLO III

L'ILLEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE DELL'ARTICOLO 18

COMMA 2 ORDINAMENTO PENITENZIARIO: IL NUOVO

QUADRO NORMATIVO E PROSPETTIVE

3.1 La Corte costituzionale sollecitata dall'ordinanza del Magistrato di sorveglianza di Firenze e la sentenza 301 del 2012

Come si era già anticipato,⁴¹³ la Corte costituzionale è stata spesso chiamata ad esprimersi sul tema del riconoscimento di diritti in capo ai detenuti, e anche quando la questione sollevata non riguardava in prima battuta il diritto all'affettività, il Giudice delle leggi ha comunque inteso affermare principi utili e prodromici alla tutela di tale diritto.⁴¹⁴ Recentemente alcune sentenze hanno investito specificamente il tema, sia in considerazione di una evoluzione della sensibilità della Corte stessa rispetto al diritto alla sessualità di per sé (e dunque a prescindere dal suo collegamento ad uno stato di detenzione)⁴¹⁵, sia a seguito della sollevazione di questioni di legittimità da parte dei

⁴¹³ Si veda *supra*, capitolo II, par. 2.2, p. 49-50.

⁴¹⁴ Alcune di queste sono già state citate in precedenza nella trattazione, ci si limiterà quindi qui a riportarle: sono la sentenza 114/1979 (capitolo I, par. 1.2, p. 17, nota 74) in cui la Corte riconosce posizioni soggettive attive in capo ai detenuti; la sentenza numero 349 del 25 giugno 1993 (capitolo I, par. 1.2, p. 20, nota 92) in cui la Corte enuncia il principio fondamentale per cui proprio perché già private della libertà personale le persone ristrette in carcere continuano a mantenere degli spazi di libertà che diventano così ancora più importanti, «l'ultimo ambito nel quale può espandersi la [sua] personalità individuale»; la sentenza numero 26 dell'11 febbraio 1999 (capitolo I, par. 1.2, p. 21, nota 102; capitolo II, par. 2.2, p. 43, nota 192), in cui la Corte ribadisce quanto detto alla sentenza precedente: «l'idea che la restrizione della libertà personale possa comportare conseguenzialmente il disconoscimento delle posizioni soggettive attraverso un generalizzato assoggettamento all'organizzazione penitenziaria è estranea al vigente ordinamento costituzionale, il quale si basa sul primato della persona umana e dei suoi diritti»; la sentenza numero 135 del 7 giugno 2013, (capitolo I, par. 1.1, p. 14, nota 63) nella quale la Corte afferma che le esigenze securitarie non devono mai violare i diritti fondamentali, fra cui come dirà la Corte stessa, rientra anche quello all'espressione della propria sessualità; la sentenza 143 del 20 giugno 2013 (capitolo I, par. 1.1, p. 14, nota 65) in cui viene positivizzato dalla Corte che quando ci si trova a dover garantire esigenze di pari rango tra loro confliggenti bisogna sempre procedere ad un'operazione di bilanciamento e che «nelle operazioni di bilanciamento, non può esservi un decremento di tutela di un diritto fondamentale se ad esso non fa riscontro un corrispondente incremento di tutela di altro interesse di pari rango».

⁴¹⁵ Ci si riferisce alle seguenti sentenze: la numero 161 del 6 maggio 1985 (già citata *supra*, capitolo I, par. 1.2, p. 16, nota 71), in cui la Corte afferma che l'identità sessuale è un modo di svolgersi della personalità e che, come tale, deve essere riconosciuto dalla società, proprio per solidarietà; la sentenza numero 561 del 10 dicembre 1987 (già citata *supra*, capitolo I, par. 1.2, p. 16, nota 70), che contiene un passaggio fondamentale: «essendo la sessualità uno degli essenziali modi di espressione della persona umana, il diritto di disporne 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».

magistrati di sorveglianza, i quali in virtù del loro ruolo e della loro responsabilità quali custodi dei diritti dei detenuti hanno richiesto il pronunciamento della Corte in situazioni di incertezza o di contestazioni relative a tale diritto.

L'analisi del percorso interpretativo della Consulta rivela un atteggiamento iniziale di prudenza nel non invadere la sfera riservata legislatore e, successivamente, all'amministrazione penitenziaria. Tuttavia, circostanze sempre più drammatiche – ci si riferisce al preoccupante aumento dei casi di suicidio in carcere⁴¹⁶ – hanno costretto la Corte a rispondere a un autentico grido di disperazione proveniente dalle persone detenute, le quali molto spesso trascorrono intere giornate in cella – termine repellente che si impiega volutamente, perché quando si ha a disposizione uno spazio di tre metri quadrati non si può parlare di camere di pernottamento (come vorrebbe la normativa) – e la situazione è aggravata dal fatto che il tempo lì trascorso non si limita al pernottamento, bensì comprende l'intera giornata, peraltro avendo contatti con il solo personale penitenziario, spesso privo delle adeguate competenze e formazione per gestire le sfide quotidiane di una vita carceraria, sia quelle ordinarie che le emergenze.

È stato ampiamente illustrato nei capitoli precedenti come invece i contatti con il mondo esterno, in particolare con persone care per i detenuti, incidano significativamente sulla qualità della detenzione e sulla realizzazione della funzione rieducativa della pena, con tassi di recidiva ridotti in coloro i quali sono stati posti nella condizione di non recidere ogni legame con l'esterno. In questo, è evidente che una modalità di rapporti il più possibile simile a quelli della “vita libera” meglio servirebbe a tale scopo, quindi, come è stato più volte sottolineato, la formulazione dell'articolo 18 in materia di colloqui e la sua previsione di un controllo visivo assoluto mal si compone con queste riflessioni. Il percorso per arrivare a una pronuncia di illegittimità costituzionale dell'articolo 18 è stato tuttavia lungo e tormentato.

Nel ripercorre il percorso interpretativo, è opportuno iniziare dall'ordinanza numero 132 del 23 aprile 2012 della magistrata di sorveglianza di Firenze.⁴¹⁷ La magistrata per prima interrogò la Corte costituzionale sulla legittimità dell'articolo 18, comma 2, della legge di ordinamento penitenziario, ma ricevette in risposta una

⁴¹⁶ Si scrive a marzo 2024 e già da inizio anno sono stati 25 i suicidi, stando ai dati aggiornati al 14 marzo 2024 e reperibili al seguente link: <http://www.ristretti.it/areestudio/disagio/ricerca/>, consultato il 20/03/24.

⁴¹⁷ Ordinanza disponibile sul sito della Gazzetta Ufficiale e pubblicata nella 1ª Serie Speciale – Corte Costituzionale, numero 27 del 04 luglio 2012, p. 135. https://www.gazzettaufficiale.it/do/ricerca/pdf/corte_costituzionale/3?resetSearch=true

dichiarazione di inammissibilità della questione.⁴¹⁸ Si ritiene comunque importante tale ordinanza poiché come è stato sottolineato «rappresenta un coraggioso tentativo di fare breccia su uno dei limiti più evidenti della nostra, peraltro avanzata, legislazione penitenziaria: quello della mancata previsione di adeguati dispositivi normativi attraverso i quali consentire alle persone detenute l'esercizio dell'affettività con i loro familiari».⁴¹⁹ Inoltre, si è così permesso alla Corte costituzionale di pronunciarsi sul tema, la quale pur rigettando la questione, ha espresso e cristallizzato importanti principi.⁴²⁰

L'ordinanza può essere suddivisa in quattro parti: «indagine sulle fonti normative nazionali e sovranazionali; analisi dei possibili soggetti destinatari di tale diritto; critiche alla scelta negazionista del legislatore italiano; ragioni che conducono ad una possibile incostituzionalità di tale scelta».⁴²¹

Per quanto riguarda il primo punto, la magistrata rimettente ripercorre quelle che sono le norme sia della legge di ordinamento penitenziario, sia del regolamento di esecuzione, sia quelle provenienti dalle fonti sovranazionali come la Corte europea dei diritti dell'uomo – in questa trattazione analizzate *supra*, capitolo II, par. 2.3 e 2.2⁴²² – tutte volte a garantire il mantenimento dei rapporti tra le persone ristrette e i loro familiari. Tuttavia, dal confronto tra le norme richiamate e la realtà carceraria «ben emerge come tale riconoscimento rischi di rimanere un'enunciazione meramente formale»,⁴²³ infatti, «si conferma, [...] sia negli spazi chiusi e ristretti, sia nelle aree verdi piccole o grandi che siano, il controllo visivo del personale di sorveglianza e il conseguente impedimento all'espressione naturale e completa dell'affettività e, all'interno di essa, dell'espressione

⁴¹⁸ Corte costituzionale, sentenza numero 301 del 19 dicembre 2012.

⁴¹⁹ C. Renoldi, *op. cit.*, Questione giustizia, n. 4, 2012, p. 215. Nello stesso senso S. Talini, *op. cit.*, in Convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa", 2013, p. 5: «[...] si deve plaudire alla scelta del rimettente di portare all'attenzione del mondo del diritto la delicata questione della legittimità di norme che comprimono la sfera intima delle persone detenute. Risultando preclusa ogni possibilità di intrattenere rapporti sessuali all'interno degli istituti, è difficile negare come l'attuale normativa penitenziaria importi una condizione di astinenza sessuale coatta che assume, di fatto, la qualifica di conseguenza accessoria della pena il cui protrarsi nel tempo può comportare gravi disagi emotivi e comportamentali».

⁴²⁰ In questo senso C. Botrugno e G. Caputo, *op. cit.*, p. 58 «il fatto che la questione sia stata affrontata dalla Corte costituzionale ha certamente contribuito a rilanciare un dibattito almeno fra gli operatori del settore».

⁴²¹ S. Talini, *op. cit.*, Forum di Quaderni Costituzionali, p. 1.

⁴²² Nell'ordinanza 132 del 2012 la magistrata rimettente fra riferimento principalmente all'art. 28 o.p., all'art. 61 del regolamento di esecuzione, agli artt. 3 e 8 della CEDU, alla Raccomandazione 1340 del 1997 e a quella del 2006. Ordinanza disponibile sul sito della Gazzetta Ufficiale e pubblicata nella 1ª Serie Speciale – Corte Costituzionale, numero 27 del 04 luglio 2012, p. 135. https://www.gazzettaufficiale.it/do/ricerca/pdf/corte_costituzionale/3?resetSearch=true

⁴²³ S. Talini, *op. cit.*, Forum di Quaderni Costituzionali, p. 1.

completa della sessualità con il partner». ⁴²⁴ Nonostante, scrive ancora la magistrata rimettente, «la soluzione del problema sessuale, per le indicazioni del Consiglio d'Europa, [debba] passare attraverso il riconoscimento più ampio e naturale dell'affettività: la concessione di permessi più ampi alla intera famiglia per trascorrere, all'interno del carcere e senza controllo visivo del personale, uno o più giorni, evita le ammissioni al solo sesso fra partner, che viene considerato invece umiliante». ⁴²⁵

Viene poi evidenziato come la tanto decantata soluzione dei permessi premio si riveli invece inadeguata dal momento che «non può riguardare tutti i detenuti, perché nel nostro regime attuale sono inammissibili ai permessi-premio, oltre tutti i detenuti giudicabili [...], anche una percentuale molto elevata dei detenuti definitivi, percentuale in deciso aumento per le limitazioni delle concessioni da parte degli stessi magistrati di sorveglianza, nonché per effetto della legge 5/12/2005, n. 251, c.d. ex-Cirielli, che riduce sensibilmente i benefici penitenziari per i recidivi [...]. La quota restante dei detenuti, astrattamente ammissibile, ne fruisce in misura senz'altro minoritaria». ⁴²⁶

Per quanto concerne invece i possibili destinatari di questo diritto, la magistrata di Firenze in un primo momento sottolinea come sia in vigore l'equiparazione tra coniuge e convivente stabile nel caso dei colloqui, e che quando «si va oltre il colloquio e la sua ottica, [...] si deve inevitabilmente mantenere quella equiparazione del trattamento che informa i colloqui. Altrimenti si finirebbe per dare rilievo al solo rapporto di coniugio, stabilendo una disuguaglianza rispetto ad una condizione carceraria identica»; ⁴²⁷ in un secondo tempo però la giudice rimettente ritiene di dover distinguere affettività e sessualità e quindi scrive che «la soluzione che viene qui sostenuta del riconoscimento della affettività riguarda il rapporto detenuto-famiglia e la soluzione dentro l'affettività del problema sessuale fra detenuto e coniuge o convivente stabile (specie se tale convivenza è sfociata nella creazione di una famiglia) vale soltanto quando quel rapporto sussista». ⁴²⁸ Agli occhi di chi scrive questo passaggio appare evidentemente

⁴²⁴ Ordinanza 132 del 2012, consultabile sul sito della Gazzetta Ufficiale e pubblicata nella 1^a Serie Speciale – Corte Costituzionale, numero 27 del 04 luglio 2012, p. 135. https://www.gazzettaufficiale.it/do/ricerca/pdf/corte_costituzionale/3?resetSearch=true. Sempre nelle parole della giudice rimettente: «si ha, da un lato, sesso immaginato, come provano le immagini che ricoprono i muri degli spazi interni delle celle [...]: il sesso immaginato e negato ha come esito il sesso solitario. Si ha dall'altro lato, un'omosessualità ricercata o imposta».

⁴²⁵ *Ibidem*.

⁴²⁶ *Ibidem*.

⁴²⁷ *Ibidem*.

⁴²⁸ *Ibidem*.

problematico, tuttavia, va notato che al momento della redazione dell'ordinanza «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) [appariva] l'unica soluzione concretamente attuabile»;⁴²⁹ si vedrà *infra*⁴³⁰ come nella sentenza derivante da tale ordinanza la Corte costituzionale prenda una posizione sul tema.

Nella terza parte dell'ordinanza la magistrata si concentra sulla «scelta negazionista»⁴³¹ del legislatore italiano, ritenuta criticabile sia dal punto di vista «dell'inibizione del diritto»⁴³², sia dal punto di vista «dell'insostenibilità del divieto».⁴³³

Con riguardo all'inibizione, la magistrata cita a conforto della sua posizione sia quanto stabilito a livello sovranazionale, sia la già più volte qui riportata sentenza numero 26 della Corte costituzionale del 1999⁴³⁴, la quale afferma che «l'idea che la restrizione della libertà personale possa comportare conseguenzialmente il disconoscimento delle posizioni soggettive attraverso un generalizzato assoggettamento all'organizzazione penitenziaria è estranea al vigente ordinamento costituzionale, il quale si basa sul primato della persona umana e dei suoi diritti». A detta della giudice rimettente tale sentenza «rivendica il rispetto di un diritto naturale, decisivo sul tema della promozione dell'uomo»⁴³⁵ e che quindi «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 fra le parti».⁴³⁶

In merito all'insostenibilità, per la giudice, «occorre comparare la pretesa di una costante sorveglianza di principio [...] sui detenuti con il rispetto di una esigenza naturale degli stessi»⁴³⁷ e questo lo si deve fare – come è stato sottolineato – «se non si vuole

⁴²⁹ *Ibidem*.

⁴³⁰ Si veda questo stesso capitolo, questo stesso paragrafo, p. 97.

⁴³¹ *Ibidem*.

⁴³² *Ibidem*.

⁴³³ *Ibidem*.

⁴³⁴ Si veda *supra*, capitolo II, par. 2.2, p. 43 e capitolo III, par. 3.1, p. 91, nota 412.

⁴³⁵ Ordinanza 132 del 2012 *cit.*, consultabile sul sito della Gazzetta Ufficiale e pubblicata nella 1ª Serie Speciale – Corte Costituzionale, numero 27 del 04 luglio 2012, p. 135. https://www.gazzettaufficiale.it/do/ricerca/pdf/corte_costituzionale/3?resetSearch=true.

⁴³⁶ *Ibidem*.

⁴³⁷ *Ibidem*.

correre il rischio di relegare il pieno riconoscimento di tali diritti al rango di mera eccezione»,⁴³⁸ dal momento che, come è già stato detto *supra*, capitolo I, par. 1.1, p. 14, nota 65, occorre sempre svolgere un bilanciamento quando ci si trova davanti ad interessi di pari rango, evitando che la tutela di uno comporti la soppressione dell'altro.

La giudice, nel quarto e ultimo punto dell'ordinanza, giunge infine a sollevare le quattro eccezioni di incostituzionalità: violazione dell'art. 2 Cost., violazione dell'art. 3 Cost., dell'art. 27 Cost., co 3 prima proposizione;⁴³⁹ violazione dell'art. 27 Cost., co 3 seconda proposizione;⁴⁴⁰ violazione dell'art. 29 Cost., violazione dell'art. 31 Cost.;⁴⁴¹ violazione dell'art. 32 Cost.⁴⁴²

Come si è accennato *supra*, capitolo III, par. 3.1, p. 93, la Corte costituzionale ha ritenuto inammissibile la questione così come sollevata nell'ordinanza, per questo non si è diffusa in commenti rispetto alle singole eccezioni di incostituzionalità; sono tuttavia numerosi gli studiosi della materia che hanno evidenziato alcuni passaggi spinosi⁴⁴³ dell'ordinanza, per esempio, è stato sottolineato come nel far riferimento alla violazione dell'art. 27 co 3 Cost. prima proposizione, «l'aspetto degradante non consista, ovviamente, nel ricorso a pratiche come la masturbazione e l'omosessualità, che ovviamente non sono solo legittime ma difficilmente catalogabili come “anormali”,

⁴³⁸ S. Talini, *op. cit.* Forum di Quaderni Costituzionali, p. 5.

⁴³⁹ «la citazione di parte della sentenza n. 26/1999, coinvolge anche gli articoli 2 e 3 Cost. nella misura che viene ripetuta e ora indicata come premessa alla violazione dei diritti inviolabili dell'uomo e a politiche penitenziarie che dovrebbero consentire la rimozione degli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della persona umana e che, al contrario la negano. Da tali violazioni discende, nel nostro sistema penitenziario, la soluzione negazionista del nostro problema, che determina trattamenti contrari al senso di umanità e degradanti, vietati dall'art. 27, comma 3, prima proposizione (nonché dall'art. 3 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo)», così l'ordinanza 132 del 2012.

⁴⁴⁰ «Si chiede, pertanto dichiararsi la illegittimità costituzionale del comma 2 dell'art. 18 della L. 354/75, che richiede il controllo a vista dei colloqui e così impedendo la intimità dei rapporti affettivi, viola l'art. 27, comma 3, seconda proposizione, consentendo che la pena non attui le sue finalità rieducative/risocializzanti/socialmente inclusive».

⁴⁴¹ L'obbligo del controllo visivo risulta in una «astinenza nel rapporto fra gli stessi coniugi [che] determina i matrimoni “bianchi” in carcere, con la celebrazione dell'atto, ma non la consumazione dello stesso e sostanzialmente la non consumazione è essa stessa un inadempimento degli obblighi relativi nascenti dal dato convenzionale. Inoltre, tale situazione “non protegge la maternità”, ma la impedisce.

⁴⁴² Il diritto alla salute sarebbe violato perché l'astinenza sessuale forzata causerebbe «un ricorso alla masturbazione o all'omosessualità ricercata o coatta, sia che la coazione segua a minacce o violenze o a un consenso rassegnato alla situazione. In carcere tutto questo significa la intensificazione dei rapporti a rischio e la contestuale riduzione delle difese sul piano della salute. Ma, di più, la stessa astinenza in sé considerata non aiuta, in persone che hanno ormai superato l'età puberale, uno sviluppo normale della sessualità con nocive ricadute stressanti sia di ordine fisico che psicologico».

⁴⁴³ Si è parlato di «passaggi “scivolosi”», M. P. Iadicicco, *Detenzione e “nuovi” diritti. il controverso inquadramento delle istanze connesse all'affettività e alla sessualità nell'esecuzione penale*, in *BioLaw Journal*, Rivista di BioDiritto, numero 4, 2022, p. 164.

secondo quanto sembrerebbe invece suggerire qualche passaggio dell'ordinanza di rimessione⁴⁴⁴; quanto piuttosto nella costrizione verso tali pratiche conseguente all'assenza di alternative. Ciò che è degradante, in altri termini, è la scelta "secca" tra una condizione di forzata astinenza totale, che costituisce una brutale amputazione di una espressione fondamentale della personalità come l'atto sessuale, e l'esercizio esclusivo di pratiche verso le quali, in libertà, la persona detenuta non avrebbe assolutamente optato». ⁴⁴⁵

Altra perplessità è stata manifestata riguardo a quanto sostenuto nell'ordinanza riguardo i destinatari di questi colloqui, secondo la magistrata rimettente infatti essi sarebbero prevedibili solamente entro il perimetro di un rapporto di coniugio e di convivenza stabile, questo perché la norma costituzionale che li proteggerebbe sarebbe l'articolo 29 Cost., ma come è stato fatto notare, «meno convincente è il riferimento alla tutela della famiglia quale limite costituzionale al divieto di incontri sessuali in carcere. In primo luogo, i quanto tale principio non sarebbe invocabile con riferimento ai casi di mera convivenza *more uxorio*, che la norma costituzionale, tuttavia, esclude dal proprio ambito di applicazione nel fare riferimento alla sola famiglia fondata sul matrimonio. Ma soprattutto il richiamo all'art. 29 Cost. è in contraddizione con il parametro costituzionale relativo al diritto alla salute. Se si ritiene, e la tesi sembra avere un solido fondamento, che la deprivazione sessuale possa incidere significativamente sull'equilibrio psico-fisico della persona detenuta, allora davvero non si vede perché questo diritto debba essere riconosciuto soltanto in funzione del mantenimento delle relazioni familiari o comunque del rapporto affettivo con il partner». ⁴⁴⁶ Quello che questi ultimi commentatori prospettano è un futuro che si proietta ancora più oltre della concessione di colloqui "intimi" con il proprio partner, in cui «il sesso, da elemento di consolidamento di un rapporto esistente con il mondo esterno, diventa rivendicazione di un diritto dell'individuo, quale modalità di estrinsecazione della personalità del singolo; fino alla richiesta, che da questo punto diverrebbe legittima, di fruire di prestazioni sessuali occasionali». ⁴⁴⁷

⁴⁴⁴ Si veda *supra*, stesso capitolo, stesso paragrafo, p. 96, nota 440.

⁴⁴⁵ C. Renoldi, *op. cit.*, in *Questione giustizia*, p. 220.

⁴⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁴⁷ *Ibidem*. Va collocata contra la posizione di quanti invece hanno ritenuto che sollevare la questione di legittimità costituzionale con riferimento anche alla violazione dell'articolo 32 e quindi della tutela del diritto alla salute sia scelta non condivisibile, tra questi, M. P. Iadicicco, *op. cit.*, p. 170: «poco convincente

Giungendo ora all'opinione espressa dalla Corte, questa ha giudicato la questione infondata per due ordini di motivi, sia procedurali sia di merito, prima di tutto per via della «zoppicante formulazione dell'atto di promovimento del Tribunale di sorveglianza di Firenze»,⁴⁴⁸ riportando le stesse parole della Consulta, essa ha affermato che: «come eccepito anche dall'Avvocatura generale dello Stato, il rimettente ha omesso di descrivere in modo adeguato la fattispecie concreta, e conseguentemente di motivare sulla rilevanza della questione. [...] Il giudice a quo si limita, infatti, a riferire di essere chiamato a pronunciarsi sul “reclamo” di un detenuto, senza precisarne affatto la natura e il contenuto, e quindi, senza indicare la ragione per la quale occorrerebbe fare applicazione della norma censurata nel caso di specie. [...] non specifica neppure, d'altra parte, a quale regime carcerario sia sottoposto il reclamante e, segnatamente, se possa o meno beneficiare dei permessi premio. [...] Per costante giurisprudenza di questa Corte, l'omessa o insufficiente descrizione della fattispecie oggetto del giudizio principale – non emendabile tramite la lettura diretta degli atti di tale giudizio, ostandovi il principio di autosufficienza dell'ordinanza di rimessione – impedisce la necessaria verifica della rilevanza della questione e ne determina, di conseguenza, l'inammissibilità».⁴⁴⁹

Il secondo motivo che ha portato il Giudice delle leggi a dichiarare l'inammissibilità è che «il *petitum*, sarebbe, inoltre, incongruo rispetto allo scopo perseguito»,⁴⁵⁰ infatti, precisa la Corte: «un intervento puramente e semplicemente ablativo della previsione del controllo visivo sui colloqui – quale quello in apparenza richiesto dal giudice a quo, alla luce della formulazione letterale del *petitum* – si rivelerebbe, per un verso, eccedente lo scopo perseguito e, per altro verso, insufficiente a realizzarlo».⁴⁵¹ La Corte poi puntualizza: «il controllo a vista del personale di custodia [...] persegue finalità generali

ci sembra anche la riconduzione del diritto alla sessualità al diritto costituzionale alla salute e ciò non già perché si disconosca l'ampia portata di questo diritto fondamentale, espressamente previsto in Costituzione, o perché si voglia negare che un'astinenza sessuale imposta sia destinata ad incidere sull'equilibrio psico-fisico e dunque sia causa di malessere. Ciò che non persuade di questa lettura, o meglio, ciò che si teme è che, insistendo solo sulla mortificazione del corpo, si possa perpetrare una narrazione svalutativa della sessualità, come impulso, quasi animalesco, incapace di essere controllato; diversamente, come già rilevato, nella sessualità corporeità ed emotività si fondono in un nesso difficilmente scindibile, di guisa che la loro riconduzione alla dimensione relazionale ed affettiva appare più appropriata».

⁴⁴⁸ A. Pugiotto, *La proibizione sessuale in carcere non è diversa dalla castrazione*, in *Voci di Dentro*, numero 49, 2023, p. 34.

