

GenIUS

RIVISTA DI STUDI GIURIDICI
SULL'ORIENTAMENTO SESSUALE E L'IDENTITÀ DI GENERE

FRANCESCA MORO

La piena realizzazione del diritto all'affettività e
alla sessualità dei detenuti alla luce della sentenza
n. 10 del 2024 della Corte costituzionale

PUBBLICAZIONE TELEMATICA SEMESTRALE REGISTRATA PRESSO IL TRIBUNALE DI BOLOGNA · ISSN 2384-9495

online first
28 giugno 2024

La piena realizzazione del diritto all'affettività e alla sessualità dei detenuti alla luce della sentenza n. 10 del 2024 della Corte costituzionale.

Sommario

1. Il fondamentale contributo della Corte costituzionale in tema di diritti delle persone detenute – 2. La sentenza monito n. 301 del 2012: la Corte costituzionale bussa alla porta del legislatore – 3. Il legislatore non risponde: il Magistrato di Sorveglianza di Spoleto solleva nuovamente questione di legittimità costituzionale dell'art. 18 co. 3 o.p. – 4. La Consulta entra coraggiosamente dalla porta principale con una sentenza additiva di principio: sì ai colloqui intimi. – 4.1. L'irragionevolezza del divieto assoluto e l'irrinunciabilità di un bilanciamento, in concreto, tra interessi costituzionali. – 4.2. L'incongruo sacrificio imposto agli affetti del detenuto. – 4.3. Il pregiudizio alla persona nell'ambito familiare e relazionale e la frustrazione delle *chances* di reinserimento sociale. – 4.4. La necessità di un «*fair balance*» nella giurisprudenza di Strasburgo. – 4.5. Il *vademecum* finale della Consulta. – 5. Dai principi alla prassi: il rischio di possibili resistenze all'inveramento del diritto all'affettività e alla sessualità delle persone recluse.

Abstract

Con la sentenza n. 10 del 2024, la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 18 della Legge sull'ordinamento penitenziario (o.p.), nella parte in cui non prevede che la persona detenuta possa essere ammessa a svolgere i colloqui con il proprio partner, senza il controllo a vista del personale di custodia, quando non ostino ragioni di sicurezza, esigenze di mantenimento dell'ordine e della disciplina o ragioni giudiziarie. Ripercorse brevemente le tappe fondamentali che hanno condotto al riconoscimento dell'affettività intramuraria, anche in una declinazione fisica, il presente contributo intende analizzare nel dettaglio la decisione in oggetto, la quale suscita particolare interesse non solo per il suo contenuto, ma anche per la tecnica decisoria adottata dalla Corte – una sentenza additiva di principio – destinata a produrre i suoi effetti fin da subito nella realtà quotidiana degli istituti penitenziari.

In Judgment No 10 of 2024, the Italian Constitutional Court ruled that Article 18 of the Act on Penitentiary Order (o.p) is unconstitutional since it does not allow conjugal visits in prison, even when there are no security reasons to justify such restriction. After a brief description of the fundamental stages that led to the recognition of the prisoner's right to sexuality, this paper analyses the above-mentioned

* Dottoranda di ricerca in diritto penale, Università degli Studi di Trento. Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

judgment, which arouses particular interest not only for its content, but also for the decisional technique adopted by the Court which will produce its effects immediately.

1. Il fondamentale contributo della Corte costituzionale in tema di diritti delle persone detenute

La Corte costituzionale torna, ancora una volta, ad occuparsi di diritti delle persone detenute con una storica sentenza additiva di principio che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 18 della legge 26 luglio 1975, n. 354, 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 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.

Il ruolo propulsivo del Giudice delle leggi in materia penitenziaria non è certo una novità, anzi, si può dire che a partire dalla metà degli anni '70 costituisca ormai una costante, tanto che, chiunque volesse avvicinarsi alle tematiche concernenti l'esecuzione penale non potrebbe limitarsi allo studio delle sole disposizioni dell'ordinamento penitenziario (e delle leggi ad esso collegate), ma dovrebbe necessariamente integrare la lettura di queste ultime con la giurisprudenza costituzionale. Gli interventi della Consulta si apprezzano massimamente in tema di funzione della pena¹ e garanzia della dignità e dei diritti fondamentali dei detenuti, e la sentenza in commento si inserisce a pieno titolo nel novero delle pronunce che tutelano proprio quel nucleo incompressibile di diritti in cui si sostanzia la dignità di qualsiasi persona, ma forse, soprattutto, della persona detenuta².