⁴⁴⁹ Corte costituzionale, sentenza numero 301 del 19 dicembre 2012. A sostegno di questa affermazione la Corte stessa richiama la sentenza numero 338 del 2011, le ordinanze numero 93 del 2012 e numero 260 del 2011.

⁴⁵⁰ S. Talini, *op. cit.*, in *Quaderno ISSP*, p. 24.

⁴⁵¹ Corte costituzionale, sentenza numero 301 del 19 dicembre 2012.

di tutela dell'ordine e della sicurezza all'interno degli istituti penitenziari e di prevenzione dei reati. L'ostacolo all'esplicazione del "diritto alla sessualità" ne costituisce solo una delle conseguenze indirette, [...] l'asserita necessità costituzionale di rimuovere tale conseguenza non giustificherebbe, dunque, la caduta di ogni forma di sorveglianza sulla generalità dei colloqui. Al tempo stesso, l'eliminazione del controllo visivo non basterebbe comunque, di per sé, a realizzare l'obiettivo perseguito, dovendo necessariamente accedere ad una disciplina che stabilisca termini e modalità di esplicazione del diritto di cui si discute [...] operazioni che implicano, all'evidenza, scelte discrezionali, di esclusiva spettanza del legislatore».⁴⁵²

Nell'opinione della Corte non era possibile optare neanche per una sentenza additiva di principio: «l'esigenza costituzionale di riconoscere il diritto in parola, demandando al legislatore il compito di definire modi e limiti della sua esplicazione [...] [sarebbe risultata], infatti, essa stessa espressiva di una scelta di fondo [la Corte si riferisce alla prospettazione della giudice rimettente di veder garantito il diritto in questione solo ai detenuti sposati o con rapporti di convivenza *more uxorio* verificati e stabili] [che] non solo non è l'unica ipotizzabile ma non appare neppure coerente con larga parte dei parametri costituzionali evocati dallo stesso giudice a quo: talora "per eccesso", talaltra "per difetto"».⁴⁵³ Questo punto ad opinione di chi scrive si ritiene particolarmente importante per la coerenza del sistema di valori rappresentati dalla Carta costituzionale e i parametri a cui la Consulta fa riferimento sono il principio di uguaglianza, di rieducazione del reo e di umanizzazione della pena.⁴⁵⁴

Al tempo della redazione della sentenza, dato che la Corte aveva ritenuto di non poter pronunciare una sentenza additiva di principio solamente per questo motivo,⁴⁵⁵ senza prospettare però una soluzione, era stato evidenziato come in realtà, una possibile risposta fosse già stata delineata dalla stessa Consulta in una sentenza precedente⁴⁵⁶ in cui

⁴⁵² *Ibidem*.

⁴⁵³ *Ibidem*.

⁴⁵⁴ Cfr. S. Talini, *op. cit.*, in Quaderno ISSP, numero 13, 2015, p. 25.

⁴⁵⁵ «La contrarietà di allora del Giudice delle leggi non fu, quindi, allo strumento in sé dell'additiva, ma al suo essere stato piegato per veicolare una specifica soluzione costituzionalmente non obbligata», A. Pugiotto, *op. cit.*, p. 43.

⁴⁵⁶ Così S. Talini, *op. cit.*, in Quaderno ISSP, numero 13, 2015, p. 26: «anche sotto questo profilo l'impasse potrebbe essere superata attraverso un attento bilanciamento dei valori in gioco. In effetti, se l'obbligatorietà del controllo a vista - come confermato dalla Corte - trova la sua ragion d'essere nella necessità di apprestare adeguata tutela all'ordine e alla sicurezza negli istituti, un'eventuale limitazione dei profili soggettivi del diritto potrebbe trovare legittimazione proprio nella necessità di tutelare tali esigenze non essendo «irragionevole od arbitrario [...] che il legislatore adotti soluzioni diversificate per la famiglia fondata sul

essa aveva sostenuto che «non può ritenersi dunque irragionevole ed arbitrario che [...] il legislatore adotti soluzioni diversificate per la famiglia fondata sul matrimonio, contemplata nell'art. 29 della Costituzione, e per la convivenza *more uxorio*: venendo in rilievo, con riferimento alla prima, a differenza che rispetto alla seconda, non soltanto esigenze di tutela delle relazioni affettive individuali, ma anche quella della protezione dell'«istituzione familiare», basata sulla stabilità dei rapporti di fronte alla quale soltanto si giustifica l'affievolimento della tutela del singolo componente [...]».⁴⁵⁷

Oggi, quanto stabilito dalla Corte nel 2000, successivamente adottato come base per una possibile soluzione del problema dell'affettività in carcere quale criterio per giustificare differenziazioni tra detenuti coniugati e non, appare evidentemente anacronistico per via dei mutamenti sociali e poi legislativi intervenuti in materia⁴⁵⁸; è pertanto rilevante notare che la Corte costituzionale si è recentemente pronunciata anche su questo argomento nella sentenza 10 del 2024, che si approfondirà *infra*, par. 3.3.

Nonostante la pronuncia di inammissibilità, per via del richiamo all'azione legislativa insieme all'affermazione che quella dell'affettività e sessualità in carcere sia «una esigenza reale e fortemente avvertita [e che] [trovi] attualmente, nel nostro ordinamento, una risposta solo parziale nel già ricordato istituti dei permessi premio, [...] la cui fruizione – stanti i relativi presupposti, soggettivi ed oggettivi – resta in fatto preclusa a larga parte della popolazione carceraria [e che sia] un problema che merita ogni attenzione da parte del legislatore, anche alla luce delle indicazioni provenienti dagli atti sovranazionali richiamati dal rimettente»;⁴⁵⁹ la sentenza è stata definita a valenza monitoria⁴⁶⁰ e se ne è evidenziata l'importanza.

matrimonio, contemplata nell'art. 29 della Costituzione, e per la convivenza “*more uxorio*”». Contra G. Moscatelli, *op. cit.*, p. 7: «è pur vero che privare infatti un qualsiasi soggetto di ogni tipo di contatto fisico crea danni irreparabili sia a livello umano, come distorsioni della propria personalità e degli impulsi sessuali, sia a livello di sicurezza interna ed esterna e dovrebbe essere un diritto fondamentale per ogni individuo».

⁴⁵⁷ Corte costituzionale, sentenza numero 352 del 12 luglio 2000.

⁴⁵⁸ Si sta facendo riferimento alla legge 76 del 20 maggio 2016, già citata *supra*, capitolo II, par. 2.3, p. 53.

⁴⁵⁹ Corte costituzionale, sentenza numero 301 del 19 dicembre 2012.

⁴⁶⁰ M. Ruotolo, *Tra integrazione e maieutica: Corte costituzionale e diritti dei detenuti*, in Rivista AIC, numero 3, 2016, p. 30: «ed è qui che la pronuncia assume valenza monitoria, inserendosi nel contesto di un dibattito, le cui origini sono invero risalenti nel tempo, che tende in modo sempre più puntuale a rivendicare l'esigenza di una proiezione normativa del bisogno della sessualità, non già quale strumento per migliorare il benessere del detenuto (e del suo partner) ma come diritto il cui esercizio non può essere disconosciuto in quanto in sé non incompatibile con lo stato di reclusione. Ciò richiede, come precisa la Corte costituzionale, la determinazione di «misure organizzative» specifiche, la cui adozione dovrebbe ritenersi non più procrastinabile in quanto, in assenza di esse, il diritto del detenuto non è limitato nelle sue possibilità di esercizio (come è logico che sia, in ambiente carcerario) ma negato in radice, disconosciuto, anziché

Come è stato infatti correttamente sottolineato «sarebbe stato agevole fermarsi all'inammissibilità della *questio*, [il non averlo fatto porta a] dedurre la volontà del Giudice delle leggi di non sprecare l'occasione per allertare tutti: proibire il diritto alla sessualità tra le mura del carcere – avverte la Corte – pone un serio problema di spessore costituzionale». ⁴⁶¹

Il punto dirimente, emerso sia nell'ordinanza, sia nella pronuncia della Consulta che si ritiene doveroso evidenziare è che non si tratta di «[...] valutare la previsione della sessualità intramuraria in termini etici o morali»⁴⁶², quanto piuttosto [di] interrogarsi sul bilanciamento tra valori costituzionali. Qui il nucleo della *quaestio*: stabilire quando la

riconosciuto come vorrebbe l'art. 2 Cost.». Nello stesso senso già precedentemente S. Talini, *op. cit.*, in *Studium Iuris*, numero 10, 2013, p. 1096: «occorre inoltre rilevare la valenza anche monitoria dell'intervento della Corte. La giurisprudenza costituzionale sembra chiedere – seppur in controtelaio – l'inserimento nell'agenda parlamentare di un intervento teso a riconoscere la possibilità di intrattenere rapporti intimi con il *partner* anche per coloro che non possono godere dei permessi premio all'esterno: se la rieducazione è un contenuto ontologico della pena, essa difficilmente potrà prescindere dall'espressione anche fisica dell'affettività, quale connotato dell'identità individuale da tutelare anche nei confronti di ingerenze dell'autorità statale». Sempre nello stesso senso M. Salerno, *op. cit.*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 1, 2017, p. 15: «tuttavia, la sentenza in questione ha assunto un'importante valenza monitoria. Una riforma del sistema penitenziario idonea ad apprestare adeguata tutela all'espressione anche fisica dell'affettività sarebbe auspicabile, specialmente alla luce delle indicazioni provenienti dagli atti sovranazionali, dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e dell'esperienza comparatistica». Sempre in questo senso A. Pugiotto, *Della castrazione di un diritto. La proibizione della sessualità in carcere come problema di legalità costituzionale*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2019, 2-bis, *cit.*, p. 20: «va a messa a valore invece la portata monitoria della pronuncia della Consulta, in ciò spintasi ben oltre il parere consultivo di Palazzo Spada [l'autore si riferisce al parere del Consiglio di Stato del 2000, citato *supra*, capitolo II, par. 2.4.1, p. 78]: da essa, infatti, si ricava un altro elemento di prova circa l'operatività dietro le sbarre di un vero e proprio dispositivo proibizionista».

Parzialmente *contra* rispetto alla valenza monitoria, F. Fiorentin, *Affettività e sessualità in carcere: luci e ombre di una pronuncia che rimanda al difficile dialogo con il legislatore*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, fascicolo 6, 2012, p. 4729: «ma proprio il dialogo avviato dalla Consulta con il legislatore sul campo della disciplina della sessualità in ambito penitenziario rischia di rivelarsi il portato meno appagante della decisione che si annota, non soltanto alla luce di non confortanti “precedenti” sul terreno del dialogo tra i *conditores legum* e la Consulta sui temi di politica penitenziaria; ma soprattutto perché i giudici costituzionali, nel rimandare la palla nel campo del legislatore, finiscono per accettare il rischio di una dilatazione *sine die* dei tempi di approntamento dell'auspicata disciplina normativa in materia di affettività dei detenuti, con l'ulteriore pericolo – per nulla remoto – di frustrare ulteriormente le aspettative di un allineamento del diritto interno alle più avanzate realtà degli ordinamenti penitenziari vigenti negli altri Paesi europei».

⁴⁶¹ A. Pugiotto, *op.cit.*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2019, 2-bis, *cit.*, p. 21. Nello stesso senso A. Zaffanella, *Dal perimetro della cella a quello del cuore: l'affettività in carcere*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2019, 2-bis, *cit.*, p. 191: « Si può pertanto ben affermare che la Corte non abbia negato l'esistenza di una questione “affettività”, la quale risulta a tutti gli effetti un diritto negato: un grave *vulnus* per l'ordinamento, che anziché favorire il reinserimento sociale del reo lo lascia naufragare nel limbo dell'isolamento».

⁴⁶² Di altra opinione C. Renoldi, *op. cit.*, p. 221, in cui pur augurandosi un intervento della Consulta che riconosca tale diritto, scrive che «la realtà del carcere, in questi decenni, ci ha insegnato che non basta affermare l'esistenza di un diritto, sia pure dallo scranno più autorevole. Soprattutto in presenza di questioni che, come questa, involgono profili non soltanto giuridici, ma anche etici e comunque “di valore”, in specie in un Paese come il nostro, all'intervento giuridico deve affiancarsi un impegno che è soprattutto “culturale”».

preminenza delle esigenze di sicurezza debba ritenersi giustificata, se non si vuole rischiare di relegare le ipotesi di riconoscimento dei diritti costituzionalmente garantiti al rango di mera eccezione».⁴⁶³

Questo fatto assume ulteriore rilevanza considerando che, nonostante la Corte costituzionale abbia affermato che la mera eliminazione del controllo visivo non sarebbe sufficiente per il riconoscimento del diritto alla sessualità entro gli istituti penitenziari, sussiste ancora un interrogativo: «l'eliminazione dell'obbligatorietà del controllo [...] non sarebbe comunque costituzionalmente auspicabile nell'ottica di consentire al detenuto maggiore libertà e naturalezza nelle manifestazioni affettive – da intendersi in senso ampio come rapporto detenuto-famiglia – sicuramente influenzate in termini di soggezione, dalla costante presenza di un agente di custodia [?]]».⁴⁶⁴

Negli anni successivi alla decisione della Consulta, permanendo l'inerzia del legislatore – è già stato illustrato *supra*, capitolo II, par. 2.4.2, 2.4.3, 2.4.4 quanto la strada dell'intervento legislativo si sia rivelata deludente – si è tornati a sottolineare come fosse «improcrastinabile la necessità di un cambiamento, di una riforma che garanti[sse] il diritto alla sessualità intramuraria anelata da anni e, in tale prospettiva, appari[sse] quanto mai necessaria una pronuncia della Consulta, che suppli[sse] al frammentato quadro normativo, causato dall'ipocrisia di un legislatore non adeguato ai tempi».⁴⁶⁵

⁴⁶³ S. Talini, *op. cit.*, in *Costituzionalismo.it*, fascicolo 2, 2015, p. 14., opinione dalla medesima autrice espressa anche in altri contributi, già riportati per esempio *supra*, p. 96 nota 434. Nello stesso senso M. Salerno, *op. cit.*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 1, 2017, p. 17: «la *vexata quaestio* è stabilire quando la preminenza di esigenze di sicurezza sociale su quelle trattamentali della persona condannata debba ritenersi giustificata». A proposito, è stato sapientemente notato come allo stato attuale «la preclusione assoluta del diritto, lungi dall'essere risultato di una mera svista normativa, appare frutto di una precisa volontà legislativa tesa a privilegiare, nel processo di bilanciamento di valori, le esigenze di sicurezza che assumono – almeno in questo contesto – una posizione di preminenza tale da negare tout court il riconoscimento del diritto», S. Talini, *op. cit.*, in *Quaderno ISSP*, numero 13, 2015, p. 17, la quale a sua volta richiama S. Milazzo e B. Zammitti, *op. cit.*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2, 2012, p. 102: «Tutto ciò significa che bisogna sapientemente coniugare le esigenze trattamentali della persona condannata con quelle di sicurezza sociale, in altri termini occorre ponderare i naturali bisogni di affettività della persona reclusa con la necessità di circoscrivere la pericolosità sociale del reo e di prevenire il rischio di recidiva».

⁴⁶⁴ S. Talini, *op. cit.*, in *Quaderno ISSP*, numero 13, 2015, p. 25.

⁴⁶⁵ G. Moscatelli, *op. cit.*, in *Archivio Penale*, numero 1, 2023, p. 9. Contra, M. Baroni, *Amare in carcere. Prospettive di riforma contro il rischio di destrutturazione soggettiva*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2019, 2-bis, p. 286: «Il grado di articolazione delle possibili ramificazioni del diritto all'affettività in carcere permette di comprendere facilmente perché l'apporto giurisprudenziale, per quanto sempre più significativo anche nei paesi di civil law, sia ben lungi dal potersi definire risolutivo. Gli aspetti problematici, d'altronde, appaiono eccessivamente numerosi e diffusi per poter sperare nell'efficacia di una regolazione costituita unicamente da silenzi normativi e interventi giurisprudenziali, tanto più ove si consideri l'atteggiamento di self-restrain tipico delle massime Corti (di cui è uno strenuo sostenitore anche il Giudice delle leggi italiano, costantemente attento a non travalicare il limite della discrezionalità legislativa. In tal senso, la citata 301/2012 ne costituisce uno degli esempi più chiari, seppur non l'unico)». Sempre sul tema del rapporto

Studiosi di diritto costituzionale, penitenziario, esperti del tema, hanno proseguito nel dibattito sulla questione, esplorando anche possibili soluzioni concrete, individuando un piano scandito in più punti⁴⁶⁶ e fornendo indicazioni su come si dovesse nuovamente adire il Giudice delle leggi,⁴⁶⁷ ritenendo che «la decisione assunta in chiave negativa si conclude[sse], ad ogni modo, con una proposta riformatrice nel senso di potersi eventualmente sollevare un’analoga questione di legittimità del secondo comma dell’articolo in esame, laddove non prevede delle eccezioni al controllo costante».⁴⁶⁸

tra attività legislativa e sua discrezionalità e i giudizi di costituzionalità si veda M. P. Iadicicco, *op. cit.*, in *BioLaw Journal*, *Rivista di BioDiritto*, numero 4, 2022, pp. 165-166: «Il monito lanciato dalla Corte nella sentenza n. 301 del 2012 e l’atteggiamento “silente” ma indiscutibilmente consapevole, assunto in questi anni dagli organi di indirizzo politico in ordine alla regolazione della sessualità intramuraria e alla rimozione degli ostacoli che ne impediscono l’esercizio, rinviano ed inducono ad approfondire una questione che tocca un nodo teorico di fondo, quello dei rapporti tra discrezionalità legislativa e giudizio di costituzionalità, sui quali da tempo è impegnata la dottrina. [...] Più forti critiche si sono levate con riferimento ad un filone giurisprudenziale che ha investito proprio la materia penale nel quale il giudice costituzionale, prendendo atto di una protratta inerzia del legislatore, pur a fronte di moniti più o meno puntuali contenuti in precedenti pronunce di inammissibilità per rispetto della discrezionalità legislativa, si è spinto ad intervenire “in seconda battuta” in modo più penetrante di quanto il limite della discrezionalità del legislatore non consenta “in prima battuta”, al fine di rimuovere il *vulnus* costituzionale riscontrato. Tale ricostruzione, che è stata fatta propria dalla Consulta già in diversi casi, a cominciare dal noto caso Cappato, muove dall’esigenza di rimediare a quelle inerzie del legislatore produttive di omissioni incostituzionali che, ove perpetrate *sine die*, lascerebbero prive di ogni effettività situazioni giuridiche soggettive costituzionalmente fondate. Com’è noto, siffatta impostazione e la sua applicazione in concreto hanno incontrato molte critiche; tra le tante merita particolare attenzione quella rivolta da chi, riprendendo precedenti considerazioni, ha nuovamente evidenziato che l’inerzia del legislatore meriterebbe di essere inquadrata anche come un’implicita scelta di non dare riconoscimento a determinate istanze, pur emergenti nella coscienza sociale, istanze sulle quali sovente il testo costituzionale tace, anche se interpretato estensivamente. Un’obiezione questa meritevole di particolare attenzione e che, in particolare nel caso qui in esame, giunge esattamente al nocciolo della questione, l’esistenza e il fondamento costituzionale di un diritto alla sessualità che possa esercitarsi anche durante e nonostante la detenzione, a meno che non esistano comprovate esigenze di ordine e sicurezza».

⁴⁶⁶ Per un approfondimento si veda, A. Pugiotto, *op. cit.*, p. 38.

⁴⁶⁷ *Ivi*, p. 43: «Diversamente, andrà chiesto alla Corte che accerti l’incostituzionalità della disciplina penitenziaria nella parte in cui non consente alle persone sottoposte a restrizione della libertà personale modalità di incontri prolungati e riservati, sottratti al controllo a vista del personale di custodia, al fine di tutelare il diritto all’intimità affettiva e sessuale del detenuto e dell’internato¹⁴³. L’oggetto della quaestio andrà indicato nella norma vivente risultante dal combinato disposto degli artt. 18, comma 2, e 28, legge n. 354 del 1975 e delle relative norme regolamentari, quale unitaria matrice di un operante dispositivo proibizionista. L’esigenza costituzionale che la Consulta sarà così chiamata a riconoscere con la forza del suo giudicato, potrà svolgere la funzione che è propria di ogni sentenza additiva di principio».

⁴⁶⁸ C. Olivo, *Affetti e carcere: prospettive intramurarie di riforma nel bilanciamento tra esigenza di tutela contrapposte*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2-bis, 2019, *cit.*, p. 143.

3.2 Una nuova questione di legittimità costituzionale: l'ordinanza del Magistrato di sorveglianza di Spoleto del 12 gennaio 2023

Quanto esposto nel paragrafo precedente ha dato impulso alla sollevazione di una nuova questione di legittimità costituzionale, sempre da parte di un magistrato di sorveglianza, a distanza di più di 10 anni dal monito offerto dalla Corte costituzionale nel 2012. Si tratta della ordinanza numero 5 del 12 gennaio 2023⁴⁶⁹, che è stata descritta come «l'ultimo tassello di un già avviato percorso giurisprudenziale in materia di riconoscimento dell'intimità-sessualità intramuraria per le persone ristrette all'interno delle mura penitenziarie».⁴⁷⁰

In questa occasione il magistrato di sorveglianza di Spoleto, onde evitare una dichiarazione di inammissibilità, ha puntualmente e diffusamente illustrato la fattispecie concreta da cui origina la sollevazione della questione di legittimità costituzionale. Il rimettente espone dunque nell'ordinanza che il caso in questione riguarda un detenuto che lamenta – investendolo della questione in quanto magistrato di sorveglianza – tramite reclamo, le «modalità con le quali l'istituto penitenziario gli consente di svolgere i previsti colloqui visivi con i familiari, tra i quali la figlia minore e la compagna».⁴⁷¹ Il magistrato chiarisce alla Consulta di aver chiesto informazioni all'istituto in cui si trova il detenuto perché precisasse «quali [fossero] le modalità con le quali [fosse] consentito al condannato di incontrare i propri familiari, se [fosse] prevista una permanente vigilanza da parte del personale di polizia penitenziaria e su quali basi la stessa [fosse] imposta, volendo poi descrivere i locali in cui i colloqui avvengono, rappresentando se negli stessi sia possibile lo svolgimento di un colloquio con caratteristiche di riservatezza o di intimità».⁴⁷² Il giudice rimettente successivamente riporta anche la risposta della Direzione, la quale: conferma che una vigilanza è sempre prevista, sia attraverso il personale direttamente presente nella sala colloqui che tramite videosorveglianza e specifica, inoltre, che tali colloqui possono coinvolgere contemporaneamente più famiglie; la direzione sottolinea anche di attenersi a quanto stabilito agli articoli 18 co. 2 o.p. e 61 del regolamento di esecuzione. Questa informazione, in particolare, è stata

⁴⁶⁹ Ordinanza consultabile in Gazzetta Ufficiale, 1ª Serie Speciale, numero 6, 08 febbraio 2023, pp. 40-48.

⁴⁷⁰ S. Talini, *Un passo decisivo verso la garanzia della sessualità intramuraria*, in Sistema Penale, numero 3, 2023, p. 34.

⁴⁷¹ Ordinanza consultabile in Gazzetta Ufficiale, 1ª Serie Speciale, numero 6, 08 febbraio 2023, p. 40.

⁴⁷² *Ibidem*.

utilizzata dal giudice rimettente per argomentare la rilevanza della questione, precisando che «a fronte dell'attuale normativa, dunque, non è censurabile l'agire dell'amministrazione e il reclamo-istanza del detenuto è destinato al rigetto, ove le disposizioni vigenti siano considerate compatibili con il quadro costituzionale, mentre viceversa il raccoglimento della questione di costituzionalità potrebbe condurre all'opposta conseguenza. Di qui la rilevanza della questione che oggi si sottopone al Giudice delle leggi». ⁴⁷³

Un altro passo significativo dell'ordinanza del 2023 è la chiara esposizione da parte del giudice rimettente della storia e della posizione giuridica del detenuto che ha presentato il reclamo ⁴⁷⁴, con ciò «[proteggendo la propria questione dallo spettro dell'inammissibilità]» ⁴⁷⁵ e offrendo alla Corte costituzionale un quadro sufficiente a pronunciarsi, evitando che dichiarasse la questione inammissibile per insufficiente descrizione della fattispecie concreta e della sua rilevanza, come invece era accaduto nella sentenza del 2012. ⁴⁷⁶

Il magistrato rimettente, inoltre, circostanzia con precisione il *petitum*, contrariamente alla magistrata di Firenze a cui era stato rilevato che «[...] si era limitata

⁴⁷³ Ordinanza consultabile in Gazzetta Ufficiale, 1ª Serie Speciale, numero 6, 08 febbraio 2023, p. 43. Il magistrato illustra l'attuale normativa cui si riferisce e precisa: «l'istante allo stato non ha alternative a formulare la doglianza oggetto del reclamo, ed il magistrato di sorveglianza, che deve valutarlo ai sensi degli art. 35-bis e 69 comma 6 lettera b) ord. penit. ha già potuto verificare la rispondenza dell'agire dell'amministrazione a disposizioni normative che, in particolare nell'art. 18 comma 3 ord. penit., impongono di interdire momenti di intimità, specialmente di tipo sessuale, durante il colloquio visivo. La stessa S.C. con la risalente sentenza 1553/1992 significativamente afferma che "il vigente ordinamento penitenziario esclude, per i detenuti, la facoltà di rapporti sessuali, anche tra persone unite in matrimonio, nel carcere" ed aggiunge che tale esclusione appare conseguenza diretta della privazione della libertà personale, ma quest'ultima espressione non sembra tener conto di un contesto sovranazionale in cui diffusamente la privazione della libertà personale non si associa affatto ad un divieto assoluto di esercitare la sessualità con il/la partner in libertà, in appositi momenti di incontro, né si confronta con l'assenza di una previsione di tale divieto tra le pene, anche accessorie, previste nel codice penale».