Nonostante l'indubbia qualità della legge 354 del 1975, definita da autorevole dottrina come «l'unica vera grande riforma di attuazione costituzionale dell'era repubblicana»³, è da sempre possibile scorgere un certo scarto – di entità variabile nel tempo – tra principi costituzionali e disciplina legislativa dell'esecuzione penitenziaria, nonché, ed anzi in misura drammaticamente maggiore, tra quest'ultima e la realtà carceraria⁴. La deviazione delle norme di rango primario dai precetti costituzionali è andata via via accentuandosi per mano di un legislatore che, per assicurare la collettività, dinnanzi ad una recrudescenza della criminalità – reale o soltanto percepita – sceglie la via del rigore

¹ La progressiva valorizzazione del principio rieducativo passa attraverso alcuni arresti giurisprudenziali fondamentali della Consulta: dalla sentenza n. 313 del 1990 che segna il definitivo superamento della concezione polifunzionale classica della pena alla più recente sentenza n. 149 del 2018 ove si afferma la non sacrificabilità del principio rieducativo sull'altare di ogni altra funzione della pena, sancendo il carattere immancabile della rieducazione.

² Cfr., per tutte, Corte cost., sentenza del 27 ottobre 2006, n. 341, ove si legge che «dal primato della persona umana, proprio del vigente ordinamento costituzionale, discende, come necessaria conseguenza, che i diritti fondamentali trovano nella condizione di coloro i quali sono sottoposti ad una restrizione della libertà personale i limiti ad essa inerenti, connessi alle finalità proprie di tale restrizione, ma non sono affatto annullati da tale condizione».

³ F. Palazzo, *Relazione introduttiva. La rieducazione: un bilancio sommario*, in A. Menghini, E. Mattevi (a cura di), *La rieducazione oggi. Dal dettato costituzionale alla realtà del sistema penale*, Napoli, 2022, p. 6.

⁴ Cfr. F. Della Casa, G. Giostra, *La cornice costituzionale e sovrana nazionale*, in Id. (a cura di), *Manuale di diritto penitenziario*, Torino, 2023, pp. 13 ss. Analizza le cause della mancata traduzione in essere dei principi espressi in Costituzione e trasfusi nella legge del 1975, e dunque dello iato che si registra tra principi affermati e realtà delle nostre carceri, A. Menghini, *Carcere e costituzione*, Napoli, 2022, pp. 411 ss.; a tal proposito G.M. Flick, *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale*, in *Diritto e società*, 2012, pp. 187 ss. parla di "rivoluzione tradita".

carcerario e/o, preoccupato di perdere consensi, evita di occuparsi di temi scomodi e divisivi, come può essere la questione della sessualità in carcere. L'unico antidoto ad un uso demagogico della risposta sanzionatoria è allora rappresentato dalle pronunce della Consulta, che, seppur in maniera inevitabilmente frammentaria, hanno il merito di ripristinare la legalità formale. La sentenza n. 10 del 2024, riconoscendo il diritto del detenuto a svolgere colloqui intimi con il proprio partner, ristabilisce la conformità della legge ordinaria al dettato costituzionale, ma non trascura neppure il secondo aspetto problematico illustrato, ovvero lo scostamento tra norma scritta (ora sì, conforme a Costituzione) e condizione carceraria effettiva, ben consapevole che la mera affermazione di un diritto non è sufficiente a garantirne la concreta attuazione se mancano i presupposti fattuali per la sua traduzione in essere. Proprio per evitare che la patologica situazione di sovraffollamento che flagella gli istituti penitenziari, prima – ancorché non unica – causa di scollamento tra l'essere e il dover essere dell'esecuzione penitenziaria, sia d'ostacolo ad un concreto estrinsecarsi del diritto all'affettività, anche in una declinazione sessuale, nella parte finale della sentenza i giudici costituzionali si preoccupano di fornire ulteriori indicazioni operative indirizzate non solo all'Amministrazione penitenziaria e alla Magistratura di Sorveglianza, immediatamente chiamate a dare attuazione ai principi enunciati, ma anche al legislatore che voglia eventualmente intervenire in futuro, sollecitando comunque tutti i soggetti coinvolti ad un'«azione combinata» che possa «accompagnare una tappa importante del percorso di invernamento del volto costituzionale della pena»⁵.

2. La sentenza monito n. 301 del 2012: la Corte costituzionale bussa alla porta del legislatore

Ben dodici anni fa era già stata sollevata una questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto proprio l'art. 18, allora co. 2, o.p., in riferimento agli articoli 2, 3, primo e secondo comma, 27, terzo comma, 29, 31, 32, primo e secondo comma, Cost. In quell'occasione, tuttavia, la Consulta si era espressa nel senso dell'inammissibilità con sentenza n. 301 del 2012⁶. La declaratoria di inammissibilità veniva giustificata alla luce dell'asserita afasicità dell'ordinanza di rimessione rispetto alla rilevanza della questione nel procedimento pendente dinanzi al giudice *a quo* e del fatto che la richiesta di un intervento ablativo *tout court*, quanto alla necessità del controllo visivo durante i colloqui, avrebbe comportato, per un verso, un effetto molto più ampio del necessario e, per altro verso, non sarebbe stata di per sé sufficiente a consentire lo svolgimento di colloqui intimi, essendo in ogni caso necessaria la predisposizione di una disciplina *ad hoc* da parte del legislatore. Ciononostante, i Giudici costituzionali avevano sottolineato come l'esigenza di permettere ai soggetti sottoposti a restrizione della libertà personale di continuare a intrattenere relazioni affettive intime, anche a carattere sessuale, fosse «reale e fortemente avvertita», non potendosi considerare risolutivo, a questi fini, l'istituto del permesso premio di cui all'art. 30-ter o.p., la cui fruizione – stanti i relativi presupposti soggettivi e oggettivi – rimaneva (e rimane tuttora) preclusa a gran parte della popolazione detenuta.

In buona sostanza, la Consulta già aveva affermato l'esistenza di un vero e proprio diritto all'affettività e alla sessualità intramuraria⁷. Tuttavia, in assenza di una soluzione costituzionalmente

⁵ Corte cost., sentenza del 26 gennaio 2024, n. 10, § 9.

⁶ Corte cost., sentenza del 19 dicembre 2012, n. 301. Per un commento sulla pronuncia si rinvia a F. Fiorentin, *Affettività e sessualità in carcere: luci e ombre di una difficile pronuncia che rimanda al difficile dialogo con il legislatore*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2012, 6, pp. 4726 ss.

⁷ Più in generale sul diritto all'affettività delle persone detenute v. S. Grieco, *Il diritto all'affettività delle persone reclusi. Un pro-*

obbligata, ha ritenuto opportuno lasciare al legislatore il compito di elaborare una disciplina idonea a contemperare codesto diritto con le esigenze di sicurezza connesse allo *status* detentivo.

3. Il legislatore non risponde: il Magistrato di Sorveglianza di Spoleto solleva nuovamente questione di legittimità costituzionale dell'art. 18 co. 3 o.p.

Il monito lanciato dalla Consulta al legislatore rimane però inascoltato. È il Magistrato di Sorveglianza di Spoleto a sollevare nuovamente questione di legittimità costituzionale dell'art. 18, ora co. 3, o.p. «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»⁸.

L'accoglimento della questione di legittimità costituzionale in questa seconda occasione dipende certamente, come si dirà, dal mutamento del quadro normativo di riferimento e dalla protratta inerzia del legislatore, che non è priva di conseguenze, ma anche da un'abile formulazione del *petitum* da parte del giudice *a quo*, il quale, attraverso l'inciso «quando non ostino ragioni di sicurezza», non replica la richiesta di un intervento ablativo *tout court*, riconoscendo il bisogno di mantenere il controllo visivo in tutte quelle ipotesi in cui quest'ultimo sia necessario per soddisfare specifiche esigenze di sicurezza⁹. Altrettanto apprezzabile, con riferimento all'ordinanza di rimessione, è l'esposizione dei motivi di contrasto tra il carattere assoluto della prescrizione del controllo visivo sui colloqui familiari di cui all'art. 18 co. 3 o.p. e i parametri costituzionali invocati, segnatamente gli artt. 2, 3, 13, commi 1 e 4, 27, comma 3, 29, 30, 31, 32 e 117, comma 1, Cost. in combinato disposto con gli artt. 3 e 8 Cedu¹⁰.