⁴⁷⁴ Nell'ordinanza viene così scritto: «come affermato dallo stesso interessato nel suo reclamo-istanza, il R è detenuto dall'11 luglio 2019, attualmente con posizione giuridica di definitivo, in relazione al cumulo che comprende fatti di tentato omicidio, furto aggravato, evasione ed altro, con fine pena al 10 aprile 2026. Il condannato non dispone, anche all'esito del suo trasferimento nell'istituto penitenziario di Terni avvenuto soltanto a marzo 2022, di un programma di trattamento redatto in suo favore, tanto meno aperto alle esperienze premiali esterne, è anche in un passato piuttosto recente incorso in alcune sanzioni disciplinari, non ha ottenuto la liberazione anticipata, mentre alla luce degli elementi relativi al comportamento sin qui succinti, eventuali istanze di permesso premio, se pur ammissibili, appaiono allo stato nel merito difficilmente accoglibili, in assenza di un programma di trattamento che le preveda, ma anche a fronte delle condotte penitenziarie del condannato, inidonee ad integrare il requisito della buona condotta previsto dall'art. 30-ter ord. penit.

⁴⁷⁵ R. De Vito, *Frammenti di un nuovo discorso amoroso: la Corte costituzionale n. 10 del 2024 e l'affettività in carcere*, in *Questione Giustizia*, <https://www.questionegiustizia.it/articolo/corte-cost-affettivita>.

⁴⁷⁶ Si veda *supra*, par. 3.1, p. 98.

a richiedere l'ablazione *tout court* del “controllo visivo”, con l'ovvia implicazione, come ben stigmatizzato dalla stessa Consulta, di comportare un effetto ben più ampio del necessario»⁴⁷⁷, nell'ordinanza in esame invece il giudice esplicitamente «dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 18 ord. penit. nella parte in cui non prevede che alla persona detenuta sia consentito, quando non ostino ragioni di sicurezza, di svolgere colloqui intimi, anche a carattere sessuale, con la persona convivente non detenuta, senza che sia imposto il controllo a vista da parte del personale di custodia».⁴⁷⁸

Le differenze delineate, che costituivano già la premessa per una pronuncia diversa da parte della Corte costituzionale, riguardano motivi di ordine procedurale, si ritiene importante sottolineare che, anche dal punto di vista del merito, diversi commentatori hanno notato fin da subito come questa nuova ordinanza avrebbe potuto risultare in un diverso esito rispetto alla precedente.⁴⁷⁹ A proposito è stato infatti precisato come «la dichiarata inammissibilità non appare, tuttavia, preclusiva per l'accoglimento della questione attualmente all'esame dei giudici costituzionali. Rileva, in primo luogo, il mutamento del quadro normativo [...], in secondo luogo, ai fini del superamento del precedente approdo giurisprudenziale, assai rilevante appare l'immobilismo parlamentare nonostante la valenza monitoria della sentenza n. 301 del 2012».⁴⁸⁰ È significativo notare che l'esistenza di tale precedente è stata ignorata dal legislatore, ma è stato proprio ciò a rappresentare un fattore di mutamento che ha conferito all'ordinanza del 2023 una potenziale portata innovativa; invero, data l'esistenza di tale monito costituzionale, l'atteggiamento di totale indifferenza del Parlamento, evidenziato dal fallimento di qualsiasi tentativo di legiferare sul tema, è diventato di per sé, una scelta. Ci si è chiesti perciò: «che senso avrebbe un nuovo monito a dieci anni dal primo e deliberatamente disatteso? Sarebbe come ammettere – da parte dei giudici costituzionali – che i loro sono *penultimatum*, ai quali i primi a non credere sono loro stessi, figurarsi il legislatore».⁴⁸¹

Tutti questi aspetti, quali il cambiamento del contesto normativo, il rapporto tra il giudizio di costituzionalità e la discrezionalità legislativa, e il mancato intervento

⁴⁷⁷ A. Menghini, *op. cit.*, p. 1192.

⁴⁷⁸ Ordinanza consultabile in Gazzetta Ufficiale, 1ª Serie Speciale, numero 6, 08 febbraio 2023, p. 48.

⁴⁷⁹ Previsione che si è rivelata corretta, in quanto è stata confermata dalla Corte costituzionale stessa con la dichiarazione di inammissibilità pronunciata nella sentenza 10 del 2024 di cui si dirà *infra*, par. 3.3.

⁴⁸⁰ S. Talini, *op. cit.*, in Sistema Penale, numero 3, 2023, pp. 42-43.

⁴⁸¹ A. Pugiotto, *op. cit.*, in Voci di Dentro, numero 49, 2023, p. 35.

legislativo, si intrecciano tra loro strettamente, come chiaramente illustrato dal giudice rimettente nella sua ordinanza del 2023, al fine di sottolineare che la questione sia da «isciversi dunque nell’ambito delle questioni la cui risoluzione appare specialmente urgente».⁴⁸²

Il magistrato di Spoleto individua innanzitutto un elemento di novità rispetto al 2012 nella «protratta inerzia del legislatore sul tema, pur a fronte di un già esplicito monito da parte della Corte costituzionale».⁴⁸³ Successivamente richiama alla Corte la sua stessa giurisprudenza in tema di rapporti tra il suo giudizio e la discrezionalità del legislatore, ricordandole come «nel corso degli ultimi anni, può parallelamente prendersi atto di una giurisprudenza costituzionale che ha valorizzato, al di là dello spazio stretto delle “rime obbligate”, innanzitutto l’opportunità di vagliare la sussistenza nella legge di eventuali parametri cui ancorare ragionevolmente la soluzione normativa ritenuta idonea perché siano rispettati i principi costituzionali».⁴⁸⁴

⁴⁸² Ordinanza consultabile in Gazzetta Ufficiale, 1^a Serie Speciale, numero 6, 08 febbraio 2023, p. 48.

⁴⁸³ *Ivi*, p. 47.

⁴⁸⁴ *Ibidem*. La giurisprudenza costituzionale a cui fa riferimento il magistrato è contenuta nella sentenza 236/2016, in cui la Corte scrive: «per non sovrapporre la propria discrezionalità a quella del Parlamento rappresentativo, finendo per esercitare un inammissibile potere di scelta (sentenza n. 22 del 2007) in materia sanzionatoria penale, la valutazione di questa Corte deve essere condotta attraverso precisi punti di riferimento, già rinvenibili nel sistema legislativo. Anche nel giudizio di “ragionevolezza intrinseca” di un trattamento sanzionatorio penale, incentrato sul principio di proporzionalità, è infatti essenziale l’individuazione di soluzioni già esistenti, idonee a eliminare o ridurre la manifesta irragionevolezza lamentata (sentenza n. 23 del 2016). Solo se condotta secondo queste modalità, la valutazione si mantiene fedele al costante orientamento della giurisprudenza costituzionale, in base al quale, in tema di trattamento sanzionatorio penale, è consentito emendare le scelte del legislatore “in riferimento a grandezze già rinvenibili nell’ordinamento” (sentenze n. 148 del 2016 e n. 22 del 2007): giacché obiettivo del controllo sulla manifesta irragionevolezza delle scelte sanzionatorie non è alterare le opzioni discrezionali del legislatore, ma ricondurre a coerenza le scelte già delineate a tutela di un determinato bene giuridico, procedendo puntualmente, ove possibile, all’eliminazione di ingiustificabili incongruenze. Tale orientamento si ritrova anche nella sentenza 113/2020, in cui la Consulta afferma: «d’altra parte, l’introduzione, ad opera dell’art. 3, comma 1, lettera b), del decreto-legge 23 dicembre 2013, n. 146 (Misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria), convertito, con modificazioni, nella legge 21 febbraio 2014, n. 10, della disciplina di cui all’art. 35-bis ordin. penit. sul reclamo giurisdizionale avverso le decisioni delle autorità penitenziarie che riguardano il detenuto, fornisce oggi – come giustamente rileva il giudice a quo – un “precis[o] punto di riferimento, già rinvenibil[e] nel sistema legislativo” (sentenza n. 236 del 2016) idoneo a eliminare il vulnus riscontrato, ancorché non costituente l’unica soluzione costituzionalmente obbligata (sentenze n. 242, n. 99 e n. 40 del 2019, nonché n. 233 e n. 222 del 2018)».

Il giudice rimettente rintraccia sia nel sistema minorile⁴⁸⁵, sia nella nuova formulazione dell'articolo 18 comma 3 dopo il decreto legislativo 123/2018⁴⁸⁶, sia nella realizzazione di «progetti pilota rispetto alla costruzione di strutture e prefabbricati all'interno degli istituti penitenziari, volti a concretizzare quanto già previsto dalla novella del 2018»,⁴⁸⁷ quei parametri a cui la Corte potrebbe legare un diverso giudizio rispetto al 2012, non più di inammissibilità.⁴⁸⁸ Si è detto a proposito che il magistrato abbia così immaginato da parte della Consulta «una pronuncia manipolativa a *rime possibili*».⁴⁸⁹

⁴⁸⁵ «Nel caso che ci occupa si è quindi visto come, nel sistema minorile [...] sia stata ormai introdotta una disciplina significativa e specifica in materia nell'art. 19 comma 3 decreto legislativo 121/2018», così l'ordinanza consultabile in Gazzetta Ufficiale, 1ª Serie Speciale, numero 6, 08 febbraio 2023, p. 47. L'art. 19 co. 3 d.lgs. 121/2018 recita: «al fine di favorire le relazioni affettive, il detenuto può usufruire ogni mese di quattro visite prolungate della durata non inferiore a quattro ore e non superiore a sei ore, con una o più delle persone di cui al comma 1». È stato sottolineato come «l'assenza di analogha previsione – idonea a consentire l'intimità degli incontri – in riferimento ai detenuti adulti configura un'evidente irragionevolezza normativa», così A. Pugiotto, *op. cit.*, in Voci di Dentro, numero 49, 2023, p. 35.

⁴⁸⁶ Esso dopo la modifica dispone infatti: «i colloqui si svolgono in appositi locali sotto il controllo a vista e non auditivo del personale di custodia. I locali destinati ai colloqui con i familiari favoriscono, ove possibile, una dimensione riservata del colloquio e sono collocati preferibilmente in prossimità dell'ingresso dell'istituto. Particolare cura è dedicata ai colloqui con i minori di anni quattordici». I locali così come previsti nell'opinione del magistrato «potrebbero opportunamente essere adattati anche per incontri intimi, purché fosse rimosso l'ostacolo oggi rappresentato dalla previsione dell'inevitabile controllo a vista», così sempre nell'ordinanza consultabile in Gazzetta Ufficiale, 1ª Serie Speciale, numero 6, 08 febbraio 2023, p. 47.

⁴⁸⁷ Ordinanza consultabile in Gazzetta Ufficiale, 1ª Serie Speciale, numero 6, 08 febbraio 2023, p. 47.

⁴⁸⁸ In questo stesso senso A. Pugiotto, *op. cit.*, in Voci di Dentro, p. 36: «Secondo un recente (ma già consolidato) orientamento della giurisprudenza costituzionale, è possibile dichiarare ammissibile e accogliere una quaestio legitimitatis laddove sia rinvenibile nell'ordinamento una “soluzione costituzionalmente adeguata, benché non obbligata” (sent. n. 40/2019), che la Corte potrà utilizzare per risolvere nel merito il dubbio posto dal giudice a quo. È una nuova tecnica manipolativa, a rime possibili, nata nell'ambito del sindacato di costituzionalità della misura delle pene, ma che la Consulta ha già esteso anche ad altri ambiti ordinamentali (cfr. sent. n. 62/2022, in tema di riequilibrio della rappresentanza di genere). Dunque, generalizzabile. Ebbene, l'art. 19 dell'ordinamento penitenziario minorile può rappresentare proprio quel gancio normativo necessario alla Corte costituzionale per pronunciare la sentenza additiva richiesta dal Magistrato di sorveglianza di Spoleto».

Sempre nello stesso senso: «al fine di scongiurare il rischio di un possibile trincerarsi della Corte costituzionale dietro un prevedibile *non liquet* in una materia tanto delicata, ha ricordato alla Consulta come la stessa, a far data dal 2018, abbia superato, con riferimento alle sentenze additive, la regola delle c.d. “rime obbligate”, ove nell'ordinamento siano già rinvenibili dei punti di riferimento, che nel caso di specie, a detta del giudice a quo, potrebbero individuarsi nelle neo introdotte visite prolungate del sistema dell'esecuzione minorile», così A. Menghini, *op. cit.* in Diritto penale e processo, numero 9, 2023, p. 1196.

⁴⁸⁹ Eleonora Santoro, *op. cit.*, p. 1128. Per un approfondimento su tale espressione “rime possibili”, si rinvia a M. Ruotolo, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in Rivista AIC, numero 2, 2019, pp. 649-650, dove l'autore ripercorre la storia «dell'intuizione crisafulliana delle “rime obbligate” per arrivare a sostenere: «che si vada attenuando la “morsa” delle rime obbligate, almeno in un'ipotesi specifica, che è quella del mancato o inidoneo intervento legislativo a seguito del monito della Corte, non importa se espresso in pronuncia di inammissibilità o di rigetto. È come se la discrezionalità del legislatore sia divenuta limite “relativo” per l'intervento della Corte, superabile ove non vi sia stato “seguito” all'invito ad esercitarla in concreto». Ha poi meglio specificato quanto detto lo stesso M. Ruotolo, *Oltre le “rime obbligate”?*, in Federalismi.it, numero 3, 2021, p. 60: «Ebbene, le “rime obbligate” sembrerebbero ancora impedire alla Corte un intervento immediato, “in prima battuta” ove la

Inoltre, il magistrato di Spoleto richiama anche la possibilità di una pronuncia della Corte di incostituzionalità prospettata⁴⁹⁰: «si fa riferimento a pronunce che, esibendo profili di incostituzionalità di una certa soluzione normativa, concedono un tempo al Parlamento per intervenire, riservandosi all'esito il vaglio di quanto operato dal legislatore»,⁴⁹¹ con ciò correttamente evidenziando come tuttavia tale soluzione «ha l'effetto di lasciare in vita – e dunque esposta a ulteriori applicazioni, per un periodo di tempo non preventivabile – la normativa non conforme a Costituzione. La eventuale dichiarazione di incostituzionalità conseguente all'accertamento dell'inerzia legislativa presuppone, infatti, che venga sollevata una nuova questione di legittimità costituzionale, la quale può, peraltro, sopravvenire anche a notevole distanza di tempo dalla pronuncia della prima sentenza di inammissibilità, mentre nelle more la disciplina in discussione continua ad operare. Un simile effetto non può considerarsi consentito nel caso in esame, per le sue peculiari caratteristiche e per la rilevanza dei valori da esso coinvolti».⁴⁹²

soluzione integrativa o sostitutiva richieda il necessario intervento del legislatore. Ciò che cambierebbe, dilatandosi, sarebbe lo spazio di intervento “in seconda battuta”, per il caso di mancato o inidoneo seguito legislativo a monito della Corte, non importa se espresso in pronuncia di inammissibilità o di rigetto. È in questo caso che la discrezionalità legislativa non può ergersi a limite invalicabile dalla Corte. [...] Ecco perché ho definito la discrezionalità legislativa come “limite relativo” per il sindacato della Corte, superabile nel caso in cui l'inerzia del legislatore produca omissioni incostituzionali le quali, pur variamente colmabili, non possono restare tali sine die, tanto più quando proprio il giudice delle leggi abbia sottolineato la necessità di un intervento normativo. Altrimenti sarebbe la stessa Corte ad abdicare al ruolo per il quale è stata istituita: garantire la preminenza della Costituzione nei confronti delle leggi e di qualsiasi atto autoritativo e persino delle situazioni oggettive di vuoto normativo». Sul tema si rinvia anche a quanto già riportato *supra*, capitolo III, par. 3.1, p. 103, nota 463.

⁴⁹⁰ Egli ricorda come essa sia già stata utilizzata dalla Corte, infatti, con l'ordinanza 132/2020 (sulla questione di costituzionalità della pena detentiva nel caso di reato di diffamazione a mezzo stampa), 97/2021 (in materia di ergastolo ostativo), 122/2022 (sempre in materia di ergastolo ostativo), ma prima ancora l'ordinanza 207 del 2018 (in materia di aiuto al suicidio, caso Cappato). Cfr. A. Menghini, *op. cit.*, in *Diritto penale e processo*, numero 9, 2023, p. 1196: «il giudice a quo non manca di rammentare alla Consulta la tecnica decisoria da lei da ultimo assunta in due eccellenti casi - il caso Cappato, in materia di aiuto al suicidio, e la questione in materia di ergastolo ostativo - entrambi temi certamente divisivi e dibattuti, in cui la Consulta si è limitata a rilevare, senza affermarla, l'incostituzionalità delle previsioni relative, mettendo sostanzialmente in mora il legislatore. A questo proposito, infatti, non può non rilevare come siano trascorsi 10 anni dal monito elevato al legislatore dalla Consulta nel 2012 senza che alcuna delle, peraltro, numerose proposte di riforma in materia abbia visto la luce, e come, al pari delle altre due questioni citate, si tratti di temi politicamente fortemente esposti e rispetto ai quali la stessa opinione pubblica risulta divisa».

⁴⁹¹ Ordinanza consultabile in *Gazzetta Ufficiale*, 1ª Serie Speciale, numero 6, 08 febbraio 2023, p. 47. Il magistrato porta ad esempio l'ordinanza 207/2018: «la Consulta nell'adottare questa soluzione ricorda che «(i)n situazioni analoghe a quella in esame, questa Corte ha, sino ad oggi, dichiarato l'inammissibilità della questione sollevata, accompagnando la pronuncia con un monito al legislatore affinché provvedesse all'adozione della disciplina necessaria al fine di rimuovere il vulnus costituzionale riscontrato: pronuncia alla quale, nel caso in cui il monito fosse rimasto senza riscontro, ha fatto seguito, di norma, una declaratoria di illegittimità costituzionale (ad esempio: sentenza n. 23 del 2013 e successiva sentenza n. 45 del 2015)».

⁴⁹² *Ibidem*.

Infine, il giudice rimettente propone anche l'ipotesi di una pronuncia additiva di principio, portando a suo sostegno l'esistenza di varie circolari della stessa amministrazione penitenziaria dalle quali emerge come «il numero e la qualità dei momenti di contatto dei detenuti con il mondo esterno, e segnatamente con i familiari, incide in modo particolare in termini positivi, contribuendo al benessere psicofisico della persona detenuta e riducendo il rischio suicidario».⁴⁹³

Indipendentemente dalla tecnica decisionale che la Corte avrebbe successivamente adottato tra quelle prospettate dal magistrato di Spoleto, egli individua precisamente, come aveva già fatto anche la magistrata di Firenze, una serie di eccezioni di incostituzionalità rispetto all'articolo 18 co. 2 della legge di ordinamento penitenziario; è stato evidenziato che se si volesse individuare «un denominatore comune in tutte queste criticità costituzionali [sarebbe] nella lesione del principio supremo di dignità personale del detenuto».⁴⁹⁴

Analizzando nello specifico le varie eccezioni, emerge un'evidente differenza⁴⁹⁵ rispetto a quanto affermato nell'ordinanza del 2012, ovvero la denunciata violazione dell'articolo 13, commi primo e quarto: «la forzata astinenza dai rapporti sessuali con i congiunti in libertà, derivante dal disposto normativo ostativo, [...] appare [...] in contrasto [...] anche con l'art. 13 Cost., con riferimento al comma 1, poiché di fatto determina una compressione della libertà personale che non appare giustificata in ogni

⁴⁹³ *Ibidem*. In questo stesso senso, A. Pugiotto, *op. cit.*, in *Voci di Dentro*, 49, 2023, p. 36: « In prospettiva, tale giudicato costituzionale vincola il legislatore ad introdurlo e a disciplinarlo, nell'esercizio delle sue competenze. Nel frattempo, immette nell'ordinamento un principio cui fare già riferimento in sede applicativa, per porre rimedio all'illegittima omissione. La garanzia interinale del diritto alla sessualità inframuraria così riconosciuto potrebbe forse avvenire per opera del giudice di sorveglianza, facendo leva sul nuovo art. 18, 2° comma, ord. penit. (introdotto dal già citato decreto legislativo n. 123 del 2018), laddove prevede che «i locali destinati ai colloqui con i familiari favoriscono, ove possibile, una dimensione riservata del colloquio e sono collocati preferibilmente in prossimità dell'ingresso dell'istituto». Quella garanzia interinale potrà certamente essere pretesa dall'amministrazione penitenziaria e dal Governo, se necessario insistendo con dieci, cento, mille mirati ricorsi giurisdizionali ex art. 35-bis, ord. penit., con ampie chances di successo: il principio introdotto dal giudicato costituzionale, infatti, rappresenta il gancio normativo sufficiente a consentire di provvedere – tramite circolare o per via regolamentare – alla definizione di modi e limiti del diritto alla sessualità inframuraria».

⁴⁹⁴ A. Pugiotto, *op. cit.*, in *Voci di Dentro*, numero 49, 2023, p. 35.

⁴⁹⁵ «Tratto di particolare interesse nella recente ordinanza del Magistrato di Sorveglianza di Spoleto – peraltro non evocato nella precedente questione decisa dalla Corte costituzionale nel 2012 – risiede nella presunta violazione, in ragione della lacuna concernente il diritto alla sessualità intramuraria, del primo e del quarto comma dell'articolo 13 Cost. i quali, come ben noto, sono posti a tutela dell'inviolabilità della libertà personale (primo comma), imponendo di punire “ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà” (quarto comma)», così S. Talini, *op. cit.*, in *Sistema Penale*, numero 3, 2023, pp. 36-37.

caso da ragioni di sicurezza⁴⁹⁶ e che, perciò, finisce per tradursi in una sofferenza aggiuntiva rispetto alla privazione della libertà, che già inevitabilmente deriva dalla restrizione carceraria»;⁴⁹⁷ inoltre, secondo quanto evidenziato dal giudice rimettente «si appalesa un contrasto anche con l'art. 13 comma 4 Cost., poiché una amputazione così radicale di un elemento costitutivo della personalità, quale la dimensione sessuale dell'affettività, finisce per configurare una forma di violenza fisica e morale sulla persona detenuta che, nella mancanza di una giustificazione sotto il profilo della sicurezza, si volge in mera vessazione, umiliante e degradante, per altro non soltanto per il condannato, ma per la persona con lui convivente [...]».⁴⁹⁸

A questa prima differenza nel contenuto dell'eccezioni di incostituzionalità tra le due ordinanze se ne aggiunge un'altra, connessa proprio a quella dell'articolo 13. Il magistrato di Sorveglianza di Spoleto solleva anche l'eccezione di incostituzionalità rispetto all'articolo 117 co. 1 Cost., che – come già illustrato *supra* capitolo II, par. 2.1, p. 42 – permette di rilevare la violazione di norme convenzionali come l'articolo 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, il quale viene qui coinvolto «poiché appunto la imposta privazione della dimensione sessuale dell'affettività con il/la partner sembra apprezzarsi quale trattamento inumano e degradante».⁴⁹⁹ Inoltre, viene sollevata la violazione dell'articolo 8 della CEDU⁵⁰⁰, la cui interpretazione giurisprudenziale è stata precedentemente discussa *supra* capitolo II, par. 2.1, pp. 34-42, il giudice rimettente ritiene che tale violazione derivi «dall'assenza di una qualsiasi

⁴⁹⁶ Il magistrato, infatti, poi precisa: «il condannato è ristretto in regime di «media sicurezza», non ha commesso reati che lo descrivano come collegato con organizzazioni criminali organizzate, non vede sottoposti a controllo auditivo né i suoi colloqui visivi, né le sue conversazioni telefoniche, né ancora controllata nei contenuti la sua corrispondenza, tanto che inibirgli contatti intimi con la compagna non contribuisce in alcun modo ad aumentare il livello di sicurezza della collettività». Ordinanza 5 del 2023, consultabile in Gazzetta Ufficiale, 1ª Serie Speciale, numero 6, 08 febbraio 2023.

⁴⁹⁷ Ordinanza 5 del 2023, consultabile in Gazzetta Ufficiale, 1ª Serie Speciale, numero 6, 08 febbraio 2023.

⁴⁹⁸ *Ibidem*. In questo stesso senso si era già espressa S. Talini, *op. cit.*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, p. 14: «Si avrà inoltre modo di interrogarsi, attraverso un'interpretazione estensiva della disposizione in combinato disposto con gli artt. 2, 3 e 27, terzo comma, Cost., se l'ampiezza della formulazione consenta di spingere l'opera ermeneutica sino al punto di poter qualificare la mancata garanzia di un diritto costituzionalmente tutelato – senza che vi siano contrapposti interessi di ordine e sicurezza a giustificarne la compressione – come rientrante nelle possibili forme di violenza “fisica o morale” sulle persone sottoposte a privazione della libertà».

⁴⁹⁹ *Ibidem*.

⁵⁰⁰ Diritto al rispetto della vita privata e familiare: 1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. 2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui.

possibilità di vederseli autorizzati [i colloqui intimi], in forza di un divieto generalizzato imposto a tutte le persone detenute dalla legge penitenziaria italiana, e non collegato alla sussistenza di ragioni di sicurezza particolari».⁵⁰¹

I restanti articoli di cui si rileva la violazione non differiscono da quelli già evidenziati nell'ordinanza del 2012, essi sono, anche nell'opinione del giudice rimettente di Spoleto: l'articolo 2 Cost., ad essere violato è «il diritto alla libera espressione della propria affettività»⁵⁰²; l'articolo 3 Cost., qui viene infranto il principio di ragionevolezza;⁵⁰³ l'articolo 27 co. 3 Cost., violato sia nella parte in cui prescrive che le pene debbano essere umane, sia nella parte in cui enuncia che le stesse debbano tendere

⁵⁰¹ Ordinanza 5 del 2023, consultabile in Gazzetta Ufficiale, 1^a Serie Speciale, numero 6, 08 febbraio 2023.