In primo luogo, il Magistrato di Sorveglianza rileva che l'attuale disciplina normativa, impedendo assolutamente al detenuto l'esercizio della propria affettività nella forma del rapporto sessuale all'interno del contesto penitenziario, senza neanche tentare un bilanciamento con eventuali ragioni di sicurezza, si pone in contrasto con l'art. 2 Cost., essendo il diritto alla libera espressione della propria affettività, anche mediante rapporti sessuali, un diritto inviolabile della persona umana. In tal senso si era espressa, già tempo addietro, la stessa giurisprudenza costituzionale, riconoscendo la sessualità come «indispensabile completamento e piena manifestazione» del diritto all'affettività, nonché come «uno degli essenziali modi di espressione della persona umana [...] che va ricompreso tra le posizioni

getto di riforma tra esigenze di tutela contrapposte, Napoli, 2022.

8 Mag. Sorv. Spoleto, ordinanza del 12 gennaio 2023, n. 23. Per un commento, cfr. A. Menghini, *Affettività e sessualità in carcere: una questione di dignità*, in *Diritto penale e processo*, 2023, n. 9, pp. 1190 ss.; S. Talini, *Un passo decisivo verso la garanzia della sessualità intramuraria?*, in *Sistema penale*, www.sistemapenale.it, 2023, n. 3, pp. 33 ss.; S. Anastasia, S. Grieco, *Una nuova quaestio sul diritto alla sessualità in carcere*, in *Giustizia insieme*, www.giustiziainsieme.it, 2023; F. Martin, *Carcere e sessualità: nuovi spiragli costituzionali*, in *Giurisprudenza penale*, www.giurisprudenzapenale.com, 2023; E. 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*, www.giurcost.org, 2023, fasc. III, pp. 1125 ss.

9 Sul punto cfr. A. Menghini, *Affettività e sessualità in carcere*, cit., p. 1192.

10 Come si può notare dal confronto tra la prima e la seconda questione di legittimità sollevata con riferimento all'art. 18 o.p., l'ordinanza di rimessione del Magistrato di Sorveglianza di Spoleto si arricchisce di ulteriori parametri di costituzionalità alla luce dei quali valutare la legittimità della disposizione richiamata. Costituiscono un *novum* sotto questo profilo gli artt. 13, 30 e, soprattutto, 117 Cost. quale norma interposta funzionale ad elevare gli artt. 3 e 8 Cedu al rango di norme costituzionali.

soggettive direttamente tutelate dalla Costituzione ed inquadrato tra i diritti inviolabili della persona umana che l'art. 2 Cost. impone di garantire»¹¹.

Inoltre, il divieto di incontri intimi con il partner in libertà è censurabile sotto il profilo dell'uguaglianza-ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost. in considerazione del mutato quadro normativo di riferimento. Il primo profilo di irragionevolezza si rinviene all'interno dello stesso art. 18 co. 3 o.p., così come novellato dal d.lgs. 123 del 2018, ove si prevede, da un lato, l'opportunità («ove possibile») di una dimensione riservata dei colloqui familiari, mentre dall'altro, si continua a chiedere obbligatoriamente il controllo a vista da parte del personale di polizia penitenziaria. La seconda contraddizione emerge invece da un confronto con la disciplina dell'ordinamento penitenziario minorile e, in particolare, con l'art. 20 co. 3 del d.lgs. 121 del 2018 che consente ai minori o giovani adulti di fruire di visite prolungate con congiunti o persone legate da rapporti affettivi «in unità abitative appositamente attrezzate all'interno degli istituti»¹². Una simile possibilità, non prevista per i detenuti che si trovino a scontare la pena in istituti per maggiorenni, produce una disparità di trattamento irragionevole.