⁵⁰² Così il giudice rimettente nell'ordinanza 5 del 2023, consultabile in Gazzetta Ufficiale, 1^a Serie Speciale, numero 6, 08 febbraio 2023, il quale prosegue: «diritto inviolabile riconosciuto e garantito, secondo il disposto dell'art. 2 Cost. Si tratta di un diritto così qualificato dalla stessa giurisprudenza della Corte costituzionale [...] cfr. sentenza 561/1987, [...] cfr. sentenza 26/1999».

⁵⁰³ Irragionevole nell'opinione del magistrato di Sorveglianza di Spoleto è il «divieto di incontri intimi con il congiunto in libertà imposto, senza alcun riferimento a particolari profili di sicurezza da tutelare nel caso specifico, dall'art. 18 ord. penit. [...] tale profilo si appalesa maggiormente stringente all'esito delle riforme del 2018. Per come si è detto infatti l'art. 18 comma 3, con il decreto legislativo 123/2018, è stato arricchito di un riferimento alla opportunità che i locali destinati ai colloqui con i familiari favoriscano una dimensione riservata del colloquio. È vero che la disposizione è completata da un «ove possibile», che corre il rischio di non essere soddisfacente, rimettendo ad una generica buona volontà dell'amministrazione l'approntamento di strutture adatte allo scopo (che pure in diversi luoghi si è cominciato ad attrezzare, per come deducibile anche da fonti aperte), ma è certo che la dimensione riservata del colloquio contrasta in modo evidente con l'imposto controllo a vista, seppur non auditivo, del personale di polizia penitenziaria, che continua a leggersi nel medesimo comma e che è in ogni caso obbligatorio. Ancor più stridente è poi il confronto con la disciplina contenuta in materia di ordinamento penitenziario minorile, [...] [dove] si è data una risposta normativa (anche in adempimento di quanto richiesto dalla legge delega 103/2017 sul punto) che sembra significativamente aprire alla dimensione veramente riservata del colloquio, anche delineando una disciplina che da un lato consente la verifica della sussistenza di particolari ragioni di sicurezza eventualmente ostative, e dall'altra favorisce, nell'ottenimento delle visite prolungate, le persone che non usufruiscano di permessi premio, pur senza considerare le prime come una alternativa che non le renda più necessarie ove la persona detenuta abbia accesso ai secondi. Sotto questo profilo, dunque, appare irragionevole la disparità di trattamento». Ordinanza 5 del 2023, consultabile in Gazzetta Ufficiale, 1^a Serie Speciale, numero 6, 08 febbraio 2023.

alla rieducazione,⁵⁰⁴ gli articoli 29, 30⁵⁰⁵, 31 Cost., con riferimento a questi tre articoli ad essere violato è il principio di tutela della famiglia nel suo significato più ampio;⁵⁰⁶ l'articolo 32 Cost, che tutela il diritto alla salute.⁵⁰⁷

In conclusione, dunque, il magistrato di Sorveglianza di Spoleto sostiene che «la previsione del controllo a vista inserita nell'art. 18 o.p. impedirebbe [...] l'esercizio del diritto inviolabile del detenuto all'affettività e alla sessualità, operando una compressione ulteriore della libertà personale, irragionevole perché non giustificata da esigenze di sicurezza, con pregiudizio inoltre della salute psicofisica del ristretto e della serenità delle sue relazioni familiari, nonché in contrasto con il senso di umanità e la finalità rieducativa

⁵⁰⁴ Così il giudice rimettente nell'ordinanza 5 del 2023, consultabile in Gazzetta Ufficiale, 1ª Serie Speciale, numero 6, 08 febbraio 2023: «da un lato certamente sotto il profilo dell'umanità della pena, poiché si impone una limitazione così pregnante di una componente così essenziale della vita di ogni persona, come quella della declinazione anche sessuale della propria affettività, e comunque di una dimensione del tutto riservata nell'espressione di quest'ultima, da aggiungere alla privazione della libertà un sicuro surplus di afflittività, non sempre necessitata da ragioni di sicurezza, ma anche dal punto di vista della finalità rieducativa delle pene. Ne derivano conseguenze desocializzanti che, piuttosto che fare del tempo vissuto in carcere una occasione per costruire e irrobustire relazioni socio-familiari esterne in grado di far da rete efficace alle fragilità personali che inevitabilmente conseguiranno alla restituzione di un detenuto alla società, corrono il rischio di prepararne una maggior solitudine e una insicurezza personale più spiccata, connessa al mancato esercizio del proprio ruolo naturale all'interno di una relazione di coppia che, viceversa, ove vissuta o ritrovata nella sua pienezza, potrebbe far da volano alla risocializzazione della persona.

⁵⁰⁵ Occorre specificare che in realtà l'articolo 30 rappresenta un nuovo parametro rispetto a cui è stata sollevata l'eccezione di incostituzionalità; infatti, non era richiamato dalla magistrata nell'ordinanza del 2012, che riteneva violati solo gli articoli 29 e 31. Includerlo tra le norme costituzionali violate rappresenta una particolare sensibilità e scelta di completezza, infatti, tale articolo esplicitamente tutela tutto ciò che abbia a che fare con la maternità e l'infanzia anche quando si tratti di figli nati fuori dal matrimonio e precisa come «la legge assicura ai figli nati fuori del matrimonio ogni tutela giuridica e sociale, compatibile con i diritti della famiglia legittima».

⁵⁰⁶ «Il divieto di svolgere colloqui intimi con il/la partner in libertà si appalesa poi in contrasto con la protezione della famiglia derivante dal combinato disposto degli art. 29, 30 e 31 Cost., nella misura in cui la stessa deve trovare nella legge forza e sostegno per costituirsi, ma anche per assicurare a tutti i suoi componenti protezione. [...] divieto che logora i rapporti di coppia, [...] pregiudica, per altro, per come detto, la stessa possibilità di accedere alla genitorialità, e mina, anche in contesti in cui la coppia non abbia fatto accesso agli istituti del matrimonio o dell'unione civile, il diritto dei figli alla serenità del rapporto di coppia tra i genitori, condizione non secondaria per lo sviluppo della propria personalità», così il giudice rimettente nell'ordinanza 5 del 2023, consultabile in Gazzetta Ufficiale, 1ª Serie Speciale, numero 6, 08 febbraio 2023.

⁵⁰⁷ «Il dispositivo di legge impediente gli incontri intimi, anche a carattere sessuale, sembra dunque in contrasto anche con l'art. 32 Cost. non potendo in tal senso dubitarsi delle dirimenti conseguenze negative derivanti dal protrarsi di una forzata astinenza dai rapporti sessuali con il/la partner in libertà, e più in generale dall'assenza di un momento privato in cui vivere la propria relazione con l'altr*, al di fuori di una osservazione continuativa da parte del personale di custodia, che finisce per avere effetti sulla salute psichica della persona detenuta, in un contesto già ordinariamente psicopatogeno come quello della restrizione della libertà personale, e che può averne sulla stessa salute fisica (non è d'altra parte previsto uno spazio di privacy garantito neppure per la masturbazione o per i rapporti sessuali tra persone detenute), così il magistrato nell'ordinanza 5 del 2023, consultabile in Gazzetta Ufficiale, 1ª Serie Speciale, numero 6, 08 febbraio 2023. Su tale parametro l'opinione degli studiosi è più divisa che rispetto agli altri, si rimanda a quanto già detto *supra*, capitolo III, par. 3.1, p. 97 nota 444 (parere concorde nel ritenere violato anche il diritto alla salute) e p. 98 nota 445 (parere contrario a ritenere violato anche il diritto alla salute).

della pena, in tal modo risolvendosi in un trattamento inumano e degradante, lesivo del diritto di ogni individuo al rispetto della propria vita privata e familiare».⁵⁰⁸ Il magistrato precisa che il controllo sarebbe coerente con le esigenze di ordine e sicurezza proprie della vita penitenziaria, tuttavia attualmente è considerato incostituzionale poiché si impone come una prescrizione costante e assoluta, priva di una giustificazione concreta basata su precise ragioni di sicurezza; tale operazione invece è imposta dalla stessa Corte costituzionale quando a scontrarsi sono esigenze di pari rango. Inoltre, al momento l'unica risposta fornita dal sistema normativo in materia è quella premiale, una soluzione evidentemente non soddisfacente se si considera il diritto in questione come inviolabile, pertanto non legabile a una logica premiale;⁵⁰⁹ in più, la disciplina dei permessi premio in Italia si applica solo ad una piccolissima parte della popolazione penitenziaria e invece i permessi di necessità «non contemplano l'esercizio della sessualità».⁵¹⁰

Ad ogni modo, il riconoscimento del diritto all'affettività e sessualità che viene prospettato dal giudice rimettente non si caratterizza come totalmente estraneo al contesto penitenziario, e in particolare a quello italiano, dal momento che convergono verso questa soluzione sia diverse norme dell'ordinamento penitenziario italiano per adulti⁵¹¹, insieme anche a tentativi concreti di creare strutture per l'esercizio di tale diritto⁵¹², nonché norme dell'ordinamento penitenziario minorile, che prevedono specificamente un articolo dedicato, rubricato “colloqui e tutela dell'affettività”. Inoltre, per argomentare questa prospettiva, il magistrato di Sorveglianza di Spoleto richiama anche norme contenute in carte dei diritti europee e sovranazionali come la Convenzione europea dei diritti dell'uomo.⁵¹³

⁵⁰⁸ Eleonora Santoro, *op. cit.*, p. 1126.

⁵⁰⁹ Il magistrato di Spoleto ha scritto così in proposito nell'ordinanza numero 5 del 2023, consultabile in Gazzetta Ufficiale, 1^a Serie Speciale, numero 6, 08 febbraio 2023: «tale strumento, d'altra parte, apparirebbe allo stato il solo idoneo in qualche modo a consentire l'esercizio della sessualità della persona detenuta, anche se di fatto attraverso un “aggiramento” del divieto, od anzi una sua riconferma indiretta, poiché l'incontro intimo avverrebbe in effetti nel breve intervallo di libertà concessogli dal magistrato di sorveglianza».

⁵¹⁰ *Ibidem*. Il magistrato richiama poi diverse pronunce della Cassazione in cui si era ribadito «che lo strumento di cui all'art. 30 ord. penit. ha il carattere dell'eccezionalità, mentre il diritto ad avere rapporti sessuali «per sua natura, non ha alcun carattere di eccezionalità».

⁵¹¹ Si veda *supra*, capitolo II, par. 2.3.

⁵¹² Si sceglie di portare ad esempio l'istituzione della Commissione sull'architettura carceraria, creata con decreto ministeriale del 12 gennaio 2021, per il cui approfondimento si rinvia a http://www.ristretti.it/commenti/2022/marzo/pdf2/architettura_carceri.pdf, consultato il 05/03/24.

⁵¹³ Si veda *supra*, capitolo II, par. 2.1.

Il giudice rimettente sottolinea in conclusione il precedente del 2012 e nota come tale monito sia rimasto inascoltato dal legislatore, aprendo una parentesi – come si è riportato *supra* p. 107 – sul modo in cui nel tempo si è evoluto il rapporto tra pronunce con valenza monitoria della Corte costituzionale e discrezionalità legislativa e come questo delinei diverse possibilità di intervento per la Consulta.

In virtù di quanto appena esposto, il giudice rimettente ha rilevato la non manifesta infondatezza della questione e ha sollecitato nuovamente la Corte costituzionale a pronunciarsi, fornendole anche indicazioni su quale delle diverse tecniche decisionali storicamente adottate dalla Corte stessa potesse essere più pertinente al caso in questione.

3.3 La tanto attesa pronuncia di illegittimità costituzionale, la sentenza 10/2024

La Corte costituzionale si è riunita in udienza pubblica per esaminare la questione sollevata dal magistrato di Sorveglianza di Spoleto il 5 dicembre 2023, la deliberazione in camera di consiglio è avvenuta il 6 dicembre 2023, la decisione è stata resa pubblica il 26 gennaio 2024.

Analizzando la sentenza,⁵¹⁴ nella prima parte del ritenuto in fatto la Consulta ripercorre la vicenda da cui trae origine la sua pronuncia, ovvero l'ordinanza del magistrato di Sorveglianza di Spoleto; inoltre, precisa che durante l'udienza pubblica è intervenuto il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, allo scopo di chiedere che quanto ritenuto manifestamente non infondato dal giudice rimettente fosse dichiarato inammissibile, in quanto materia riservata alla prerogativa legislativa.⁵¹⁵ Anche l'Avvocatura generale dello Stato richiama la sentenza del 2012, tuttavia, se il magistrato di Sorveglianza di Spoleto l'aveva richiamata per evidenziare come il contesto fosse mutato rispetto a tale occasione e quindi la Corte potesse pronunciarsi in modo differente, secondo l'opinione dell'Avvocatura generale dello Stato invece «[permangono le] ragioni che indussero [la] Corte a dichiarare inammissibili allora questioni analoghe alle odierne».⁵¹⁶ L'Avvocatura generale dello Stato così contraddice una delle principali argomentazioni del giudice

⁵¹⁴ Corte costituzionale, sentenza numero 10 del 26 gennaio 2024.

⁵¹⁵ *Ibidem*.

⁵¹⁶ *Ibidem*.

rimettente di Spoleto, sostenendo come non si possa addurre quanto previsto all'articolo 19 co. 3 del decreto legislativo 121 del 2018 come parametro su cui fondare una pronuncia di incostituzionalità della Corte.

Tuttavia, esaminando il considerato in diritto della sentenza appare evidente fin da subito un cambiamento nell'approccio adottato dal Giudice delle leggi: in primo luogo la Corte costituzionale ritiene non fondata l'eccezione sollevata dall'Avvocatura generale dello Stato, le ragioni che essa sosteneva permanessero non sono state invece ravvisate ulteriormente dalla Corte; la quale ha precisato che «essendo oggi il quadro normativo differente da quello che fu a base del precedente giudizio di questa Corte, l'eccezione statale di inammissibilità delle nuove questioni va disattesa».⁵¹⁷

Proseguendo in ordine logico, la Corte si è pronunciata sulla questione dei destinatari del diritto all'affettività, interrogativo che nel 2012 – come si era anticipato *supra*, capitolo III, par. 3.1, p. 100 – l'aveva portata ad affermare di non poter intervenire con una sentenza additiva di principio;⁵¹⁸ ora invece la Consulta dichiara come sia intervenuta nel 2016 una nuova legge⁵¹⁹ che all'articolo 1 co. 20 prescrive: «al solo fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile tra persone dello stesso sesso, le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole «coniuge», «coniugi» o termini equivalenti, ovunque ricorrono nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi, si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso» e che allo stesso articolo 1 ma al comma 38 prescrive anche: «i conviventi di fatto hanno gli stessi diritti spettanti al coniuge nei casi previsti dall'ordinamento penitenziario». In tal modo viene superata la situazione che ostava al poter pronunciare, almeno in teoria, una sentenza additiva di principio.⁵²⁰

⁵¹⁷ *Ibidem*.

⁵¹⁸ Sentenza 301 del 19 dicembre 2012: «risulterebbe, infatti, essa stessa espressiva di una scelta di fondo. Nella prospettiva del giudice a quo, il «diritto alla sessualità» intra moenia dovrebbe essere, infatti, riconosciuto ai soli detenuti coniugati o che intrattengano rapporti di convivenza stabile *more uxorio*, escludendo gli altri. [...] detta scelta non solo non è l'unica ipotizzabile ma non appare neppure coerente con larga parte dei parametri costituzionali evocati dallo stesso giudice a quo: talora “per eccesso”, talaltra “per difetto».

⁵¹⁹ Legge 76 del 20 maggio 2016.

⁵²⁰ Posizione confermata anche dalla Corte di Cassazione che commentando tale articolo ha precisato riferirsi «alla necessità di tutelare la diretta relazione interpersonale» (sezione prima penale, sentenza 14 settembre 2021-10 febbraio 2022, n. 4641), così come richiamata nella sentenza numero 10 26 gennaio 2024.

Successivamente, la Consulta ha confermato quanto argomentato dal magistrato di Sorveglianza di Spoleto nella sua ordinanza, sottolineando l'importanza della modifica dell'articolo 18, il quale ora prevede un riferimento alla riservatezza dei locali dei colloqui, ove possibile,⁵²¹ o nelle parole della Consulta, «si è *medio tempore* arricchit[o] di un riferimento privilegiato alla riservatezza dei colloqui tra detenuto e familiari».⁵²²

La Corte costituzionale ha anche evidenziato l'esistenza di una disciplina sull'affettività intramuraria nell'ordinamento minorile – richiamata anche dal magistrato nella sua ordinanza – definendola «emblematic[a] di un contesto normativo fortemente innovato rispetto a quello in cui venne pronunciata la sentenza 301 del 2012»;⁵²³

la Consulta ha altresì sottolineato che invece nell'ordinamento penitenziario per adulti non si sia ancora intervenuti a proposito.

Nella sua sentenza il Giudice della legge ha inoltre messo in rilievo che a differenza della sentenza del 2012 in questo caso non ostano questioni di ordine procedurale: «all'ordinanza di remissione in esame non può d'altronde imputarsi un vizio di omessa descrizione della fattispecie come quello rilevato all'epoca, considerato che lo stato detentivo di E. R. vi si trova adeguatamente illustrato, anche sotto il profilo della possibilità di accesso ai permessi premio».⁵²⁴ Per quanto riguarda poi il tema dei permessi premio, il Giudice delle leggi richiama l'attenzione sulla circostanza che fosse già stato lui stesso nella sentenza del 2012 a sottolineare come tale istituto fosse «una risposta solo parziale [...] stanti i relativi presupposti soggettivi ed oggettivi [...]»;⁵²⁵ argomentazione ulteriormente sviluppata nella sentenza del 2024 dove la Consulta sancisce che «il permesso premio [...] non elimina dunque il problema dell'affettività del detenuto, ma consente solo di alleggerirlo, trasferendo “fuori le mura” la realizzazione delle esigenze affettive per chi abbia accesso al beneficio premiale».⁵²⁶ Per questo la soluzione premiale «non è allo stato idonea a risolvere il problema dell'affettività del detenuto e che esso ha

⁵²¹ Nell'ordinanza consultabile in Gazzetta Ufficiale, 1ª Serie Speciale, numero 6, 08 febbraio 2023, p. 47 il magistrato si era così espresso: «potrebbero opportunamente essere adattati anche per incontri intimi, purché fosse rimosso l'ostacolo oggi rappresentato dalla previsione dell'inevitabile controllo a vista».

⁵²² Sentenza 10 del 26 gennaio 2024.

⁵²³ *Ibidem.*

⁵²⁴ *Ibidem.*

⁵²⁵ Sentenza 301 del 19 dicembre 2012.

⁵²⁶ Sentenza 10 del 26 gennaio 2024. La Consulta precisa poi come la situazione sia ulteriormente grave per i detenuti non definitivi: «è preclusa l'affettività extra moenia a causa dell'impossibilità di fruire di permessi premio ed è altresì preclusa l'affettività intramuraria per effetto dell'art. 18 ordin. penit., tutto ad onta della presunzione di non colpevolezza fino a condanna definitiva, di cui all'art. 27, secondo comma, Cost.».

pertanto una necessaria dimensione intramuraria, profilo che assicura la rilevanza delle questioni sollevate dal Magistrato di sorveglianza di Spoleto».⁵²⁷

La Corte ha successivamente esposto nel considerato in diritto in quali termini le questioni fossero fondate, tuttavia, a fini esplicativi, si ritiene opportuno anticipare sin da ora la decisione della Corte, essa si è così pronunciata: «in riferimento agli artt. 3, 27, terzo comma, e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 8 CEDU, deve essere dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 18 ordin. penit., nella parte in cui non prevede che la persona detenuta possa essere ammessa, nei termini di cui sopra, a svolgere i colloqui con il coniuge, la parte dell'unione civile o la persona con lei stabilmente convivente, senza il controllo a vista del personale di custodia, quando, tenuto conto del comportamento della persona detenuta in carcere, non ostino ragioni di sicurezza o esigenze di mantenimento dell'ordine e della disciplina, né, riguardo all'imputato, ragioni giudiziarie. Sono assorbite le questioni riferite agli ulteriori parametri evocati nell'ordinanza di rimessione».

Affermato ciò, è tuttavia necessario apportare alcune precisazioni. La Consulta ha ritenuto violati alcuni dei parametri individuati dal giudice rimettente di Spoleto, altri li ha dichiarati «assorbiti»,⁵²⁸ cominciando dai primi, la Corte ha dichiarato violato l'articolo 3 Cost. Essa lo ha fatto confermando quanto affermato dal magistrato rimettente come punto di partenza della sua ordinanza, ovvero che il diritto in questione sia un diritto fondamentale che può venire toccato dalla detenzione ma «[non può essere annullato] in radice, con una previsione astratta e generalizzata, insensibile alle condizioni individuali della persona detenuta e alle specifiche prospettive del suo rientro in società»;⁵²⁹ situazione che invece, ad opinione del giudice rimettente, si verifica attualmente in quanto il controllo visivo previsto dall'articolo 18 co. 2 è assoluto; anche questa argomentazione viene confermata dalla Corte: «il segmento normativo censurato dal giudice *a quo* [...] è ribadito dall'art. 37, comma 5, del decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno

⁵²⁷ *Ibidem*. R. De Vito, *op. cit.* scrive a proposito: «tserioerreno giuridico limpido: l'esercizio dei diritti inviolabili è sottratto alla logica del castigo, ma anche a quella della premialità. Il fatto che la Corte non abbia confinato nel permesso premio l'esercizio del diritto all'affettività assume rilievo ancora maggiore se confrontato con la casistica specifica oggetto della questione. Il magistrato di sorveglianza, infatti, ha avuto cura di precisare che il reclamante non poteva essere ammesso a permesso premio sia per l'assenza di un programma di trattamento sia “per l'irrogazione, anche recente, di sanzioni disciplinari” (punto 1.1 del ritenuto in fatto)».

⁵²⁸ «Sono assorbite le questioni riferite agli ulteriori parametri evocati nell'ordinanza di rimessione», così nella sentenza 10 del 26 gennaio 2024. Su tale specifica questione si tornerà *infra*.

⁵²⁹ *Ibidem*.

2000, n. 230, [...] tali previsioni non contemplano deroghe, e anche l'art. 61 comma 2, lettera b), dello stesso d.P.R. n. 230 del 2000 [...] non devia dal controllo a vista [...]. È dunque corretto il presupposto interpretativo da cui muove l'ordinanza di rimessione [...] circa l'assolutezza della prescrizione del controllo visivo sui colloqui familiari del detenuto e la conseguente preclusione dell'esercizio dell'affettività intramuraria, anche sessuale».⁵³⁰

La Corte concorda anche con quanto affermato dal magistrato di Spoleto riguardo al controllo, egli aveva infatti correttamente sottolineato che il controllo non possa escludersi del tutto, ma debba essere concretamente bilanciato con altri diritti ed esigenze di pari rango; tuttavia, come confermato dalla Consulta, al momento «il controllo auditivo sul colloquio è escluso salvo eccezioni»⁵³¹, mentre il controllo visivo è prescritto senza eccezioni, e proprio questa assolutezza espone la disposizione censurata a un giudizio di irragionevolezza per difetto di proporzionalità».⁵³² Si ritiene superfluo rimarcare come il controllo a vista osti ad un esercizio libero e pieno dell'affettività e sessualità.

La Corte, richiamando principi elaborati sia dalla sua stessa giurisprudenza che da fonti sovranazionali⁵³³ i quali devono costantemente guidare il legislatore nel garantire un «volto costituzionale della pena»,⁵³⁴ dichiara l'attuale prescrizione dell'articolo 18 co. 2 «in quanto disposta in termini assoluti e inderogabili [...] una compressione sproporzionata e [...] un sacrificio irragionevole della dignità della persona, quindi [...] una violazione dell'art. 3 Cost., sempre che tenuto conto del comportamento del detenuto in carcere, non ricorrano in concreto ragioni di sicurezza o esigenze di mantenimento dell'ordine e della disciplina, né sussistano, rispetto all'imputato, specifiche finalità giudiziarie».⁵³⁵

Qui si evidenzia una prima novità introdotta dalla Consulta rispetto a quanto prospettato invece dal magistrato di Sorveglianza di Spoleto, egli infatti aveva richiamato

⁵³⁰ *Ibidem.*

⁵³¹ La Consulta precisa: «l'osservazione del colloquio rappresenta un importante presidio di regolarità, funzionale ad evitare la strumentalizzazione del colloquio medesimo a fini impropri [...], a tale ratio corrisponde la limitazione oggettiva del controllo, che invero, a norma dello stesso art. 18, terzo comma, ordin. penit., è “a vista”, ma “non auditivo” [...], finché non ricorrano i presupposti di un'intercettazione tra presenti [...]».

⁵³² *Ibidem.*

⁵³³ Sono richiamate le sentenze della Corte costituzionale numero 179 del 2017, 40 del 2019, 28 del 2020; la Regole penitenziarie europee, nello specifico la regola 24.4

⁵³⁴ Sentenza 10 del 26 gennaio 2024.

⁵³⁵ *Ibidem.*

solo l'esigenza del mantenimento della sicurezza come aspetto da bilanciare con il diritto all'affettività e sessualità in carcere, tuttavia, a giudizio della Corte «questa impostazione non attribuisce il dovuto rilievo al principio direttivo enunciato dall'art. 1, comma 5, ordin. penit., laddove, quale fondamento delle restrizioni intramurarie, si indicano, più ampiamente, l'«esigenza di mantenimento dell'ordine e della disciplina» e, nei confronti degli imputati, i «fini giudiziari».⁵³⁶ Il Giudice delle leggi delinea così la possibilità di restrizioni a tale diritto non solo in virtù «[della] pericolosità sociale del detenuto, ma anche – irregolarità di condotta e precedenti disciplinari, in una valutazione complessiva che appartiene in prima battuta all'amministrazione e in secondo luogo al magistrato di sorveglianza [...]».⁵³⁷

La Consulta prefigura così l'eventualità che se ragionevolmente giustificato, il diritto in questione può essere limitato, e proprio per questo, la Corte precisa anche che «l'odierna sentenza non concerne i regimi detentivi speciali»⁵³⁸, mentre «quanto ai

⁵³⁶ *Ibidem*. La Corte precisa: «Per l'imputato, l'apprezzamento delle ragioni processuali, innanzitutto la valutazione delle esigenze di salvaguardia della prova, è di competenza dell'autorità giudiziaria che procede, fino alla pronuncia della sentenza di primo grado, dopo la quale l'ammissione al colloquio riservato rientra nella competenza del direttore dell'istituto, come stabiliscono, per i permessi di colloquio in genere, gli artt. 18, decimo comma, della legge n. 354 del 1975 e 37, commi 1 e 2, del d.P.R. n. 230 del 2000».

⁵³⁷ *Ibidem*. È proprio questo il caso da cui origina la sollevazione della questione di legittimità costituzionale, perché come riporta la Corte nel ritenuto in fatto: «l giudice a quo informa che E. R. è detenuto dal luglio 2019, in relazione a un cumulo di pene per tentato omicidio, furto aggravato, evasione e altro, con fine-pena stabilito all'aprile 2026; aggiunge che il condannato, trasferito nell'istituto di Terni a marzo 2022, non dispone ancora di un programma di trattamento, né potrà verosimilmente godere di permessi premio, sia appunto per l'assenza di un programma che li preveda, sia per l'irrogazione, anche recente, di sanzioni disciplinari». Critico rispetto a questa enunciazione della Corte R. De Vito, *op. cit.*: «I riferimenti della pronuncia alla “pericolosità sociale del detenuto”, alla “irregolarità di condotta” e ai “precedenti disciplinari”, quali eventi idonei a sostanziare le ragioni ostative, devono entrare a far parte – come precisano gli stessi giudici costituzionali – di una “valutazione complessiva” e non automatica. Se qualsiasi irregolarità di condotta o manifestazione di pericolosità sociale finisse per essere ritenuta meccanicamente preclusiva del colloquio riservato, i presupposti per essere ammessi a quest'ultimo finirebbero per coincidere con quelli di accoglimento del permesso premio». Contra M. Serio, *Privazione della libertà e salvaguardia della dimensione intima: impressioni su Corte costituzionale 10/2024*, in *Questione Giustizia*, <https://www.questionegiustizia.it/articolo/privazione-della-liberta-e-salvaguardia-della-dimensione-intima-impressioni-su-corte-costituzionale-10-2024>: «a tale meditata declinazione sarebbe vano opporre l'elevato grado di imponderabilità dei concreti fatti della vita cui può applicarsi una fattispecie legale astratta normativamente disciplinata. È il destino universale, a-storico ed a-spaziale, di ogni legge».

⁵³⁸ *Ibidem*. La Corte precisa che non riguarda il regime speciale del 41-bis e della sorveglianza particolare, entrambi perseguiti dalle *ratio* evidentemente non compatibili con il diritto in questione. R. De Vito, *op. cit.*, riguardo alla preclusione per i sottoposti alla sorveglianza particolare si mostra dubbioso e definisce questo punto come «forse l'unico piccolo profilo critico», egli infatti scrive «vero che tale regime viene applicato a coloro i quali “con i loro comportamenti compromettono la sicurezza ovvero turbano l'ordine negli istituti”, o con “violenza e minaccia impediscono le attività degli altri detenuti” (art. 14 bis, comma 1, lett. a e b, ord. penit.), ma la casistica concreta è talmente vasta ed eterogenea da non consentire di escludere a priori questa categoria di detenuti dal colloquio riservato, tanto più tenendo conto di una cornice

detenuti per reati cosiddetti ostativi, in linea di principio non sussistono impedimenti normativi che precludano l'esercizio dell'affettività *intra moenia*, posto che l'ostatività del titolo di reato inerisce alla concessione dei benefici penitenziari e non riguarda le modalità dei colloqui». ⁵³⁹

La Consulta rileva poi un'addizionale irragionevolezza «nel riverberarsi [delle restrizioni] sulle persone che, legate al detenuto da stabile relazione affettiva, vengono limitate nella possibilità di coltivare il rapporto, anche per anni», ⁵⁴⁰ tema che in questa trattazione era stato evidenziato sin dal primo capitolo, definendolo «una pena accessoria che si riflette anche su coloro che sono liberi e legati da un rapporto affettivo al detenuto, i quali, pur non dovendo scontare alcuna pena, si ritrovano invece a farlo, sebbene in maniera implicita». ⁵⁴¹

La Corte costituzionale ha giudicato poi corretta la sollevazione da parte del giudice rimettente della violazione dell'articolo 27 co. 3 Cost., «in quanto una pena che impedisce al condannato di esercitare l'affettività nei colloqui con i familiari rischia di rivelarsi inidonea alla finalità rieducativa. [...] il perseguimento di questo obiettivo risulta anzi gravemente ostacolato dall'indebolimento delle relazioni affettive, che può arrivare finanche alla dissoluzione delle stesse, giacché frustrate dalla protratta impossibilità di coltivarle nell'intimità di incontri riservati, con quell'esito di "desertificazione affettiva" che è l'esatto opposto della risocializzazione». ⁵⁴² È stato commentato come «[siano]

legislativa, la quale specifica che le restrizioni della sorveglianza particolare non possono riguardare i colloqui con il coniuge, il conveniente, i figli, i genitori, i fratelli (art. 14 quater, comma quarto, ord. penit.). Sarebbe stata meglio una valutazione caso per caso [...]».

⁵³⁹ *Ibidem*. La Consulta poi specifica: «peraltro, la significativa riduzione del numero dei colloqui autorizzabili, che l'art. 37, comma 8, del d.P.R. n. 230 del 2000 stabilisce "[q]uando si tratta di detenuti o internati per uno dei delitti previsti dal primo periodo del primo comma dell'articolo 4-bis della legge e per i quali si applichi il divieto di benefici ivi previsto", indica un chiaro orientamento legislativo nel senso di un maggiore controllo sugli incontri di queste persone, e ciò non può che tradursi in una più stringente verifica dei presupposti di ammissione all'esercizio dell'affettività intramuraria. Resta ovviamente salva la possibilità per il legislatore di disciplinare la materia stabilendo termini e condizioni diversi da quelli sopra enunciati, purché idonei a garantire l'esercizio dell'affettività dei detenuti, nel senso fatto proprio dalla presente pronuncia».

⁵⁴⁰ *Ibidem*.

⁵⁴¹ Si veda *supra*, capitolo I, par. 1.1, p. 9, nota 45. Si è parlato in proposito di «dimensione bilaterale della pena», così V. Manca, *Amore e carcere: binomio impossibile(?)! La Corte costituzionale segna una tappa fondamentale del percorso di inveroamento del volto costituzionale della pena*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2024, 2.

⁵⁴² Sentenza 10 26 gennaio 2024. La Corte censura anche il fenomeno dei c.d. "matrimoni bianchi" che deriva dall'impedire l'esercizio della sessualità intramuraria, pur consentendo invece la legge di ordinamento penitenziario che i matrimoni possano essere celebrati in carcere, ciò che verrebbe a mancare sarebbe la consumazione, con un risultato paradossale, dal momento che ben può essere quella una causa di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio.

poche le pronunce che valorizzano in maniera così efficace e lineare il finalismo rieducativo della pena».⁵⁴³

Infine, la Corte costituzionale ha confermato un'ulteriore violazione prospettata dal magistrato di Spoleto, riguardante l'articolo 117 co. 1 Cost. Tuttavia, questa violazione a giudizio della Consulta non riguarda entrambi gli articoli della Convenzione europea dei diritti dell'uomo individuati dal giudice rimettente, ovvero il 3 e l'8, ma solo quest'ultimo. La Corte ha dichiarato che quanto protetto da tale disposizione – il diritto al rispetto della vita privata e familiare⁵⁴⁴ – «viene compresso senza che sia verificabile in concreto, agli effetti del successivo paragrafo 2, la necessità della misura restrittiva per esigenze di difesa dell'ordine e prevenzione dei reati»,⁵⁴⁵ questo sempre perché attualmente, l'articolo 18 prevede un divieto «dal carattere assoluto e indiscriminato [...] di esercizio dell'affettività intramuraria [per tale motivo] in contrasto con l'art. 8 CEDU, sotto il profilo del difetto di proporzionalità tra tale radicale divieto e le sue, pur legittime, finalità».⁵⁴⁶

Come si era anticipato *supra*, p. 119, nota 528, le restanti censure sollevate dal magistrato di Sorveglianza sono state dichiarate assorbite,⁵⁴⁷ questa decisione suscita delle ulteriori riflessioni: esistono infatti diverse tipologie di assorbimento⁵⁴⁸ e il giudizio

⁵⁴³ R. De Vito, *op. cit.*

⁵⁴⁴ È stato detto che anche questo valorizza la tutela della dimensione bilaterale della pena, si veda V. Manca, *op. cit.*, p. 10.

⁵⁴⁵ *Ibidem.*

⁵⁴⁶ *Ibidem.*

⁵⁴⁷ «In generale, l'assorbimento dei motivi è una tecnica decisoria che ha il proprio fondamento giuridico nel principio di economia processuale [...], il giudice, onde realizzare una maggiore efficienza operativa, restringe l'ambito della propria cognizione ad una parte limitata delle questioni dedotte in giudizio dalle parti [...], individuate le questioni ritenute dirimenti rispetto alla soluzione della controversia (e perciò stesso ritenute "assorbenti"), il giudice dichiara assorbite le questioni la cui definizione risulta essere, rispetto al giudizio stesso, incongrua, inutile, o implicitamente accolta. La pratica dell'assorbimento – e questa stessa espressione lessicale –, com'è comprensibile, originano dal rito civile [e] hanno avuto una vasta applicazione nel processo costituzionale», così G. Pelegatti, "Giudicato implicito" e assorbimento di profili di illegittimità costituzionale. Nota a margine di Corte cost. n. 262 del 2009, in Amministrazione In Cammino, pp. 2-3.

⁵⁴⁸ *Ibidem*: «[...] pronunce che dichiarano l'assorbimento di questioni concernenti il merito in relazione ad una declaratoria di inammissibilità della questione di legittimità costituzionale [...]; una seconda modalità di assorbimento di censure di costituzionalità corrisponde a quella che può definirsi la forma di assorbimento in senso proprio [...] in queste ipotesi la Corte dichiara assorbite le censure di costituzionalità che non è necessario esaminare in quanto la decisione sul profilo assorbente implica logicamente una decisione su di esse [...]; una terza modalità [...] può essere inquadrata nella figura dell'assorbimento improprio [...], si tratta di ipotesi in cui l'assorbimento è pronunciato in quanto l'accoglimento di un profilo (ritenuto assorbente) ha realizzato il risultato processuale cui tendeva l'atto introduttivo del giudizio (cioè, l'annullamento della disposizione impugnata [...], la Corte, accogliendo una ipotesi di incostituzionalità, dichiara assorbiti tutti gli altri motivi formulati dal giudice di remissione, in quanto "tanto basta" per definire l'esito del giudizio».

sulla portata della sentenza in commento dipenderà dalla modalità di assorbimento ritenuta applicata in questo specifico caso. Se si considera che si tratti di un assorbimento proprio, non dovrebbero sorgere particolari questioni, tuttavia, nel caso in cui si ritenga che si tratti di un assorbimento improprio, potrebbero emergere delle perplessità, questo poiché «se le forme proprie di assorbimento si basano sulla rilevazione di una interdipendenza logica tra le censure prospettate, che risultano implicitamente decise dalla valutazione del profilo assorbente, nella modalità impropria l'assorbimento di questioni è deciso in quanto l'esame di esse sarebbe inutile ai fini dell'esito processuale. Le questioni assorbite – che hanno una autonoma consistenza logica – rimangono “imprejudicate”, senza risposta».⁵⁴⁹ Applicando quest'ultima modalità di assorbimento alla sentenza 10 del 2024, si potrebbe argomentare che agendo in questo modo, la Corte non abbia rispettato il principio tra chiesto e pronunciato⁵⁵⁰ e abbia rinunciato «a quella più ampia funzione di tutela dell'ordinamento che avrebbe trovato realizzazione nell'esame di ogni profilo di censura, logicamente autonomo, e correttamente prospettato dal giudice di rimessione».⁵⁵¹

In particolare, alcuni commentatori si sono soffermati a riflettere sulla mancata censura dell'articolo 3 della CEDU e sulla mancata censura dell'articolo 13 Cost., sia primo che quarto comma e hanno concluso sostenendo che «una decisione in tal senso sarebbe stata troppo azzardata e avrebbe provocato, forse, ricadute incalcolabili sul sistema penitenziario nel suo complesso, tensioni politiche e discussioni massmediatiche che non avrebbero certo agevolato il cambiamento delle condizioni di vita all'interno degli istituti penitenziari, da tanto, troppo tempo atteso»⁵⁵², in quanto «avrebbe sicuramente scoperto “il vaso di pandora” del sistema penitenziario [...], infatti, ciò avrebbe ampliato la nozione di trattamento inumano e degradante di cui all'art. 3 CEDU [...], così come, in aggiunta, l'uso dell'art. 13 Cost. avrebbe indotto a ricomprendere l'imposta astinenza dalla dimensione affettiva/sessuale nella nozione di tortura, come definita dall'art. 416 bis cp., con la possibilità di far valere più gravi conseguenze, in

⁵⁴⁹ *Ivi*, p. 7.

⁵⁵⁰ *Ivi*, p. 9: «la prassi dell'assorbimento di censure di costituzionalità, nella sua modalità anomala o impropria, presenta, dunque, delle criticità che in sostanza sono connesse alla valenza del principio generale della corrispondenza tra chiesto e pronunciato nel processo costituzionale».

⁵⁵¹ *Ibidem*.

⁵⁵² V. Valenti, *Il diritto all'affettività-sessualità in carcere e la sentenza n. 10 del 2024. Cronistoria di una rivoluzione, costituzionalmente orientata, che non attende più di essere compiuta*, in *Consulta Online*, Fascicolo I, 2024, p. 359.

termini di responsabilità giuridica in capo all'Amministrazione penitenziaria, in caso di negazione del diritto all'affettività».⁵⁵³

La pronuncia della Corte è considerata particolarmente significativa poiché, nella parte finale del considerato in diritto manifesta l'intenzione, pur avendo dichiarato esplicitamente l'incostituzionalità delle disposizioni richiamate e non essersi limitata ad un monito, di dialogare con il legislatore e l'amministrazione penitenziaria. La Corte si dichiara «consapevole dell'impatto che l'odierna sentenza è destinata a produrre [...] [ma] il lungo tempo trascorso dalla sentenza n. 301 del 2012 e dalla segnalazione che essa rivolgeva all'attenzione del legislatore impone [...] di ricondurre a legittimità costituzionale una norma irragionevole nella sua assolutezza e lesiva della dignità delle persone».⁵⁵⁴ Tuttavia, la Consulta specifica come, nonostante il suo intervento esplicito, «la complessità dei problemi operativi che ne scaturiscono sollecita ancora una volta la responsabilità del legislatore, ove esso intenda approntare in materia un quadro normativo di livello primario»⁵⁵⁵ e per aiutare il legislatore in questo percorso, la stessa Corte individua precisamente «problemi ed esigenze che si pongono per l'esercizio dell'affettività intramuraria di ogni persona detenuta».⁵⁵⁶

Queste specifiche sezioni del considerato in diritto sollevano interrogativi sulla natura della sentenza che è stata adottata dalla Corte, che dispone di diverse tipologie decisorie⁵⁵⁷, ognuna perseguente uno scopo preciso e pertanto, mai rappresentativa di una scelta neutra. In riferimento alla sentenza presa in esame, ad una prima lettura, essendo la sentenza assai recente, vi è chi ha parlato di sentenza additiva classica⁵⁵⁸: «un primo aspetto fondamentale della sentenza è che essa ha carattere immediatamente precettivo. La Corte disegna uno scenario dove da questo momento “laddove le condizioni materiali della singola struttura lo consentano e con la gradualità eventualmente necessaria” si devono creare appositi spazi per garantire i colloqui intimi/visite. Allo stesso tempo

⁵⁵³ *Ibidem*.

⁵⁵⁴ Sentenza numero 10 del 26 gennaio 2024.

⁵⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁵⁷ Per una panoramica sulle varie tipologie in astratto assumibili dalla Corte si rinvia a https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/STU%20296.pdf, consultato il 07/03/24.

⁵⁵⁸ «Con la sentenza additiva classica la Corte accerta la fondatezza della questione di legittimità costituzionale e dichiara l'illegittimità costituzionale della disposizione di legge nella parte in cui il suo testo non prevede qualcosa che invece avrebbe prevedere», così <https://www.consiglio.regione.abruzzo.it/contenuti/tipologie-di-sentenze#:~:text=Con%20la%20sentenza%20additiva%20classica,qualcosa%20che%20invece%20avrebbe%20prevedere>, consultato il 07/03/24.

precisa che resta la possibilità di intervento del legislatore “stabilendo termini e condizioni diversi da quelli enunciati, purché idonei a garantire l’esercizio dell’attività dei detenuti, nel senso fatto proprio dalla presente pronuncia”⁵⁵⁹; chi l’ha definita una sentenza additiva di principio,⁵⁶⁰ si concorda invece sul fatto che non si tratti sicuramente di una pronuncia di incostituzionalità prospettata, come aveva ipotizzato qualcuno⁵⁶¹ né di una pronuncia di inammissibilità come avvenuto in passato.

Si ritiene più convincente l’opinione di chi l’ha definita una sentenza additiva classica, infatti, la Corte prescrive chiaramente una serie di modalità concrete attraverso cui il diritto all’affettività e sessualità dovrà fin da subito essere effettivamente garantito negli istituti penitenziari⁵⁶², valorizzandone il ruolo. Queste modalità includono la

⁵⁵⁹ Si veda C. Cantone, *Diritto all’affettività – Lo scenario aperto dalla sentenza n. 10/2024*, in Osservatorio sull’esecuzione penale, 03/02/24, consultabile al seguente link <https://osep.jus.unipi.it/2024/02/03/diritto-allaaffettivita-lo-scenario-aperto-dalla-sentenza-n-10-2024/>, consultato il 15/03/24. Nello stesso senso V. Valenti, *Il diritto all’affettività-sessualità in carcere e la sentenza n. 10 del 2024. Cronistoria di una rivoluzione, costituzionalmente orientata, che non attende più di essere compiuta*, in Consulta Online, Fascicolo I, 2024, p. 359: «la Corte costituzionale si pronuncia con una decisione che è a tutti gli effetti una decisione “paralegislativa” in quanto pur facendo salva la possibilità per il Legislatore di disciplinare la materia, stabilendo termini e condizioni diverse da quelli enunciati, la Corte costituzionale specifiche che le eventuali e diverse condizioni che il Legislatore potrebbe introdurre debbano essere comunque idonee “... a garantire l’esercizio dell’affettività dei detenuti, nel senso fatto proprio dalla presente pronuncia”».

⁵⁶⁰ Così I. Giugni, *Diritto all’affettività delle persone detenute: la Corte costituzionale apre ai colloqui intimi*, in Sistema Penale, 02 febbraio 2024, consultabile al seguente link: <https://sistemapenale.it/it/scheda/giugni-diritto-allaaffettivita-delle-persone-detenute-la-corte-costituzionale-apre-ai-colloqui-intimi-in-carcere>, consultato il 15/03/24: «la decisione – inquadrabile nella categoria delle sentenze c.d. additive di principio – [...]». Nello stesso senso A. La Morgia, *La Consulta: basta attendere. L’amore è un diritto*, in Voci di Dentro, numero 51, febbraio 2024, p. 43. Sempre nello stesso senso A. Ruggeri, *Finalmente riconosciuto il diritto alla libera espressione dell’affettività dei detenuti (a prima lettura di Corte cost. n. 10 del 2024)*, in Consulta Online, fascicolo I, 2024, p. 161. In questo senso anche R. De Vito, *op. cit.*: «da un punto di vista tecnico, non pare possa dubitarsi che la sentenza in questione rientri nel novero delle additive di principio».

⁵⁶¹ «La previsione plausibile, dunque, potrebbe essere quella di un’incostituzionalità prospettata ma non dichiarata, con un’ordinanza di rinvio a data certa della decisione. Una soluzione graduale, in due fasi, con cui si riconosca l’illegittimità della lacuna, ma si conceda un termine al legislatore per la predisposizione di una disciplina organica dell’istituto delle visite intime, nonché per il reperimento dei fondi necessari all’adeguamento delle strutture, in dialogo positivo soprattutto con l’amministrazione penitenziaria, direttamente investita dell’organizzazione logistica», così Eleonora Santoro, *op. cit.*, p. 1134, la quale *ibidem*, si era invece dichiarata contra «[...] non sembra risolutivo, soprattutto dopo dieci anni, un intervento puramente additivo da parte della Corte costituzionale, né sulla scorta della tipologia decisoria legata alle rime possibili, né con un’additiva di principio. Infatti, con riguardo alla prima, l’estensione della disciplina prevista per l’esecuzione penale minorile, intesa come soluzione costituzionalmente possibile ricavabile all’interno dell’ordinamento, non pare coerente in ragione delle evidenti peculiarità che circondano la fase esecutiva della pena per i minori e per i giovani adulti. Allo stesso modo, con riguardo alla seconda ipotesi, non sembra praticabile un’additiva di principio, che aprirebbe serie lacune a margine del principio aggiunto (modalità, tempi, ecc.), mettendo sotto stress l’amministrazione penitenziaria che si troverebbe a dover rigettare le richieste di visite intime dei detenuti, non essendo state costituite, mediante gli opportuni investimenti, le apposite strutture all’interno degli istituti penitenziari».

⁵⁶² In questo senso S. Anastasia, *Colloqui riservati con il partner in carcere: ora si può*, sul sito del Garante dei detenuti del Lazio, <https://www.garantedetenutilazio.it/perche-e-incostituzionale-il-divieto-di-esercizio-dellaaffettivita-intramuraria-assoluto-e-indiscriminato/>, consultato il 15/03/24: «Naturalmente il

necessità che la durata dei colloqui intimi sia adeguata, che le visite si svolgano in modo non sporadico⁵⁶³, che in virtù di quanto disposto anche a livello sovranazionale le visite si svolgano in luoghi idonei⁵⁶⁴ come unità abitative attrezzate e che garantiscano la riservatezza, che a differenza di quanto previsto per l'ordinamento minorile non si ammettano più persone alla visita ma solo il coniuge, l'unito civilmente o il convivente stabile; che il direttore sia incaricato di verificare i divieti imposti dall'autorità giudiziaria e la sussistenza dello stabile legame affettivo; che si garantisca priorità di accesso a tali visite a chi non può usufruire dei permessi premio, così come previsto per i minori».⁵⁶⁵

legislatore potrà intervenire, nel rispetto della sentenza, per disciplinare concretamente le modalità di esercizio del diritto dei detenuti al colloquio riservato con i propri partner, ma intanto l'amministrazione penitenziaria, sia in sede centrale che periferica, con l'ausilio e le garanzie prestate dai giudici di sorveglianza, deve essere messa in condizione di rispondere alle legittime richieste che dovessero venire da parte dei detenuti, e la Corte elenca i punti fermi di questa disciplina da adottarsi, se non in via legislativa, in via amministrativa, se non centralmente, localmente». Nello stesso senso anche M. Serio, *Privazione della libertà e salvaguardia della dimensione intima: impressioni su Corte costituzionale 10/2024*, in *Questione Giustizia*, <https://www.questionegiustizia.it/articolo/privazione-della-liberta-e-salvaguardia-della-dimensione-intima-impressioni-su-corte-costituzionale-10-2024>, consultato il 15/03/24: «[...] nella parte finale della sentenza, dalla chiara portata prescrittiva e dal sapore provvedimentoale».

⁵⁶³ Critico su questo aspetto C. Cantone, *op. cit.*, in quanto il requisito della periodicità si scontra con la scarsa disponibilità di luoghi in rapporto ai potenziali titolari del diritto: «testando la situazione reale degli istituti e valutando quel che si deve fare, è immaginabile che anche a medio termine la periodicità di cui parla la Corte sarà ben più dilatata, basti pensare a strutture come Regina Coeli o Poggioreale».

⁵⁶⁴ Critico anche su questo aspetto C. Cantone, *ibidem*: «Vedremo come questi aspetti saranno affrontati quando la magistratura di sorveglianza e l'amministrazione penitenziaria, per la sua parte, dovranno affrontare i ricorsi ex artt.35 bis e 69c.6 ord. Penit., richiamati dalla stessa Corte. Si può infatti immaginare un percorso graduale in cui alcuni istituti perverranno ad una situazione di idoneità prima di molti altri, ma nella valutazione dei ricorsi da parte del magistrato di sorveglianza bisognerà comprendere come sarà valutato il percorso adottato dall'amministrazione penitenziaria, chiamata ad affrontare questa situazione con la necessità di risorse economiche aggiuntive».