Ancora, la forzata astinenza dai rapporti sessuali con i congiunti in libertà, non giustificata da ragioni di sicurezza, determina una limitazione della libertà personale che si traduce in una sofferenza ulteriore rispetto a quella già insita nella privazione della libertà derivante dallo stato detentivo, con conseguente contrasto con il primo comma dell'art. 13 Cost. Non solo, ad opinione del rimettente, il totale sacrificio della dimensione sessuale dell'affettività integra gli estremi di una violenza fisica e morale sulla persona ristretta, ai sensi del quarto comma dell'art. 13 Cost., compromettendo, peraltro, anche il diritto alla sessualità del convivente in libertà.

Ulteriore norma che si ritiene violata è l'art. 27, comma 3, Cost., sia sotto il profilo dell'umanità della pena, poiché il divieto di esercitare il diritto all'affettività, anche nella sua dimensione sessuale, va ad aggiungersi all'afflittività già insita nella privazione della libertà, sia con riguardo alla finalità rieducativa della pena. Con riferimento a quest'ultima, il giudice *a quo* sottolinea le conseguenze desocializzanti connesse al mancato esercizio del proprio ruolo naturale all'interno della relazione di coppia, che, ove vissuta nella sua pienezza, potrebbe invece far da volano alla risocializzazione della persona.

La prescrizione del controllo a vista in termini assoluti e inderogabili di cui all'art. 18 o.p. si ritiene in contrasto anche con il combinato disposto degli artt. 29, 30 e 31 Cost., posto a protezione della famiglia, in quanto rischia di logorare e spezzare i rapporti di coppia, rendendo più difficoltoso il reinserimento del detenuto all'interno del nucleo familiare al termine dell'esecuzione della pena. Per altro verso, viene anche interdetto l'accesso alla genitorialità e il diritto dei figli ad un sereno rapporto di coppia tra i genitori, funzionale allo sviluppo della loro personalità.

L'art. 32 Cost. si ritiene violato a causa degli effetti negativi che la forzata astinenza dai rapporti sessuali con il partner in libertà e, più in generale, l'impossibilità di trascorrere dei momenti privati con lo stesso senza la costante osservazione del personale di custodia può avere sulla salute psichica, oltre che fisica, della persona privata della libertà.

Infine, attraverso il richiamo all'art. 117, primo comma, Cost., quale parametro interposto, si paventa, da un lato, la violazione dell'art. 3 Cedu, in quanto la completa negazione del diritto

11 Corte cost., sentenza del 18 dicembre 1987, n. 561. Vedi anche Corte cost., sentenza del 24 maggio 1985, n. 161 in cui si afferma «il diritto di realizzare, nella vita di relazione, la propria identità sessuale (...) [come] aspetto e fattore di svolgimento della personalità». In argomento anche S. Talini, *Un passo decisivo verso la garanzia della sessualità intramuraria?*, cit., p. 45.

12 In argomento, L. Caraceni, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni*, in *Diritto penale contemporaneo*, www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, 2018. F. Tribisonna, *La disciplina per l'esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni tra buoni propositi e innegabili criticità*, in *Processo penale e giustizia*, 2019, n. 3, pp. 717 ss.

all'affettività, anche nella sua dimensione sessuale, senza alcuna possibilità di bilanciamento di tale diritto con le esigenze di sicurezza, sarebbe qualificabile quale trattamento inumano e degradante, determinando un'afflittività maggiore rispetto a quella connaturata alla condizione detentiva; dall'altro lato, si ritiene sussistente un contrasto anche con riferimento all'art. 8 Cedu, posto a tutela della vita privata e familiare. A tale ultimo proposito, nell'ordinanza, si ammette che i giudici di Strasburgo hanno sempre riconosciuto un ampio margine di discrezionalità in capo agli Stati membri circa l'esercizio dell'affettività, anche di tipo sessuale, delle persone detenute, ribadendo che la negazione di visite intime non è di per sé incompatibile con la Convenzione¹³; d'altra parte, la mancanza di un obbligo in capo agli Stati firmatari di consentire le c.d. *conjugal visits* andrebbe più correttamente intesa nel senso che tale diritto possa essere limitato solo in presenza di comprovate esigenze di ordine e sicurezza¹⁴. Questo orientamento sembra ribadito anche dalle fonti di *soft law* in materia penitenziaria che, seppur non vincolanti, offrono delle preziose linee guida¹⁵. Da ultimo, il giudice rimettente non manca di sottolineare che sono molti i Paesi – europei e non – a garantire, da tempo, sia pur con modalità differenti, lo svolgimento di colloqui intimi *intramoenia*¹⁶.

4. La Consulta entra coraggiosamente dalla porta principale con una sentenza additiva di principio: sì ai colloqui intimi

La sentenza costituzionale n. 10 del 2024 è decisamente coraggiosa. La Corte, infatti, ha superato le

- 13 Cfr. Corte Edu, *Aliiev c. Ucraina*, 29 aprile 2003, ric. n. 41220/98; Corte Edu, *Nazarenko c. Lettonia*, 1° febbraio 2007, ric. n. 76843/01; Corte Edu, *LesLaw Wójcik c. Polonia*, 1° luglio 2021, ric. n. 66424/09, tutte in <https://hudoc.echr.coe.int>. Sulla posizione della Corte di Strasburgo in materia di *conjugal visits* cfr. M. Salerno, *Affettività in carcere e diritti alle visite familiari. A Strasburgo, tra affermazioni di principio e tutela effettiva*, in L. Amerio, V. Manca (a cura di), *Affettività e carcere: un binomio (im)possibile?*, in *Giurisprudenza penale*, www.giurisprudenzapenale.com, 2019, fasc. 2-bis; più recentemente F. Buffa, *Le "visite intime" ai carcerati in 5 sentenze della CEDU*, in *Questione giustizia*, www.questionegiustizia.it, 2024.
- 14 Cfr. Corte Edu, *Khoroshenko c. Russia*, 30 giugno 2015, ric. n. 41418/04, in <https://hudoc.echr.coe.int>. In tal senso A. Menghini, *Affettività e sessualità in carcere*, cit., p. 1195 e S. Talini, *Un passo decisivo verso la garanzia della sessualità intramuraria?*, cit., pp. 39-40.
- 15 Un ruolo di primaria rilevanza è ricoperto dalle Regole penitenziarie europee e, in particolare, dalla regola 24 co. 1 e 4. Interessante è soprattutto il commento in calce alla disposizione, ove si precisa che, allorquando sussistano esigenze di sicurezza, le *conjugal visits* non devono essere vietate ma sottoposte ad una più intensa sorveglianza e, ove possibile, devono essere autorizzate visite familiari prolungate che consentano anche di avere relazioni intime con i partner. In senso analogo v. anche la Raccomandazione n. 1340/1997 dell'Assemblea Generale del Consiglio d'Europa (punto 6.6.); la Raccomandazione del Parlamento europeo n. 2003/2188 (INI) del 2004, la quale riconosce il diritto dei detenuti ad una vita affettiva e sessuale, attraverso la predisposizione di misure e luoghi appositi (art. 1 lett. c); le c.d. Regole di Bangkok, adottate dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 21 dicembre 2010 (nello specifico, regole nn. 23, 26 e 28).
- 16 Così, ad esempio, avviene in Albania, Norvegia, Svizzera, in alcuni Stati degli USA e persino in Armenia e Brasile; nel contesto europeo le visite intime sono ammesse in Francia, Austria, Slovenia, Germania, Belgio, Finlandia, Olanda, Svezia, Spagna, Croazia, Danimarca. Per approfondire il quadro normativo comparato v. S. Talini, *L'affettività ristretta*, *Costituzionalismo.it*, Fascicolo 2, 2015, *I diritti dei detenuti*, par. 6; 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 L. Amerio, V. Manca (a cura di), *Affettività e carcere: un binomio (im)possibile?*, cit., pp. 272 ss.; M.E. Salerno, *Affettività e sessualità nell'esecuzione penale: diritti fondamentali dei detenuti? L'atteggiamento italiano su una questione controversa*, in *Giurisprudenza penale*, www.giurisprudenzapenale.com, 2017, pp. 8-9.

aspettative di molti commentatori, i quali, vista e considerata la delicatezza della questione, il suo alto coefficiente di discrezionalità e le concrete difficoltà di garantire l'esercizio del diritto nel contesto penitenziario attuale, avevano pronosticato una pronuncia di incostituzionalità c.d. differita¹⁷. A fronte dell'ormai intollerabile inerzia ultradecennale del legislatore e del mutato quadro normativo, la Corte si sente, invece, pienamente legittimata a rimuovere direttamente il *vulnus* costituzionale riscontrato attraverso una sentenza additiva di principio¹⁸, la quale, nell'esposizione dei motivi di diritto, sembra potersi idealmente dividere in due parti: la prima in cui i giudici – com'è ovvio – spiegano le ragioni che inducono a ritenere fondate le questioni sollevate dal giudice rimettente; la seconda in cui intendono, invece, precisare alcuni aspetti della disciplina sui colloqui intimi al fine di assicurare l'effettività dei principi enunciati e, al contempo, permettere al legislatore di esercitare la discrezionalità che gli è propria entro determinati limiti.