⁵⁶⁵ Sono state così riassunte le prescrizioni contenute nella sentenza, per il dettaglio si rinvia ad essa: «6.1.1.– La durata dei colloqui intimi deve essere adeguata all'obiettivo di consentire al detenuto e al suo partner un'espressione piena dell'affettività, che non necessariamente implica una declinazione sessuale, ma neppure la esclude. 6.1.2.– In quanto finalizzate alla conservazione di relazioni affettive stabili, le visite in questione devono potersi svolgere in modo non sporadico (ovviamente qualora ne permangano i presupposti), e tale da non impedire che gli incontri possano raggiungere lo scopo complessivo di preservazione della stabilità della relazione affettiva. 6.1.3.– Numerosi testi sovranazionali indicano nella predisposizione di luoghi appropriati una condizione basilare per l'esercizio dell'affettività intramuraria del detenuto: così, in particolare, la raccomandazione n. 1340 (1997), sugli effetti della detenzione sul piano familiare e sociale, adottata dall'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa il 22 settembre 1997 (punto 6.6.), e la raccomandazione n. 2003/2188 (INI), sui diritti dei detenuti nell'Unione europea, adottata dal Parlamento europeo il 9 marzo 2004 (punto 1, lettera c). Può ipotizzarsi che le visite a tutela dell'affettività si svolgano in unità abitative appositamente attrezzate all'interno degli istituti, organizzate per consentire la preparazione e la consumazione di pasti e riprodurre, per quanto possibile, un ambiente di tipo domestico. È comunque necessario che sia assicurata la riservatezza del locale di svolgimento dell'incontro, il quale, per consentire una piena manifestazione dell'affettività, deve essere sottratto non solo all'osservazione interna da parte del personale di custodia (che dunque vigilerà solo all'esterno), ma anche allo sguardo degli altri detenuti e di chi con loro colloquia. 6.1.4.– A differenza di quanto previsto dall'art. 19, comma 3, del d.lgs. n. 121 del 2018 per la visita prolungata del detenuto minorenni, per il detenuto adulto non va ammessa la compresenza di più persone, considerata l'eventualità di una declinazione sessuale dell'incontro, che deve quindi svolgersi unicamente con il coniuge, la parte

In conclusione, e a ulteriore dimostrazione di quanto appena enunciato, la Corte costituzionale termina valorizzando «il contributo che a un'ordinata attuazione dell'odierna decisione può dare [...] l'amministrazione della giustizia, in tutte le sue articolazioni, centrali e periferiche, non esclusi i direttori dei singoli istituti»⁵⁶⁶ e riafferma nuovamente la portata immediatamente prescrittiva della sua pronuncia: «venendo meno con questa decisione l'inderogabilità del controllo visivo sugli incontri, può ipotizzarsi la creazione all'interno degli istituti penitenziari – laddove le condizioni materiali della singola struttura lo consentano, e con la gradualità eventualmente necessaria – di appositi spazi riservati ai colloqui intimi tra la persona detenuta e quella ad essa affettivamente legata».⁵⁶⁷ Contemporaneamente, i giudici della Consulta sono consapevoli che la loro pronuncia è destinata a produrre effetti in un ordinamento giuridico caratterizzato dalla compresenza di più attori istituzionali, pertanto, invitano ad «un'azione combinata del legislatore, della magistratura di sorveglianza e dell'amministrazione penitenziaria, ciascuno per le rispettive competenze, [che] potrà accompagnare una tappa importante del percorso di invero del volto costituzionale della pena».⁵⁶⁸

dell'unione civile o la persona stabilmente convivente con il detenuto stesso. 6.1.5.– Prima di autorizzare il colloquio riservato, il direttore dell'istituto, oltre all'esistenza di eventuali divieti dell'autorità giudiziaria che impediscano i contatti del detenuto con la persona con la quale il colloquio stesso deve avvenire, avrà cura di verificare altresì la sussistenza del presupposto dello stabile legame affettivo, in particolare l'effettività della pregressa convivenza. 6.1.6.– Nella fruizione dei locali predisposti per l'esercizio dell'affettività (i quali verosimilmente saranno, almeno all'inizio, una "risorsa scarsa") «sono favorite le visite prolungate per i detenuti che non usufruiscono di permessi premio» (sempre che ciò non dipenda da ragioni ostative anche all'esercizio dell'affettività intramuraria). Prevista dall'art. 19, comma 6, del d.lgs. n. 121 del 2018 riguardo al detenuto minorenne, la particolare considerazione nei confronti di chi non può usufruire di permessi premio può estendersi alla disciplina del detenuto adulto, analoga essendo la ratio di sussidiarietà dell'affettività intra moenia rispetto a quella più fisiologicamente esprimibile "fuori le mura"».

⁵⁶⁶ *Ibidem.*

⁵⁶⁷ *Ibidem.*

⁵⁶⁸ *Ibidem.*

CONCLUSIONE

Nel primo capitolo ci si chiedeva se l'affettività e la sessualità fossero un diritto anche delle persone ristrette, ora, grazie alla pronuncia della Corte costituzionale tale domanda ha finalmente trovato risposta e in senso affermativo. Tuttavia, questo risultato non costituisce una conclusione, piuttosto segna l'inizio di un nuovo percorso, da compiere seguendo le prescrizioni contenute nella decisione del Giudice delle leggi.

In proposito, si sono registrati numerosi interventi da parte di giuristi, professori di diritto, esperti del tema, associazioni di volontariato, tutti concordi nel definire questa sentenza come storica, considerata la sua portata innovativa. È stato però correttamente sottolineato come tale pronuncia sia al contempo «dolce e amara»⁵⁶⁹: il dolce è il richiamo a «non dimenticare il “volto costituzionale” della pena, “che è una sofferenza in tanto legittima in quanto inflitta nella misura minima necessaria” [...] in un momento in cui nella società passa invece l'idea che la pena deve essere inflitta “nella misura massima”»;⁵⁷⁰ l'amaro invece «è la paura che l'immobilismo dell'Amministrazione possa porre mille ostacoli piuttosto che spianare la strada ai colloqui intimi».⁵⁷¹

Uno di tali ostacoli riguarda le «rigidità strutturali e organizzative»⁵⁷², che comprendono gli spazi e i luoghi in cui questo riconosciuto diritto dovrà potersi

⁵⁶⁹ Si veda <https://ristretti.org/il-dolce-e-lamaro-di-una-sentenza-che-ci-ricorda-che-la-vita-senza-affetti-e-un-deserto>, consultato il 15/03/24.

⁵⁷⁰ *Ibidem*.

⁵⁷¹ *Ibidem*. In questo stesso senso l'associazione Antigone, la quale ha partecipato all'udienza pubblica di discussione della questione di legittimità da cui è poi generata la sentenza in qualità di *amicus curiae*: «oggi come Antigone chiediamo all'amministrazione penitenziaria di adottare al più presto le misure necessarie per l'esercizio di questo diritto, e alla magistratura di sorveglianza di farsi garante che questo accada. Al più presto. E questo non solo per adempiere doverosamente alla sentenza della Corte, ma anche per dare un segnale positivo, ad oggi l'unico che ci si può aspettare, in un momento di grandissima difficoltà del nostro sistema penitenziario. Le carceri sono sempre più piene e i reparti sempre più chiusi, visto che si sta tornando indietro rispetto al regime a celle aperte adottato una decina di anni fa. E i contatti con i familiari sono sempre meno visto che vengono tolte le telefonate straordinarie introdotte durante la pandemia. La tensione cresce ed il clima si fa più cupo, e a questo il governo risponde introducendo il nuovo reato di “Rivolta in istituto penitenziario”, che punisce severamente le condotte di “resistenza anche passiva”. Insomma, la situazione si fa drammatica e ogni protesta è vietata», riporta così le parole dell'associazione A. Scandurra, *Affettività in carcere, un diritto finalmente riconosciuto anche in Italia*, in Left. Un pensiero nuovo a sinistra, consultabile al seguente link: <https://left.it/2024/01/31/affettivita-in-carcere-un-diritto-finalmente-riconosciuto-anche-in-italia/#>, consultato il 15/03/24.

⁵⁷² G. Giostra, *Che fine hanno fatto gli stati generali?* In *Diritto Penale Contemporaneo*, 20 aprile 2017, consultabile al seguente link: <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org/d/5361-che-fine-hanno-fatto-gli-stati-general-i>, consultato il 15/03/24.

manifestare,⁵⁷³ questo perché tali spazi «non possono essere la riproduzione di una cella detentiva»,⁵⁷⁴ e per realizzare ciò⁵⁷⁵, occorre inevitabilmente far fronte al «muro economico».⁵⁷⁶ In merito al contesto legislativo, sono già stati effettuati tentativi per affrontare questa questione: «a marzo del 2021, la 5a commissione del Senato (Bilancio) ha richiesto al ministero della Giustizia, tramite il Dipartimento per i rapporti con il Parlamento, una relazione tecnica su una stima di massima dei costi di realizzazione. I tecnici del ministero, chiamati a rispondere, hanno trasmesso una valutazione orientativa dell'eventuale impatto economico dell'intervento e rappresentato la necessità di differirne la realizzazione nel tempo e, in ogni caso, di non intaccare i fondi già stanziati per l'edilizia penitenziaria, destinataria di plurimi interventi»⁵⁷⁷. La risposta fornita dal governo appare eloquente e sottolinea l'importanza di affrontare la questione,⁵⁷⁸ specialmente considerando la recente sentenza e la sua efficacia precettiva.

⁵⁷³ È stato detto in proposito che «l'attuazione della sent. n. 10/2024 costringerà a sciogliere anche altri nodi irrisolti: su tutti, quello di “strutture già gravate da persistenti problemi di sovraffollamento”», così A. Pugiotto, *Amore dietro le sbarre, cosa succede dopo la storica sentenza della Consulta*, l'Unità, 30 gennaio 2024, consultabile al seguente link: <https://www.unita.it/2024/01/30/amore-dietro-le-sbarre-cosa-succede-dopo-la-storica-sentenza-della-consulta/>, consultato il 15/03/24.

⁵⁷⁴ Scrive così D. Aliprandi, “*Ora vanno creati spazi dedicati all'incontro tra i detenuti e i loro partner*”. *Lo dice la Consulta*, ne Il Dubbio, 5 febbraio 2024, riportato nella rassegna stampa di Ristretti Orizzonti e consultabile al seguente link: <https://ristretti.org/ora-vanno-creati-spazi-dedicati-allincontro-tra-i-detenuti-e-i-loro-partner-lo-dice-la-consulta>, consultato il 15/03/24. Egli poi precisa: «nei Paesi dove l'affettività è già garantita da decenni, le persone, a vario titolo coinvolte familiarmente nella vicenda detentiva, si possono incontrare periodicamente in luoghi caratterizzati da un clima domestico, pur nel rispetto della dovuta sicurezza. In alcuni casi si tratta di monolocali o bilocali residenziali, a volte provvisti di terrazza, o semplicemente di stanze con servizio igienico annesso, simili a quelle di un albergo, collocati adeguatamente nei corpi di fabbrica della prigione. L'Italia dovrà necessariamente adeguarsi».

⁵⁷⁵ Occorre precisare come ci siano in realtà già stati dei tentativi isolati, ma appunto, non strutturali, si veda tra tutti il Mama, il Modulo per l'affettività e la maternità nel carcere femminile di Rebibbia, realizzato sotto la supervisione dell'architetto e senatore a vita Renzo Piano.

⁵⁷⁶ M. Baroni, *op. cit.*, p. 289.

⁵⁷⁷ Scrive così D. Aliprandi, *op. cit.*, ne Il Dubbio, 5 febbraio 2024, riportato nella rassegna stampa di Ristretti Orizzonti e consultabile al seguente link: <https://ristretti.org/ora-vanno-creati-spazi-dedicati-allincontro-tra-i-detenuti-e-i-loro-partner-lo-dice-la-consulta>, consultato il 15/03/24. Precisa poi: «nei fatti pensare di non usare fondi appositi per creare locali adeguati è impossibile. Nel disegno di legge promosso dalla regione Toscana [si veda *supra*, capitolo II, par. 2.4.4], infatti, si specifica che durante la prima fase potrà essere affidata all'ufficio tecnico del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria l'attività di riconoscimento delle strutture esistenti negli istituti penitenziari, per individuare gli immobili da destinare alle “case dell'affettività”. All'attività di riconoscimento dovrà seguire quella di progettazione esecutiva dei lavori, da effettuare sempre a cura dell'ufficio tecnico del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria. I fondi per realizzare gli interventi dovranno quindi essere reperiti nell'ambito dei fondi del ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, destinati ai lavori sugli immobili pubblici, per i quali esiste una specifica programmazione dedicata all'edilizia penitenziaria».

⁵⁷⁸ Vi è chi sottolinea come in realtà «quanto alla legge che dovrà venire, nulla c'è da inventare. Il legislatore può capitalizzare il lavoro svolto dal Tavolo VI degli Stati generali per la riforma dell'ordinamento penitenziario, dedicato al “Mondo degli affetti e territorializzazione della pena”. Può recuperare le pertinenti iniziative legislative presentate, nella scorsa legislatura, dai Consigli regionali della Toscana e

Inoltre, sempre nel 2021, era stata istituita la già citata (capitolo I, par. 1.1, p. 15 nota 66) Commissione per l'Architettura penitenziaria, entro cui furono immaginati spazi per l'affettività/sexualità e a cui partecipò anche l'architetto Cesare Burdese, il quale ora, commentando questa nuova sentenza e augurandosi che essa non rimanga lettera morta, se da un lato ritiene che essa «possa rappresentare uno stimolo ad un maggiore impegno per migliorare la progettazione delle nostre carceri»⁵⁷⁹, dall'altro «[ha] il timore/certezza che quegli spazi – stando le cose come stanno non sarebbero adeguati, viste le condizioni culturali/ideologiche di partenza [...] le soluzioni da realizzare riguardano molti degli aspetti esistenziali dell'utenza, psicologici e relazionali, che possono trovare soddisfazione solo in una dimensione architettonica che vada oltre la semplice edilizia».⁵⁸⁰

Purtroppo, sembra che le preoccupazioni espresse siano state confermate dalla realtà: infatti, nelle ultime settimane di febbraio 2024, poco dopo la pubblicazione della sentenza, si è verificato l'ennesimo tentativo di strumentalizzare e screditare il tema. La direttrice della redazione di Ristretti Orizzonti Ornella Favero aveva incontrato il direttore del carcere di Padova (quello in cui opera l'associazione), al fine di dare il via a una prima sperimentazione, ora consentita dopo la sentenza, il quale «si era detto favorevole alla realizzazione di una serie di stanze prefabbricate per concedere momenti di privacy ai detenuti che ne avessero fatto richiesta»⁵⁸¹; tale iniziativa è stata subito ridimensionata dal sottosegretario alla Giustizia Andrea Ostellari, il quale ha dichiarato: «non esiste alcuna autorizzazione specifica riguardante la Casa di Reclusione Due Palazzi di Padova o altro istituto in Italia a proposito della cosiddette stanze dell'amore [...] a seguito della

del Lazio. Può utilmente muovere dalla proposta di legge a firma dell'on. Magi (n. 1566) depositata alla Camera», così A. Pugiotta, *op. cit.*, l'Unità, 30 gennaio 2024.

⁵⁷⁹ C. Burdese, *Sul diritto all'affettività in carcere si misura il nostro grado di civiltà*, ne Il Dubbio, 28 febbraio 2024, riportato nella rassegna stampa di Ristretti Orizzonti e consultabile al seguente link: <https://ristretti.org/sul-diritto-allaffettivita-in-carcere-si-misura-il-nostro-grado-di-civilta>, consultato il 15/03/24.

⁵⁸⁰ *Ibidem*. Egli precisa: «per questo bisognerebbe sin da subito configurare una compagine progettuale, consapevole di tutte le problematiche presenti, costituita dalle diverse professionalità in campo, oltre a quella dell'architetto. Altrimenti tutto si risolverà secondo le logiche consuete al chiuso degli uffici tecnici ministeriali. Il rischio peggiore è che il compito possa essere affidato a qualcuno del personale di custodia, improvvisato per l'occasione progettista, come è già più volte accaduto per l'allestimento e l'abbellimento delle sale colloqui e delle aree verdi».

⁵⁸¹ Scrive così G. D'Aleo, «Stanze dell'amore», *il carcere di Padova si organizza ma Ostellari frena: "Non sono autorizzate"*, ne La Repubblica, 24 febbraio 2024, riportato dalla rassegna stampa di Ristretti Orizzonti, consultabile al seguente link: <https://ristretti.org/stanze-dellamore-il-carcere-di-padova-si-organizza-ma-ostellari-frena-non-sono-autorizzate>, consultato il 15/03/24.

pronuncia in merito della Consulta sarà costituito un tavolo di lavoro per approfondire la questione. Ogni eventuale iniziativa verrà intrapresa dal Dipartimento per l'Amministrazione penitenziaria, che coordinerà, dopo una ricognizione delle strutture, tutti i provveditorati e, a caduta, i singoli penitenziari. Le carceri hanno bisogno di serietà, non di propaganda».⁵⁸² In risposta è di nuovo intervenuta Ornella Favero, la quale ha ricordato al sottosegretario quanto invece dichiarato dal Capo del Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria in audizione alla Commissione Giustizia alla Camera: «intendiamo dare non piena ma di più, avanzata risposta all'ordine specifico che la Corte costituzionale ha dato, in attesa delle valutazioni del legislatore, all'amministrazione penitenziaria, l'amministrazione penitenziaria deve rendere possibile *rebus sic stantibus* la realizzazione di colloqui privi di questo controllo [...], vorrei che tutti gli stakeholder importanti, dagli avvocati alla società, dagli psicologi agli architetti, venissero a far parte di un gruppo che innanzitutto deve individuare non un modello da realizzare fra 10 anni, ma uno o due o tre istituti penitenziari già esistenti, già pronti sul territorio, che si prestino, non solo per caratteristiche fisiche ma anche per predisposizione, ad ospitare questa sperimentazione [...]».⁵⁸³ La direttrice di Ristretti Orizzonti ha poi concluso la sua replica con l'augurio «che la politica tutta capisca che ha una occasione storica per contribuire a rendere più umane le carceri, ma anche la vita di tante famiglie, e che non deve succedere come con i banconi nelle sale colloqui, che fra dieci anni siamo ancora qui a pregare i direttori e il DAP di rispettare la legge [...], al sottosegretario padovano Andrea Ostellari, con cui più volte il Volontariato e il Terzo Settore si sono confrontati, chiediamo di continuare questo confronto proprio sul tema dell'amore in carcere: siamo infatti convinti che sia una cosa bella e importante se a Padova si inaugureranno presto i primi colloqui riservati, intimi, d'amore tra, come dice la Corte, “la persona detenuta e quella ad essa affettivamente legata”».⁵⁸⁴

Si auspica che tali considerazioni vengano ascoltate, poiché come è stato accuratamente evidenziato, lo strumentalizzare i discorsi relativi al mondo penitenziario

⁵⁸² Riporta così l'ANSA, consultabile al seguente link: https://www.ansa.it/sito/notizie/cronaca/2024/02/23/ostellari-non-ce-autorizzazione-per-stanze-dellamore_240b253b-77d8-46fe-843e-09706950405a.html, consultato il 15/03/24.

⁵⁸³ Audizione consultabile al seguente link: <https://www.youtube.com/watch?v=0O330pHnvAQ&t=3211s>, nello specifico dal minuto 1:21:38, consultato il 15/03/24.

⁵⁸⁴ Intervento pubblicato su Ristretti Orizzonti, 27 febbraio 2024, consultabile al seguente link: <https://ristretti.org/amore-in-carcere-leggiamo-con-cura-la-sentenza-per-favore>, consultato il 15/03/24.

si rivela dannoso e controproducente, perché contribuisce a rafforzare nell'opinione pubblica una concezione sbagliata della questione, invece «informa[rla] correttamente e compiutamente, significa prepararla a giudicare e a sollecitare le scelte di politica penitenziaria con maggiore consapevolezza. Significa, soprattutto, offrirle gli antidoti contro quegli allarmismi che gabellano per irrinunciabili presidi a tutela della sicurezza pubblica le restrizioni dei diritti dei reclusi [...]»⁵⁸⁵; ciò è particolarmente rilevante considerando anche la resistenza che si è manifestata all'interno della categoria della polizia penitenziaria. Tale resistenza appare contraddittoria, poiché proprio gli operatori che trascorrono il maggior tempo all'interno degli istituti penitenziari dovrebbero accogliere positivamente interventi come quello previsto dalla sentenza 10 del 2024.⁵⁸⁶

Tornando al percorso avviato con la dichiarazione di incostituzionalità dell'articolo 18 co. 2, si ritiene opportuno condurre ulteriori analisi, con l'obiettivo di offrire prospettive per l'operato futuro. Infatti, una volta affermato e sancito che il diritto all'affettività e sessualità debba essere garantito anche alle persone detenute, la Consulta ha successivamente delineato delle circostanze che possono invece limitarlo: ragioni di sicurezza o esigenze di mantenimento dell'ordine e della disciplina, o nel caso di soggetti imputati, specifiche finalità giudiziarie. Come è stato opportunamente evidenziato, l'interpretazione che emerge è che «pertanto, si potrà accedere al colloquio intimo dopo che siano stati valutati eventuale irregolarità della condotta e precedenti disciplinari, ma anche la pericolosità sociale del detenuto»⁵⁸⁷, la criticità si rinviene però non nella restrizione in sé, ma nel fatto che essi siano «concetti troppo aperti [...], declinarli

⁵⁸⁵ G. Giostra, *op. cit.*, *Costituzionalismo.it*, 2015, p. 10.

⁵⁸⁶ Si leggano in proposito la reazione del SAPPE alla sentenza, densa di benaltrismo e ignoranza: «il sesso in carcere è una previsione inutile e demagogica, anche in termini di sicurezza stessa del sistema. Si introduca piuttosto il principio di favorire il ricorso alla concessione di permessi premio a quei detenuti che in carcere si comportano bene, che non si rendono cioè protagonisti di eventi critici durante la detenzione e che lavorano e seguano percorsi concreti di rieducazione. E allora, una volta fuori, potranno esprimere l'affettività come meglio credono [...], certo fa riflettere il fatto che, in una situazione penitenziaria nazionale endemicamente complessa in cui anche gli interventi di edilizia sono assai contenuti, assuma priorità la previsione di destinare stanze o celle per favorire il sesso ai detenuti [...] i nostri penitenziari non possono e non devono diventare postriboli così come i nostri Agenti di Polizia Penitenziaria non devono diventare "guardoni di Stato"», consultabile al seguente link: <https://www.poliziapenitenziaria.it/sesso-in-carcere-sappe-ipotesi-inopportuna-e-inapplicabile-meglio-permessi-premio-per-affettivita-a-casa-propria/>, consultato il 15/03/24; e il comunicato stampa della UILPA, POLIZIA PENITENZIARIA, consultabile al seguente link: https://www.polpenuil.it/images/0_Allegati/stampa_-_affettivita_e_telefonate.pdf, consultato il 15/03/24, in cui addirittura scrivono che il diritto all'affettività viene compreso anche per gli operatori di polizia penitenziaria dati gli ingenti carichi di lavoro, argomentazione evidentemente fallace, assurda e incommentabile.

⁵⁸⁷ C. Cantone, *op. cit.*

correttamente e applicarli rimane allo stato attuale una prerogativa delle amministrazioni penitenziarie e in sede di reclamo della magistratura di sorveglianza»⁵⁸⁸, con il rischio che si offuschi la chiarezza con cui invece la Corte ha dichiarato nella stessa sentenza che si tratta di un diritto e non di un premio: «parlare *sic et simpliciter* di “irregolarità della condotta e precedenti disciplinari” porta automaticamente al rischio per l’ordine e la sicurezza? Se la risposta è positiva, parliamo di una concessione premiale; ma anche i motivi di carattere giudiziario che possono essere adottati non è certo che consentano un esame da parte della magistratura di sorveglianza».⁵⁸⁹

Inoltre, nell’analisi specifica della possibile restrizione per motivi di sicurezza, emerge l’importanza della questione dei controlli, anche sulle persone non detenute che parteciperebbero a tali colloqui intimi, ed è stato sottolineato che «non convince il semplice lasciapassare a chi non ha precedenti disciplinari e non è socialmente pericoloso, perché qui entra in gioco la concreta possibilità del ricatto a cui il detenuto ammesso alla visita dovrà sottostare quando da un corpo all’altro possono essere “trasferite” sostanze stupefacenti o micro-telefonini destinati all’interno dell’istituto (è la realtà fattuale che ci racconta queste cose). Ciò che impatta in modo importante sull’organizzazione è il controllo di sicurezza che si riesce a garantire con l’ingresso dei familiari [...] e che oggi, con le tecnologie attuali può essere gestito adeguatamente e può permettere di affrontare il tema del colloquio intimo in modo più pragmatico. Se non si andrà in questa direzione si pagherà comunque un prezzo enorme sulla sicurezza e sui rischi, sia per chi vive che per chi lavora in carcere».⁵⁹⁰

Ulteriore perplessità è «lo sperequato trattamento riservato, in ordine al godimento di un diritto fondamentale, tra alcune categorie di detenuti, quale quella composta da coloro che sono sottoposti a regime speciale di detenzione, di cui all’art. 41-bis ordin. penit., che ne sono esclusi. La qual cosa, trattandosi di un diritto fondamentale, lascia, per vero, l’amaro in bocca. Tuttavia, com’è chiaro, non poteva (e non può) farsi diversamente, apparendo al riguardo preminenti ed indisponibili le ragioni di sicurezza che ostano al suo generalizzato riconoscimento».⁵⁹¹

⁵⁸⁸ I. Dioguardi, *Sesso e affettività in carcere, la Consulta dice sì*, in Vita, 29 gennaio 2024, consultabile al seguente link: <https://www.vita.it/sesso-e-affettivita-in-carcere-la-consulta-dice-si/>, consultato il 15/03/24.