4.1. L'irragionevolezza del divieto assoluto e l'irrinunciabilità di un bilanciamento, in concreto, tra interessi costituzionali

Fulcro della motivazione è il canone della dignità della persona: «[l]a prescrizione del controllo a vista sullo svolgimento del colloquio del detenuto con le persone a lui legate da stabile relazione affettiva, in quanto disposta in termini assoluti e inderogabili, si risolve in una compressione sproporzionata e in un sacrificio irragionevole della dignità della persona, quindi in 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»¹⁹. Tenendo fede ad un orientamento ormai consolidato²⁰,

-
- 17 Per tutti, E. Santoro, *Siamo alle porte della quarta "incostituzionalità prospettata"?*, cit., pp. 1132 ss., secondo la quale, la mancanza di risorse economico-finanziarie per predisporre luoghi interni agli istituti funzionali a svolgere i colloqui intimi, resa ancor più drammatica dal progressivo aumento del sovraffollamento penitenziario post-pandemico, unita alla necessità di evitare discriminazioni territoriali nel godimento del diritto, avrebbe presumibilmente orientato la Corte costituzionale verso tale tecnica decisoria.
- 18 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*, 2019, n. 2, p. 650 ben rileva che il tradizionale ostacolo delle "rime obbligate" può essere superato «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».
- 19 Corte cost., sentenza del 26 gennaio 2024, n. 10, § 4.1. La stessa Corte rammenta, a proposito, quanto già affermato in un arresto precedente: «[l]a dignità della persona (art. 3, primo comma, della Costituzione) anche in questo caso – anzi: soprattutto in questo caso, il cui dato distintivo è la precarietà degli individui, derivante dalla mancanza di libertà, in condizioni di ambiente per loro natura destinate a separare dalla società civile – è dalla Costituzione protetta attraverso il bagaglio degli inviolabili diritti dell'uomo che anche il detenuto porta con sé lungo tutto il corso dell'esecuzione penale» (Corte cost., sentenza dell'11 febbraio 1999, n. 26).
- 20 Ripercorre le tappe fondamentali del progressivo smantellamento delle preclusioni assolute e delle presunzioni di pericolosità sociale in materia di esecuzione della pena V. Manca, *Amore e carcere: binomio impossibile(2)? La Corte costituzionale segna una tappa fondamentale del percorso di inveroamento del volto costituzionale della pena*, in *Giurisprudenza penale*, www.giurisprudenzapenale.com, 2024, par. 2, la quale osserva che, se in un primo momento la Corte ancorava il superamento delle preclusioni al rispetto del principio rieducativo, con un secondo filone di sentenze il rifiuto del carattere assoluto di una preclusione viene giustificato «su un piano prodromico alla rieducazione che è quello della dignità dell'individuo» (cfr., in particolare, le sentenze n. 504 del 1995, 68 del 1995, 445 del 1997, n. 137 del 1999).

la Corte costituzionale “fa saltare” l’ennesima preclusione assoluta che, impedendo in radice un bilanciamento tra pari interessi di rango costituzionale – il diritto all’affettività intramuraria e le esigenze di sicurezza e custodia – si rivela irragionevole per difetto di proporzionalità. Il canone della giusta proporzione, infatti, impedisce innanzitutto un sacrificio totale del diritto fondamentale facente capo al detenuto, in quanto ciò integrerebbe di per sé gli estremi di un trattamento disumano e degradante, violando la dignità della persona che si sostanzia in quel nocciolo duro di diritti fondamentali che non possono mai essere del tutto compressi²¹. Come costantemente affermato dalla giurisprudenza costituzionale, «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 caso contrario, l’eventuale compressione dei diritti della persona detenuta acquisterebbe «unicamente un valore afflittivo, supplementare rispetto alla privazione della libertà personale, non compatibile con l’art. 27, comma 3, Cost.»²². Appare allora irrinunciabile un bilanciamento in concreto, poiché la compressione di un diritto non può avvenire astrattamente o per astratte ragioni di sicurezza, bensì in ragione di specifici motivi, pena l’effetto esclusivamente afflittivo della compressione, in contrasto con l’art. 27 co. 3 Cost.