⁵⁸⁹ C. Cantone, *op. cit.*

⁵⁹⁰ *Ibidem.*

⁵⁹¹ A. Ruggeri, *op. cit.*, p. 163. Nello stesso senso I. Dioguardi, *op. cit.*: «resta la nota dolente dell’esclusione delle persone in 41 bis [...] il regime di massima afflizione, a volte per oltre 30 anni esclude del tutto

Un ulteriore rilievo critico riguarda la previsione che gli incontri possano avvenire solo con coniugi, uniti civilmente o persona convivente stabile e l'aver affidato al direttore dell'istituto il compito «di verificare la sussistenza del presupposto dello stabile legame affettivo, in particolare l'effettività della pregressa convivenza»,⁵⁹² è stato sottolineato infatti sia che «non è chiaro di quali strumenti il direttore disponga al fine di far luogo a siffatto riscontro»⁵⁹³, sia che tale previsione si potrebbe rivelare in realtà foriera di disparità «per le tante persone che, pur avendo relazioni stabili all'esterno, non sono in grado di dimostrarle con un certificato di convivenza che all'estero, a volte, neppure esiste»;⁵⁹⁴ proprio per questo si sarebbe auspicato come nota l'associazione Antigone «ad un'apertura anche oltre i rapporti codificati in coppia».⁵⁹⁵ Questo aspetto è importante anche nell'ottica di superare la sessuofobia che invece purtroppo caratterizza l'Italia e che inevitabilmente si riflette anche nel modo in cui si affronta questo argomento legato al carcere, infatti «la cultura esterna al carcere tend[e] a considerare le relazioni affettive ed intime una sorta di premio o privilegio, non un diritto fondamentale di cui anche i ristretti sono titolari. Ciò non si verifica nei paesi in cui la sfera sessuale dell'affettività nell'ambiente carcerario è una realtà consolidata. In questi casi è, infatti, diffusa nell'opinione pubblica, la consapevolezza della positiva influenza che i rapporti affettivi hanno sul detenuto e, di riflesso, sulla società nel suo complesso. E allora occorre domandarsi che pretese si possano avere nel riconoscere un diritto preesistente così importante nel contesto intra-murario, quando facciamo così fatica a riconoscerlo fuori. In fondo, si parla di una donna costretta a sentire, ancora, su di sé, il peso della colpa del

dall'ipotesi di un progetto di rieducazione e di reinserimento, con buona pace dell'anima costituzionale di ogni pena».

⁵⁹² Sentenza 10 26 gennaio 2024.

⁵⁹³ A. Ruggeri, *op. cit.*, p. 163.

⁵⁹⁴ I. Dioguardi, *op. cit.* Nello stesso senso, 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, p. 276: «da un punto di vista etico-morale, se il diritto all'affettività e sessualità è considerato un diritto ineliminabile di tutti, come garantire tale diritto a quella numerosa fetta di detenuti composta da celibi e stranieri?». Sempre in questo senso R. De Vito, *op. cit.*: «Sotto altro versante, sempre al fine di non limitare in maniera ingiustificata l'esercizio di un diritto inviolabile, è ipotizzabile che la magistratura di sorveglianza debba impegnarsi in una proficua cooperazione istruttoria nella verifica della sussistenza del rapporto di convivenza. A manifestare una certa problematicità, sotto questo aspetto, potranno essere i colloqui richiesti dagli stranieri: l'esperienza della protezione internazionale (ma anche quella della corrispondenza telefonica in carcere) insegna le difficoltà che questi ultimi incontrano a dichiarare e formalizzare una relazione di convivenza».

⁵⁹⁵ F. Delogu e M. Ikonomu, *L'amore al tempo del carcere. Il diritto violato alla sessualità*, in *Domani*, 11 febbraio 2024, consultabile al seguente link: <https://www.editorialedomani.it/fatti/lamore-al-tempo-del-carcere-il-diritto-violato-alla-sessualita-n6iy4hc2#>, consultato il 15/03/24.

peccato originale. Di una sessualità condizionata da qualsivoglia tabù, che a forza di essere categorizzata e di essere considerata più o meno giusta o più o meno sbagliata, si allontana. Anzi, la si allontana».⁵⁹⁶

Infine, nonostante il caso concreto all'origine della sentenza fosse quello di un detenuto che lamentava, tramite reclamo, di non poter usufruire di colloqui intimi, in adeguati spazi, con la propria compagna e la propria figlia, intendendo così l'affettività nella sua sfera più ampia e non solo quella della sessualità, la Corte ha specificato invece che «a differenza di quanto previsto [...] per la visita prolungata del detenuto minorenni, per il detenuto adulto non va ammessa la compresenza di più persone, considerata l'eventualità di una declinazione sessuale dell'incontro [...]»;⁵⁹⁷ questa scelta suscita perplessità in quanto sembra concentrare la tutela del diritto all'affettività esclusivamente nella sfera della sessualità, trascurando altre dimensioni ugualmente rilevanti come la genitorialità e l'infantilità; ci si è dunque chiesti «quale trattamento riceverà la categoria dei “congiunti” [...]? Non si comprende se la Corte non ha indagato sul colloquio intimo tra congiunti fuori dalla sfera affettivo-sessuale o se abbia ritenuto sufficiente per tutelare il valore dell'incontro tra padre/madre e figli, soprattutto se minori, la previsione dell'art. 18 co. 3 ord. penit. (“i locali destinati ai colloqui con i familiari, favoriscono, ove possibile, una dimensione riservata del colloquio”) [...], su quest'ultimo aspetto è facile immaginare l'emersione di ricorsi ex art. 35 bis ord. penit. e nuovi rinvii alla Corte per una nuova sentenza additiva sull'articolo 18».⁵⁹⁸

Per concludere l'analisi delle prospettive, si è consapevoli dei plurimi tentativi – si veda capitolo II, par. 2.4, 2.4.2, 2.4.3, 2.4.4 – volti a riformare l'articolo 30 o.p. nella parte in cui prevede che i permessi ordinari possano essere concessi solamente per eventi di particolare gravità, tra i più recenti quello della Commissione Ruotolo del 2021 o quello delle regioni Toscana e Lazio. Tentativi tutti concordi nel modificare l'espressione «eventi di particolare gravità» in «eventi di particolare rilevanza»,⁵⁹⁹ si ritiene tuttavia che se da un lato questa scelta potrebbe aprire alla concessione di tali permessi per partecipare ad eventi lieti come la nascita di un figlio, dall'altro non la si considera

⁵⁹⁶ L. Cuppari, *op. cit.*, p. 276.

⁵⁹⁷ Sentenza 10 26 gennaio 2024.

⁵⁹⁸ C. Cantone, *op. cit.*

⁵⁹⁹ Si veda la relazione elaborata dalla Commissione, p. 8, consultabile al seguente link: https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1641891225_riforma-sistema-penitenziario-cartabia-commissione-ruotolo-2021-relazione-finale.pdf, consultato il 15/03/24.

risolutiva per il diritto alla affettività e sessualità, che resterebbe così ancorato ad una dimensione di eccezionalità.

Concludendo, il risultato ottenuto con la sentenza numero 10 del 2024 rappresenta indubbiamente un intervento che stava diventando sempre più necessario, considerando l'evidente problematicità dell'articolo 18 comma 2 o.p.; è anche un passo innovativo per la chiarezza con cui la Corte costituzionale si è finalmente espressa in proposito; tuttavia, si sarebbe auspicato che tale pronunciamento giungesse prima, considerata l'importanza del tema, ciò nondimeno è evidente che il lungo periodo necessario per ottenere il riconoscimento del diritto all'affettività e alla sessualità non è stato causato solo da una mancanza di sensibilità da parte della Corte costituzionale, ma anche dalle resistenze legislative, governative e di categoria. Queste resistenze hanno inevitabilmente influenzato anche la società e l'opinione pubblica.

Tali resistenze, come evidenziato in precedenza, permangono e perciò si ritiene che sia ancor più cruciale che quanto affermato dalla Consulta non rimanga l'ennesimo e lodevole caso di intervento sostitutivo di una giurisprudenza costituzionale che sta gradualmente allontanandosi dal suo ruolo di interprete delle leggi per assumere quello di creatrice, sintomo di una crisi del circuito rappresentativo e dei rapporti tra i soggetti che vi interagiscono. Sebbene sia confortante la presenza di un Giudice delle leggi così accorto, capace di cogliere in anticipo e in modo più accurato i valori presenti nella coscienza collettiva, operando come «bussola del legislatore»,⁶⁰⁰ specialmente quando si tratta della vita delle persone; allo stesso tempo, ciò preoccupa e impone una riflessione sul futuro. È auspicabile che alla sentenza seguano un'attuazione immediata, reale e concreta di quanto affermato in essa, un'operazione a cui tutte le parti interessate devono partecipare attivamente.

⁶⁰⁰ S. Talini, *op. cit.*, *Costituzionalismo.it*, p. 4.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *Diritti reclusi*, in *Antigone*, quadrimestrale di critica del sistema penale e penitenziario, anno VI – n. 2-3, Edizioni Gruppo Abele, 2011, pp. 6-8.

AMERIO L. E MANCA V., *Forma attiva e passiva del verbo amare: riflessioni a margine delle prime applicazioni del D.lgs. n. 123/2018 in materia di affettività e sessualità*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 9, settembre 2019, p. 1-23.

BALDASSARRE A., *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, Giappichelli, 1997.

BARONI M., *Amare in carcere. Prospettive di riforma contro il rischio di destrutturazione soggettiva*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2019, 2-bis, pp. 279-292.

BARTOLE S., FAZZIOLI E., RUOTOLO M., SANTORIELLO C., commenti a Corte costituzionale 11 febbraio 1999, n. 26, in *Giurisprudenza Costituzionale*, XLIV, 1999, pp. 190-224.

BIN R., *Diritto e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Varese, Giuffrè Editore, 1992.

BOCCADORO L. E CARULLI S., *Il posto dell'amore negato. Sessualità e psicopatologie segrete*, Ancona, Edizioni Tecnoprint, 2009.

BONIC., *Quell'indispensabile diritto perché l'uomo viva*, in *Voci di dentro*, n. 46, gennaio 2023.

BORTOLATO M. E VIGNA E., *Vendetta pubblica. Il carcere in Italia*, Urbino, Editori Laterza, 2020.

BRICOLA F., (a cura di) *Il carcere 'riformato'*, Bologna, il Mulino, 1977.

BRUNETTI C., *Il diritto all'affettività per le persone recluse*, in *Rass. Penit. E Crim.*, 2008, pp. 107-128.

BUFFA F., *La giurisprudenza CEDU tra progresso sociale e conservazione dello status quo*, in F. Buffa e M. G. Civini (a cura di), *La Corte di Strasburgo*, Parte Terza, *Questione Giustizia*, numero speciale, 2019.

CANEVELLI P., *Il commento al nuovo regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà*, in *Diritto penale e processo*, 10, 2000, pp. 1318-1325.

CAPUTO G., *Carcere e diritti sociali*, in *Briciole*, trimestrale del Cesvot – Centro Servizi Volontariato Toscana, n. 24, aprile 2010.

CASSESE A., *Umano-disumano: Commissariati e prigionieri nell'Europa di oggi*, Bari, Laterza, 1994.

CERAUDO F., *La sessualità in carcere: tra patologia della rinuncia e la patologia della degenerazione*, in *Uomini come bestie. Il medico degli ultimi*, Pisa, Edizioni ETS, 2019, pp- 209-224.

CESARIS L., *Quel che resta della riforma penitenziaria*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 12, 2018.

CIRIGNOTTA S., TURRINI VITA R., *Colloqui e corrispondenza telefonica dei detenuti e degli internati*, in *Diritto penitenziario*, rubrica a cura di G. La Greca, in *Diritto penale e processo*, n. 5, 1999, pp. 651-653.

CLEMMER D., *The Prison Community*, New York, Rinehart, 1958.

CODD H., *Prisoners' families: issues in law and policy*, in *Amicus Curiae*, 2004, 55.

CORSO P., *I rapporti con la famiglia e con l'ambiente esterno: colloqui e corrispondenza*, in V. Grevi (a cura di), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Bologna, Zanichelli, 1981.

CORSO P., *Colloqui e corrispondenza telefonica ed epistolare con i congiunti e con altre persone*, in P. Corso (a cura di), *Manuale della esecuzione penitenziaria*, Milano, Monduzzi Editoriale, 2015.

CUPPARI L., *“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, pp. 266-279.

D'ANGELO E., *La disciplina dei permessi*, in V. Grevi (a cura di), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Bologna, Zanichelli, 1981.

DE VITO C. G., *Camosci e girachiavi. Storia del carcere in Italia*, Bari, Editori Laterza, 2009.

DELLA BELLA A., *Riforma Orlando: la delega in materia di ordinamento penitenziario*, in *Diritto penale contemporaneo*, fascicolo 6/2017, pp. 250-252.

DELLA CASA F., *I rapporti del detenuto con la sua famiglia*, in *Diritto penitenziario*, rubrica a cura di G. La Greca, in *Diritto penale e processo*, 1, 1999, pp. 122-127.

DELLA CASA F., *Un importante passo verso la tutela giurisdizionale del detenuto*, in *Diritto penale e processo*, 7, 1999, pp. 854-859.

DELLA CASA F., *Ordinamento Penitenziario* in *Enc. Dir. Ann. II*, 2, 2008 Milano pp. 805-810.

DELLA CASA F., Giostra G., *Ordinamento penitenziario commentato*, 4, Padova, CEDAM, 2015.

DELLA CASA F. E GIOSTRA G., *Ordinamento penitenziario commentato*, Vicenza, Wolters Kluwer, 2019.

DELLA CASA F. E GIOSTRA G., *Manuale di diritto penitenziario*, Giappichelli Editore, Torino, 2023.

DENDRICKSON G. E THOMAS F., *The Truth about Dartmoor*, London, V. Gollancz, 1954.

DI BITONTO M. L., *Trasferimenti e principio di territorialità dell'esecuzione della pena*, in F. Fiorentin e F. Siracusano (a cura di), *L'esecuzione penale. Ordinamento penitenziario e leggi complementari*, Varese, Giuffrè Lefebvre, 2019.

DI GENNARO G., BREDA R., La Greca G., *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, Varese, Giuffrè, 1997.

DITCHFIELD J., *Family ties and recidivism: main findings of the literature*, in *Home Office Research Bulletin*, n. 36, 1994, pp. 3–9.

FADDA M. L., *Il versante sostanziale: i diritti dei detenuti e la loro attuale estensione*, in *I diritti dei detenuti tra Amministrazione e Giurisdizione*, Consiglio Superiore della Magistratura, Incontro di studio cod. 5964, Roma, 19-20 novembre 2012, pp. 1-33.

FASSONE E., *La pena detentiva dall'800 alla riforma penitenziaria*, Bologna, il Mulino, 1980.

FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, Editori Laterza, 1989, p. 386 e ss.

FIORENTIN F., *Lesioni dei diritti dei detenuti*, in *Giurisprudenza di merito*, 2010, p. 2818 ss.

FIorentin F., *Affettività e sessualità in carcere: luci e ombre di una pronuncia che rimanda al difficile dialogo con il legislatore*, in *Giurisprudenza costituzionale*, fascicolo 6, 2012.

FIorentin F., *La riforma penitenziaria*, Varese, Giuffrè Lefebvre, 2018.

FIorentin F. e FIORIO C., *La riforma dell'ordinamento penitenziario*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019.

FIORIO C. *Libertà personale e diritto alla salute*, Verona, CEDAM, 2002.

FLORES M. (a cura di), *Diritti Umani. Cultura dei diritti e dignità della persona nell'epoca della globalizzazione, Dizionario I, A-G*, Torino, UTET, 2007, pp- 331-336.

FORTUNA E., *Il sesso nel carcere italiano e la condizione giuridica del detenuto*, in *Giurisprudenza di merito*, 1976, IV, pp. 68-80.

GABOARDI A., in A. Gaboardi – A. Gargani – G. Morgante – A. Presotto – M. Serraino (a cura di), *Libertà dal carcere, libertà nel carcere. Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale. Atti del Quinto Ginnasio dei Penalisti svoltosi a Pisa il 9-10 novembre 2012*, Livorno, G. Giappichelli Editore, 2013.

GADALETA A., Lupo S., Irianni S., *Le dimensioni dell'affettività, Il diritto alla sessualità e affettività quale diritto inviolabile del detenuto; analisi e prospettive applicative de iure condito e de iure condendo. Le affettività ristrette, aspetti psicologici e profili operativi. "Identità di genere: omosessualità e transessualità nella detenzione*, Le Dispense dell'ISSP, 3, 2013, pp. 28-41.

GALLO E., *Le malattie dell'ombra*, in *Dei delitti e delle pene*, II, 1992.

GENCHI I., *L'espressione della sessualità nella restrizione della libertà*, in C. Serra (a cura di), *Devianza e difesa sociale*, Milano, Franco Angeli Editore, 1981.

GIACOBBE P., *Il fascino discreto della violenza nelle carceri*, in *Rass. penitenziaria e criminologica*, 1982.

GIOSTRA G., *La riforma della riforma penitenziaria: un nuovo approccio ai problemi di sempre*, in *Costituzionalismo.it*, fascicolo 2, 2015.

GOFFMAN E., *Asylums. Le istituzioni totali: i meccanismi dell'esclusione e della violenza*, Torino, Einaudi Editore, 1968.

GONIN D., *Il corpo incarcerato*, Torino, Edizioni Gruppo Abele, 1994.

GREVI V. (a cura di), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Bologna, Zanichelli, 1981.

GRIECO S., *Il diritto all'affettività delle persone recluse. Un progetto di riforma tra esigenze di tutela contrapposte*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022.

HASSLER A., *Diary Of A Self-Made Convict*, Henry Regnery Co., 1954.

IADICICCO M.P., *Detenzione e "nuovi" diritti. Il controverso inquadramento delle istanze connesse all'affettività e alla sessualità nell'esecuzione penale*. *BioLaw Journal- Rivista di Biodiritto*, n. 4/2022.

LA GRECA G., *La disciplina dei permessi premio nel quadro del trattamento penitenziario*, in V. Grevi (a cura di), *L'ordinamento penitenziario dopo la riforma. (L. 10 ottobre 1986 N. 6639)*, Padova, CEDAM, 1988.

LA MORGIA, *La Consulta: basta attendere. L'amore è un diritto*, in *Voci di Dentro*, numero 51, febbraio 2024, pp 42-43.

LIBIANCHI S., *Argomenti di prevenzione ed igiene pubblica in carcere: la questione della sessualità, della riduzione del danno e delle c.d. "love rooms"*, in L. Amerio e V. Manca

(a cura di), *Affettività e carcere: un binomio (im)possibile?* in *Giurisprudenza Penale web*, 2019, 2-bis, pp. 296-331.

LIVINGSTONE S., OWEN T., MACDONALD A., *Prison law*, 3 ed., Oxford, 2003.

MALINVERNI A., *Esecuzione della pena detentiva e diritti dell'individuo*, in *Ind. pen.*, 1973.

MANCA V., *Amore e carcere: binomio impossibile(?)! La Corte costituzionale segna una tappa fondamentale del percorso di inveroamento del volto costituzionale della pena*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2024, 2.

MANCONI L. E TORRENTE G., *La moralità della pena*, in *La pena e i diritti. Il carcere nella crisi italiana*, Carocci editore, Roma, 2015.

MARIETTI S., *Il trattamento e la vita interna alle carceri*, in P. Gonnella (a cura di), *Riforma di ordinamento penitenziario*, ebook, Giappichelli, 2019.

MARTIN F., *Carcere e sessualità: nuovi spiragli costituzionali*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 1, 2023.

MASSETTI C. E ZAPPA G., *Codice penitenziario e della sorveglianza*, La Tribuna, Piacenza, 2016.

MASTROPASQUA G., *Esecuzione della pena detentiva e tutela dei rapporti familiari e di convivenza. I legami affettivi alla prova del carcere*, Bari, Cacucci, 2007.

MATTHEWS J., *Forgotten Victims. How prison affects the family*, Nacro, London, 1983.

MCCONNELL E. H., *Are Conjugal and Familial Visitations Effective Rehabilitative Concepts? Rejoinder to Jill Gordon*, *The Prison Journal*, 1999, 79 (1).

MENGHINI A., *Affettività e sessualità in carcere: una questione di dignità*, in *Diritto Penale e Processo*, 9, 2023, pp. 1190-1197.

MILAZZO S. E ZAMMITTI B., *Affettività e carcere, studio qualitativo sulla popolazione in regime di detenzione presso la casa circondariale “Cavadonna” di Siracusa*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica* n. 2, 2012, pp. 97-123.

MILLS A., *Great Expectations? A review of the role of prisoners’ families in England and Wales*, in *British Society of Criminology*, 2005.

MODONA N., *Ordinamento penitenziario*, in *Dig. pen.*, IX, 1995.

MODUGNO F., *I “nuovi diritti” nella Giurisprudenza Costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1995.

MODUGNO F., *I diritti del consumatore*, in AA. VV. (a cura di), *Scritti in onore di Michele Scudiero*, Napoli, JOVENE EDITORE, 2008.

MOSCATELLI G., *Il tabù del sesso in carcere torna dinanzi alla Corte costituzionale*, in *Archivio Penale*, 1, 2023.

NAPOLI G. M., *Il regime penitenziario*, Varese, Giuffrè Editore, 2012.

NAPOLI G. M., *Salute, affettività e libertà di corrispondere e comunicare* (ebook), Torino, Giappichelli, 2014.

NICOSIA E., *Convenzione europea dei diritti dell’uomo e diritto penale*, Torino, Giappichelli Editore, 2006.

NOTARO D., *I diritti in carcere, tra utopia, tutela giuridica e Realpolitik*, in A. Gaboardi – A. Gargani – G. Morgante – A. Presotto – M. Serraino (a cura di), *Libertà dal carcere, libertà nel carcere. Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale. Atti del Quinto Ginnasio dei Penalisti svoltosi a Pisa il 9-10 novembre 2012*, Livorno, G. Giappichelli Editore, 2013.

OLIVO C., *Affetti e carcere: prospettive intramurarie di riforma nel bilanciamento tra esigenza di tutela contrapposte*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2-bis, 2019, pp. 135-153.

PADOVANI T., *La pena carceraria*, Pisa, Pisa university press, 2014.

PALMA M. E ANASTASIA S. (a cura di), *La bilancia e la misura*, Milano, 2001.

PANTALEONE G., *Il fascino discreto della violenza nelle carceri*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, III/IV, 1982.

PELEGGATI G., *Giudicato implicito” e assorbimento di profili di illegittimità costituzionale. Nota a margine di Corte cost. n. 262 del 2009*, in *Amministrazione In Cammino*, pp. 2-3.

PENNISI A., *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, Torino, Giappichelli, 2002.

PIPERNO A., *La prisonizzazione: teoria e ricerca*, in (a cura di) F. Ferracuti, *Trattato di criminologia, medicina criminologica e psichiatria forense*, Milano, Giuffrè, 1989.

POLIDORO R., TERRANOVA G., VIGNA R., *Decreto Legislativo 2 ottobre 2018, n. 123 – Modifica dell’Ordinamento Penitenziario in tema di assistenza sanitaria, di procedimenti e vita detentiva*, in R. Polidoro (a cura di), *La riforma dell’ordinamento penitenziario. Lavoro – Minorenni – Assistenza sanitaria e vita penitenziaria*, Pisa, Pacini Editore, 2019.

PULVIRENTI A., *Diritti del detenuto e libertà sessuale*, in *Annali del Seminario Giuridico*, Università di Catania, pubblicazioni della facoltà di Giurisprudenza, Milano, Giuffrè Editore, 2001.

PUGIOTTO A., *Della castrazione di un diritto. La proibizione della sessualità in carcere come problema di legalità costituzionale*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2019, pp. 15-46.

PUGIOTTO A., *La proibizione sessuale in carcere non è diversa dalla castrazione*, in *Voci di dentro*, n. 49 ottobre 2023, pp- 32-36.

RE L. E CIUFFOLETTI S., *La pena rimossa. Detenzione e diniego della sessualità nelle carceri italiane*, in C. Botrugno e G. Caputo (a cura di), *Vulnerabilità, carcere e nuove tecnologie. Prospettive di ricerca sul diritto alla salute*, Firenze, Phasar Edizioni, 2020, pp. 47-126.

RENOLDI C., *Poteri del giudice di sorveglianza e doveri dell'amministrazione penitenziaria*, in *Quaderni Antigone*, n. 2-3/2011, p. 80 ss.

RENOLDI C., *Il diritto all'affettività delle persone detenute: la parola alla Corte costituzionale*, in *Questione Giustizia* n. 4, Milano, 2012, pp. 215-233.

RICCI A. E SALIERNO G., *Il carcere in Italia. Inchiesta sui carcerati, i carcerieri e l'ideologia carceraria*, Torino, Einaudi, 1971.

RUGGERI A., *Finalmente riconosciuto il diritto alla libera espressione dell'affettività dei detenuti (a prima lettura di Corte cost. n. 10 del 2024)*, in *Consulta Online*, fascicolo I, 2024, pp. 161-163.

RUOTOLO M., *Tra integrazione e maieutica: Corte costituzionale e diritti dei detenuti*, in *Rivista AIC*, numero 3, 2016.

RUOTOLO M., *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Rivista AIC*, numero 2, 2019, pp. 649-650.

RUOTOLO M., *Oltre le "rime obbligate"?*, in *Federalismi.it*, numero 3, 2021.

RUOTOLO M., *La libertà della persona in stato di detenzione*, in *Osservatorio AIC*, Fascicolo VI, 2021, pp. 253-265.

SALERNO M. E., *Affettività e sessualità nell'esecuzione penale: diritti fondamentali dei detenuti? L'atteggiamento italiano su una questione controversa*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 1, 2017, pp. 1-18.

SALERNO M. E., *Affettività e carcere e diritto alle visite familiari. A Strasburgo, tra affermazioni di principio e tutela effettiva*, in L. Armerio e V. Manca (a cura di) *Affettività e carcere: un binomio (im)possibile?*, *Giurisprudenza Penale Web*, 2019, 2-bis, pp. 46-63.

SALIERNO G., *La repressione sessuale nelle carceri italiane*, Roma, Tattilo Editrice, 1973.

SANTORO ELEONORA, *Siamo alle porte della quarta "incostituzionalità prospettata"? Qualche osservazione in attesa della decisione sull'ordinanza di rimessione n. 5 del 2023*, in *Consulta Online*, fasc. III, 2023, pp. 1125-1135.

SANTORO EMILIO, *Carcere e società liberale*, Torino, Giappichelli Editore, 2004.
SCOMPARIN L., *Parte terza. Il sistema penitenziario*, in G. Neppi Modona, D. Petrini, L. Scomparin (a cura di), *Giustizia penale e servizi sociali*, Bari, Editori Laterza, 2009.

SICLARI M., *Le "norme interposte" nel giudizio di costituzionalità*, Padova, CEDAM, 1992.

SILVESTRI G., *La dignità umana dentro le mura del carcere*, in *Rivista AIC*, 2, 2014.

SYKES M. G., *The society of captives. A study of a maximum security prison*, New Jersey, 1958.

STORTONI L., *Libertà e diritti del detenuto nel nuovo ordinamento carcerario*, in Bricola F., (a cura di) *Il carcere "riformato"*, Bologna, il Mulino, 1977.

TALINI S., *Un diritto “sommerso”: la questione dell’affettività in carcere approda alla Corte costituzionale*, in Forum di Quaderni Costituzionali, 2012, pp. 1-11.

TALINI S., *Diritto inviolabile o interesse cedevole? Affettività e sessualità dietro le sbarre (secondo la sentenza n. 301 del 2012)*, in Studium Iuris, 2013, pp. 1089-1096.

TALINI S., *Famiglia e Carcere*, in terza sessione de *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Giuffrè F. – Nicotra I. (a cura di), Atti del Convegno dell’Associazione “Gruppo di Pisa”, Catania, Dipartimento di Giurisprudenza, Editoriale Scientifica, 7-8 giugno 2013.

TALINI S., *Affettività e sessualità in carcere*, in *La dimensione dell’affettività in carcere*, Quaderni ISSP, numero 13, 2015, pp. 9-31.

TALINI S., *L’affettività ristretta*, in Costituzionalismo.it, fascicolo 2, 2015, pp. 1-36.

TALINI S., *La privazione della libertà personale. Metamorfosi normative, spinte giurisprudenziali e applicazioni amministrative*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018.

TALINI S., *Un passo decisivo verso la garanzia della sessualità intramuraria?* In Sistema Penale 3, 2023, pp. 33-45.

VALENTI V., *Il diritto all’affettività-sessualità in carcere e la sentenza n. 10 del 2024. Cronistoria di una rivoluzione, costituzionalmente orientata, che non attende più di essere compiuta*, in Consulta Online, Fascicolo I, 2024, pp. 342-364.

VELOTTI G., *Il problema sessuale nelle carceri*, in *Rass. di studi penitenziari*, 1974.

ZAFFANELLA A., *Dal perimetro della cella a quello del cuore: l’affettività in carcere*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2019, 2-bis, pp. 183-206.

ZAGREBELSKY V., Chenal R., Tomasi L., *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Bologna, il Mulino, 2022.

ZAPPA G., *Il permesso premiale: analisi dell'istituto e profili operativi*, in *Rassegna Penitenziaria e Criminologica*, 1-3, 1988.

ZUANAZZI G., *Temi e simboli dell'eros*, Roma, Città Nuova, 1991.

SITOGRAFIA

AA.VV., Ecco il brutto di un incontro in carcere i sentimenti che ti esplodono dentro... che devi bloccare, in *Donne dentro*, a cura di Ristretti Orizzonti, <http://www.ristretti.it/giornale/numeri/52002/donne.htm>.

AA.VV., Glossario, <http://www.ristretti.it/glossario/altritermini.htm>.

AA.VV., Il carcere della Costituzione, in *Ristretti Orizzonti*, http://www.ristretti.it/commenti/2022/marzo/pdf2/architettura_carceri.pdf.

AA.VV., Il problema dell'affettività, in *Ristretti Orizzonti*, <http://www.ristretti.it/areestudio/salute/inchieste/ferrari/nono.htm#Il%20problema%20dell'affettività>.

AA.VV., *Morire di carcere. suicidi, assistenza sanitaria distratta, morti per cause non chiare, overdose*, <http://www.ristretti.it/areestudio/disagio/ricerca/>.

AA.VV. <https://ristretti.org/amore-in-carcere-leggiamo-con-cura-la-sentenza-per-favore>.

AA.VV., <https://www.poliziapenitenziaria.it/sexo-in-carcere-sappe-ipotesi-inopportuna-e-inapplicabile-meglio-permessi-premio-per-affettivita-a-casa-propria>.

AA.VV. [https://www.polpenuil.it/images/0_Allegati/stampa_-_affettività e telefonate.pdf](https://www.polpenuil.it/images/0_Allegati/stampa_-_affettività_e_telefonate.pdf).

AAVV., Rapporto sullo stato dei diritti umani negli istituti penitenziari e nei centri di accoglienza e trattenimento per migranti in Italia della Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani, 2012, <https://www.senato.it/documenti/repository/commissioni/dirittiumani16/Rapporto%20carceri.pdf>.

AA.VV., Relazione Commissione Ruotolo – Commissione per l’innovazione del sistema penitenziario (13 dicembre 2021), https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_36_0.page?contentId=COS360093.

AA.VV., scheda tecnica del Ministero della Giustizia, Colloqui dei familiari e terze persone, aggiornata al 7 febbraio 2018 https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_3_8_3.page?tab=d.

AA.VV., <https://www.treccani.it/enciclopedia/affettivita/>.

ALIPRANDI D., “*Ora vanno creati spazi dedicati all’incontro tra i detenuti e i loro partner*”. *Lo dice la Consulta*, ne *Il Dubbio*, 5 febbraio 2024, riportato nella rassegna stampa di *Ristretti Orizzonti*, <https://ristretti.org/ora-vanno-creati-spazi-dedicati-allincontro-tra-i-detenuti-e-i-loro-partner-lo-dice-la-consulta>,

ANASTASIA S., *Colloqui riservati con il partner in carcere: ora si può*, <https://www.garantedetenutilazio.it/perche-e-incostituzionale-il-divieto-di-esercizio-dellaffettivita-intramuraria-assoluto-e-indiscriminato/>.

ANSA, https://www.ansa.it/sito/notizie/cronaca/2024/02/23/ostellari-non-ce-autorizzazione-per-stanze-dellamore_240b253b-77d8-46fe-843e-09706950405a.html.

BEZZI R., *Abitare la pena, in Casa dolce casa? Diritti per abitare il futuro*, Festival *Parole di giustizia*, Pesaro, 21 ottobre 2023, seconda giornata, disponibile su Radio Radicale, <https://www.radioradicale.it/scheda/711254/parole-di-justizia-2023-casa-dolce-casa-diritti-per-abitare-il-futuro-seconda>.

BONVISSUTO S., *Abitare la pena*, in *Casa dolce casa? Diritti per abitare il futuro*, Festival *Parole di giustizia*, Pesaro, 21 ottobre 2023, seconda giornata, disponibile su Radio Radicale, <https://www.radioradicale.it/scheda/711254/parole-di-justizia-2023-casa-dolce-casa-diritti-per-abitare-il-futuro-seconda>.

BORTOLATO M., *Luci ed ombre di una riforma a metà: i decreti legislativi 123 e 124 del 2 ottobre 2018*, in *Leggi e istituzioni*, in *Questione Giustizia*, 2018, https://www.questionegiustizia.it/articolo/luci-ed-ombre-di-una-riforma-a-meta-i-decreti-legislativi-123-e-124-del-2-ottobre-2018_09-11-2018.php.

BOUREGBA A., <http://www.ristretti.it/convegni/affettivita/interviste/bouregba.htm>.

BUFFA F., *Le “visite intime” ai carcerati in 5 sentenze della CEDU*, in *Questione Giustizia*, 20/02/2024, <https://www.questionegiustizia.it/articolo/le-visite-intime-ai-carcerati-in-5-sentenze-della-cedu>.

BURDESE C., *Subito dopo la commissione per l’architettura penitenziaria*, in occasione del convegno nazionale *Abitare il carcere. Gli spazi della pena nella società digitale*, tenutosi a Roma il 16 giugno 2022, https://www.michelucci.it/wp-content/uploads/2022/05/INTERVENTO-BURDESE_a.pdf.

BURDESE C., *Sul diritto all’affettività in carcere si misura il nostro grado di civiltà*, ne *Il Dubbio*, 28 febbraio 2024, riportato nella rassegna stampa di *Ristretti Orizzonti*: <https://ristretti.org/sul-diritto-allaffettivita-in-carcere-si-misura-il-nostro-grado-di-civilta>.

CANTONE C., *Diritto all’affettività – Lo scenario aperto dalla sentenza n. 10/2024*, in *Osservatorio sull’esecuzione penale*, 03/02/24, <https://osep.jus.unipi.it/2024/02/03/diritto-allaffettivita-lo-scenario-aperto-dalla-sentenza-n-10-2024/>.

CERAUDO F., *La territorialità della pena*, in *Ristretti Orizzonti*, 2011, p. 2, http://www.ristretti.it/commenti/2012/dicembre/pdf6/articolo_ceraudo.pdf.

CIAVOLA A., *Profili di diritto processuale penale e penitenziario in tema di coppie di fatto*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, fascicolo 2, 2014, p. 95, https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/foto/2396DPC_trim_2_2014.pdf#page=71&view=Fit.

COMUNICATO

USPP,

<http://www.uspp.it/@/attachments/article/1174/3%20NOVEMBRE%202017-COMUNICATO-EIACULAZIONE%20PENITENZIARIA>.

D’ALEO G., “*Stanze dell’amore*”, *il carcere di Padova si organizza ma Ostellari frena: “Non sono autorizzate”*, ne *La Repubblica*, 24 febbraio 2024, riportato dalla rassegna stampa di *Ristretti Orizzonti*, <https://ristretti.org/stanze-dellamore-il-carcere-di-padova-si-organizza-ma-ostellari-frena-non-sono-autorizzate>.

D.A.P. *Circolare n. 3478/5928*, http://win.dirittopenitenziario.it/portale-di-scienze-penitenziarie/circolari/circ_3/3478.pdf.

D.A.P., *Nuovi interventi per ridurre il disagio derivante dalla condizione di privazione della libertà e per prevenire i fenomeni auto-aggressivi* Circolare 26 aprile 2010, [https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_8_1.wp?facetNode_1=1_1\(2010\)&previousPage=mg_1_8&contentId=SDC161662#:~:text=firma%3A%20Anno%202010-Circolare%2026%20aprile%202010%20%2D%20Nuovi%20interventi%20per%20ridurre%20il%20disagio,per%20prevenire%20i%20fenomeni%20autoaggressivi&text=Oggetto%3A%20Nuovi%20interventi%20per%20ridurre,per%20prevenire%20i%20fenomeni%20autoaggressivi](https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_8_1.wp?facetNode_1=1_1(2010)&previousPage=mg_1_8&contentId=SDC161662#:~:text=firma%3A%20Anno%202010-Circolare%2026%20aprile%202010%20%2D%20Nuovi%20interventi%20per%20ridurre%20il%20disagio,per%20prevenire%20i%20fenomeni%20autoaggressivi&text=Oggetto%3A%20Nuovi%20interventi%20per%20ridurre,per%20prevenire%20i%20fenomeni%20autoaggressivi),

DE VITO R., *Frammenti di un nuovo discorso amoroso: la Corte costituzionale n. 10 del 2024 e l’affettività in carcere*, in *Questione Giustizia*, <https://www.questionegiustizia.it/articolo/corte-cost-affettivita>.

DELOGU F. E IKONOMU M., *L'amore al tempo del carcere. Il diritto violato alla sessualità*, in Domani, 11 febbraio 2024, <https://www.editorialedomani.it/fatti/lamore-al-tempo-del-carcere-il-diritto-violato-alla-sessualita-n6iy4hc2#>.

DIOGUARDI I., *Sesso e affettività in carcere, la Consulta dice sì*, in Vita, 29 gennaio 2024: <https://www.vita.it/sesso-e-affettivita-in-carcere-la-consulta-dice-si/>.

GIOSTRA G., *Che fine hanno fatto gli stati generali?* In Diritto Penale Contemporaneo, 20 aprile 2017, <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/5361-che-fine-hanno-fatto-gli-stati-general>.

GIUGNI I., *Diritto all'affettività delle persone detenute: la Corte costituzionale apre ai colloqui intimi*, in Sistema Penale, 02 febbraio 2024, <https://sistemapenale.it/it/scheda/giugni-diritto-allaaffettivita-delle-persone-detenute-la-corte-costituzionale-apre-ai-colloqui-intimi-in-carcere>.

GRIECO S., *Affettività e carcere. Un progetto di riforma tra esigenze di tutela contrapposte*, pubblicato sul sito internet del Garante delle persone detenute nel Lazio, p. 11, https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUK_Ewixhv7dyEAXUkYPEDHQCNCg0QFnoECA4QAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.consiglio.regione.lazio.it%2Fbinary%2Fconsiglio_regionale%2Ftbl_news%2FSINTESI_PRESENTAZIONE_003_.docx&usq=AOvVaw2X4nxvahbYmW78IGO2crbf&opi=89978449.

LETTERA DEI DETENUTI DEL CARCERE DI CARINOLA, in <https://urladalsilenzio.wordpress.com/2012/04/16/laffettivita-in-carcere-dal-carcere-di-carinola/>.

OMS, *Defining sexual health. Report of a technical consultation on sexual health*, 28-31 January 2002, Geneva, <https://www.cesas.lu/perch/resources/whodefiningsexualhealth.pdf>.

OTTAVIANO C., *Gli apporti della giurisprudenza nel processo di emersione del “diritto all’affettività dei diritti” dei detenuti*, in *Salvis Juribus*, http://www.salvisjuribus.it/gli-approiti-della-giurisprudenza-nel-processo-di-emersione-del-diritto-allaffettivita-dei-diritti-delle-persone-detenute/#_ftn1.

PALMA M., *Anamorfosi dello spazio ristretto*, in A. Albano e M. Palma (a cura di), *In Gabbia*, all’interno della collana *Da dove*, volume III, 2020, <https://www.garantenazionaleprivatiliberta.it/gnpl/resources/cms/documents/d3650360b1cf05ad6b288fb59123524c.pdf>.

PALMA M., *Abitare la pena*, in *Casa dolce casa? Diritti per abitare il futuro*, Festival Parole di giustizia, Pesaro, 21 ottobre 2023, seconda giornata, disponibile su Radio Radicale, <https://www.radioradicale.it/scheda/711254/parole-di-justizia-2023-casa-dolce-casa-diritti-per-abitare-il-futuro-seconda>.

POLIDORO R., *Diritto all’affettività e quel comunicato volgare dell’Uspp*, in *ILDubbio*, 2017. <https://www.ildubbio.news/carcere/diritto-allaffettivita-e-quel-comunicato-volgare-delluspp-f2wnhv3z>.

PUGIOTTO A., *Amore dietro le sbarre, cosa succede dopo la storica sentenza della Consulta*, l’Unità, 30 gennaio 2024, <https://www.unita.it/2024/01/30/amore-dietro-le-sbarre-cosa-succede-dopo-la-storica-sentenza-della-consulta/>.

SCANDURRA A., *Affettività in carcere, un diritto finalmente riconosciuto anche in Italia*, in *Left*. Un pensiero nuovo a sinistra, <https://left.it/2024/01/31/affettivita-in-carcere-un-diritto-finalmente-riconosciuto-anche-in-italia/#>.

SERIO M., *Privazione della libertà e salvaguardia della dimensione intima: impressioni su Corte costituzionale 10/2024*, in *Questione Giustizia*, <https://www.questionegiustizia.it/articolo/privazione-della-liberta-e-salvaguardia-della-dimensione-intima-impressioni-su-corte-costituzionale-10-2024>.

TONEGATO A., *Amore e carcere*, in *Ristretti Orizzonti*
<http://www.ristretti.it/areestudio/affetti/documenti/amorecarcere.htm>.

VAGLI G., *Ancora in punto di diritto alla sessualità delle persone detenute. La pronuncia della Corte Edu alimenta il dibattito sul fronte interno*, in Osservatorio sull'esecuzione penale, 2021, <https://osep.jus.unipi.it/2021/10/22/ancora-in-punto-di-diritto-alla-sessualita-delle-persone-detenute-la-pronuncia-della-corte-edu-alimenta-il-dibattito-sul-fronte-interno/#:~:text=Ben%2031%20Stati%20dei%2047,%2C%20Finlandia%2C%20Norvegia%20ed%20Aus.>

ZUFFA G. (a cura di), *La salute "dentro le mura"*, parere del Comitato Nazionale per la bioetica, nel sito web della Presidenza del Consiglio dei ministri, 27 settembre 2013.
<https://bioetica.governo.it/it/pareri/pareri-e-risposte/la-salute-dentro-le-mura/>.

GIURISPRUDENZA CORTE COSTITUZIONALE

Corte costituzionale, sentenza numero 114, 25 luglio 1979.

Corte costituzionale, sentenza numero 161, 6 maggio 1985.

Corte costituzionale, sentenza numero 561, 10 dicembre 1987.

Corte costituzionale, sentenza numero 349, 24 giugno 1993.

Corte costituzionale, sentenza numero 351, 14 ottobre 1996.

Corte costituzionale, sentenza numero 26, 11 febbraio 1999

Corte costituzionale, sentenza numero 352, 12 luglio 2000.

Corte costituzionale, sentenza numero 301, 19 dicembre 2012.

Corte costituzionale, sentenza numero 135, 7 giugno 2013.

Corte costituzionale, sentenza numero 143, 20 giugno 2013.

Corte costituzionale, sentenza numero 10, 26 gennaio 2024.

ORDINANZE MAGISTRATURA DI SORVEGLIANZA

Ordinanza del Magistrato di Sorveglianza di Firenze, numero 132, 27 aprile 2012.

Ordinanza del Magistrato di Sorveglianza di Spoleto, numero 5, 12 gennaio 2023.

GIURISPRUDENZA CORTE DI CASSAZIONE

Cassazione penale, Sez. I, Sent., (data ud. 30/01/2008) 20/02/2008, n. 7791.

Cassazione penale, Sez. I, Sent., (data ud 18/10/2011) 19/12/2011, n. 46728.

Cassazione penale, Sez. U., Sent. n. 25079, 26 febbraio 2003.

Cassazione penale, Sez., I, Sent., (data ud. 29/11/2011) 20/12/2011, n. 47326.

Cassazione penale, Sez., I, Sent., (data ud. 04/05/2011) 08/07/2011, n. 26835.

Cassazione penale, Sez. I, Sent., (data ud. 30 giugno 2014), 18 dicembre 2014, n. 52544.

Cassazione penale, Sez. I, Sent., 03 marzo 1995, n. 2216.

Cassazione penale, Sez. I, Sent., 14 settembre 2021-10 febbraio 2022, n. 4641.

GIURISPRUDENZA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

Corte europea dei diritti dell'uomo, [GC], sentenza 6 ottobre 2005, *Hirst c. Regno Unito* (No.2), ricorso 74025/01, par. 69-70.

Corte europea dei diritti dell'uomo, Seconda Sezione, sentenza 28 settembre 2000 (finale 28 dicembre 2000), *Messina c. Italia* (No.2), ricorso n. 25498/94.

Corte europea dei diritti dell'uomo, [GC], sentenza 4 dicembre 2007, *Dickson c. Regno Unito*, ricorso 44362/04, par. 31.

Corte europea dei diritti dell'uomo, [GC], sentenza 4 aprile 2018, *Correira De Matos c. Portogallo*, ricorso n. 56402/12), par. 129.

Corte europea dei diritti dell'uomo, Prima Sezione, sentenza 25 luglio 2013 (finale 25 ottobre 2013), *Khodorkovskiy e Lebedev c. Russia*, ricorso n. 11082/06 e 13772/05, par. 837.

Corte europea dei diritti dell'uomo, [GC], sentenza 30 giugno 2015, *Khoroshenko c. Russia*, ricorso n. 41418/04.

Corte europea dei diritti dell'uomo, Quinta Sezione, sentenza 22 maggio 2008 (finale 22 agosto 2008), *Petrov c. Bulgaria*, ricorso n. 15197/02, par. 51.

Corte europea dei diritti dell'uomo, Terza Sezione, sentenza 7 marzo 2017 (finale 3 luglio 2017), *Polyakova e altri c. Russia*, ricorso n. 35090/09, 35845/11, 45694/13, 59747/14, par. 100.

Corte europea dei diritti dell'uomo, Seconda Sezione, sentenza 9 luglio 2013 (finale 9 dicembre 2013), ricorso n. 42615/06.

Corte europea dei diritti dell'uomo, Quarta Sezione, sentenza 29 aprile 2003 (finale 29 luglio 2003), *Aliev c. Ucraina*, ricorso 41220/98, par. 187.

Corte europea dei diritti dell'uomo, decisione 20 ottobre 1994, *Hacisüleymanoglu c. Italia*.

Corte europea dei diritti dell'uomo, Prima Sezione, sentenza 1 luglio 2021 (finale 1 ottobre 2021), *Wojcik contro Polonia*, ricorso n. 66424/09, par. 118.

Corte europea dei diritti dell'uomo, Terza Sezione, sentenza 18 dicembre 2018 (finale 18 marzo 2019), *Resin c. Russia*, ricorso n. 9348/14, par. 41.

Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 19 giugno 2007, *Ciorap contro Moldavia*, ricorso n. 12066/02.

Corte europea dei diritti dell'uomo, seconda sezione, sentenza 8 gennaio 2013, *Torreggiani e altri contro Italia*, ricorsi numero 43517/09, 46882/09, 55400/09.

Corte europea dei diritti dell'uomo, seconda sezione, sentenza 16 luglio 2009 (finale 06 novembre 2009), *Sulejmanovic c. Italia*, ricorso numero 22635/03.

PROPOSTE DI LEGGE

Proposta di legge Folena,
http://leg13.camera.it/_dati/leg13/lavori/stampati/pdf/1503.pdf.

Proposta di legge Pisapia,
http://leg13.camera.it/_dati/leg13/lavori/stampati/pdf/3331.pdf.

Proposta di legge Manconi,
<https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00002517.pdf>.

Proposta di legge Boato,
http://leg14.camera.it/_dati/leg14/lavori/schedela/trovaschedacamera_wai.asp?PDL=3020.

Proposta di legge Malabarba,
<https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/DF/174555.pdf>.

Proposta di legge Schirru,
http://documenti.camera.it/_dati/leg16/lavori/stampati/pdf/16PDL0044210.pdf.

Proposta di legge Della Seta e Ferrante,
<https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00677441.pdf>.

Proposta di legge Zan,
http://documenti.camera.it/_dati/leg17/lavori/stampati/pdf/17PDL0017280.pdf.

Proposta di legge Regione Toscana,
<https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/01162030.pdf>.

Proposta di legge Regione Lazio,
<https://www.garantedetenutilazio.it/app/uploads/2022/02/552-Mozione-legge-affettivita-e-carcere-1.pdf>.

Proposta di Legge Magi,
https://assets.nationbuilder.com/piueuropa/pages/2093/attachments/original/1701702976/Proposta_di_legge_affettivita.pdf?1701702976.

Proposta di legge Zaratti,
<https://www.camera.it/leg19/126?tab=&leg=19&idDocumento=1720&sede=&tipo=>.

RINGRAZIAMENTI

Desidero dedicare un sincero ringraziamento al Professore Jacopo Saccomani. Innanzitutto, vorrei esprimere la mia gratitudine per avermi introdotto con passione e competenza al mondo del diritto penitenziario. L'entusiasmo che ha caratterizzato ogni sua lezione è stato contagioso e ha accresciuto la mia curiosità e mi ha ispirato ad approfondire ulteriormente la materia. In secondo luogo, desidero ringraziarlo per la fiducia manifestatami fin dall'inizio di questo percorso insieme. Infine, vorrei esprimere la mia riconoscenza per tutte le occasioni in cui ha ascoltato le mie domande, risolto i miei dubbi e offerto preziosi consigli, spronandomi a superare quelli che sono stati i momenti di difficoltà e incitandomi a migliorare, manifestando un'attenzione e una cura anche verso quello che potrà essere il mio percorso futuro.

Desidero esprimere la mia profonda riconoscenza anche a tutto il personale della Biblioteca della Facoltà di Giurisprudenza: Antonio Gabbanini, Cristian Paiardini, Filippo Pasquini, Gianluca Galassini, Luca Catani, Patrizia Bastianelli, Patrizia Manno. Il loro prezioso supporto durante il mio percorso di ricerca bibliografica per la stesura del mio elaborato è stato fondamentale. Vorrei esprimere una sincera gratitudine per la loro cortesia, professionalità e disponibilità nel fornire assistenza. Il loro contributo è stato determinante nel reperire il materiale necessario e nell'orientarmi nell'utilizzo delle risorse bibliografiche, consentendomi di accedere alle fonti informative essenziali per arricchire il mio lavoro di ricerca.