D’altronde, a seguito della mini-riforma del 2018, questi principi trovano espresso riconoscimento anche nella legge sull’ordinamento penitenziario. All’art. 1 o.p. si afferma solennemente che: «[i]l trattamento penitenziario deve essere conforme a umanità e deve assicurare il rispetto della dignità della persona» (co. 1, primo periodo); esso «è attuato secondo un criterio di individualizzazione in rapporto alle specifiche condizioni degli interessati» (comma 2); e «[n]on possono essere adottate restrizioni non giustificabili con l’esigenza di mantenimento dell’ordine e della disciplina e, nei confronti degli imputati, non indispensabili a fini giudiziari» (comma 5)²³. In altre parole – dice la Corte – il principio di umanità della sanzione penale, il rispetto della dignità della persona, l’individualizzazione del trattamento penitenziario e il principio del “minimo mezzo” costituiscono le coordinate che danno forma al «volto costituzionale» della pena²⁴.

Ad essere censurato, dunque, è il carattere assoluto della prescrizione del controllo visivo sui colloqui familiari del detenuto. Non si nega che il controllo a vista possa rappresentare «un importante

21 In tal senso M. Ruotolo, *Visto di censura della corrispondenza e diritto di difesa. Un esito nella sostanza condivisibile, raggiunto con una discutibile tecnica decisoria*, in *Diritto di difesa*, www.diritto didifesa.eu, 2022, 1-2. Sul principio di proporzionalità in materia di esecuzione della pena v., *amplius*, G.M. Napoli, *Il principio di proporzionalità nell’esecuzione penitenziaria*, in *Diritto penale contemporaneo*, www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, 2015; A. Menghini, *Carcere e costituzione*, cit., pp. 458 ss.

22 Corte cost., sentenza del 7 giugno 2013, n. 135. Conformemente si esprime anche la giurisprudenza di legittimità affermando che il criterio di proporzionalità deve sempre trovare applicazione «tra le esigenze di sicurezza sociale e penitenziaria e l’interesse della singola persona», cosicché il sacrificio imposto al detenuto non ecceda quello minimo necessario ai fini della sicurezza e non leda posizioni non sacrificabili in assoluto (così Cass. pen., 20 febbraio 2008, n. 7791, in *Foro italiano*, 2008, 5, II, pp. 272 ss.).

23 A. Menghini, *Carcere e costituzione*, cit., p. 468, osserva che, a ben vedere, in nessuna norma dell’ordinamento penitenziario si riscontrano riferimenti alla proporzionalità; piuttosto, in numerose disposizioni, tra cui l’art. 1 co. 5 o.p., viene invece richiamato il diverso concetto di necessità che «altro non è che uno dei passaggi del giudizio di proporzionalità, in particolare quello che richiede di verificare che, tra più misure restrittive tutte di pari efficacia, l’Amministrazione penitenziaria adotti quella in grado di arrecare il minor sacrificio possibile ai diritti fondamentali facenti capo alle persone detenute». In ogni caso, ciò che si vuole mettere in evidenza è che le esigenze di sicurezza intese in senso lato non sono più presentate come assolute e trovano un limite nella tutela dei diritti dei detenuti, così F. Fiorentin, F. Siracusano, *Sub art. 1 o.p.*, in Id. (a cura di), *L’esecuzione penale. Ordinamento penitenziario e leggi complementari*, Milano, 2019, 2.

24 Cfr., per tutte, Corte cost., sentenza del 13 luglio 2017, n. 179, ove si afferma che la pena è costituzionalmente legittima in quanto inflitta «nella misura minima necessaria».

presidio di regolarità, funzionale ad evitare la strumentalizzazione del colloquio medesimo a fini impropri (ad esempio per il passaggio di oggetti destinati a scambi illeciti o atti ad offendere)²⁵, tuttavia, l'assolutezza della prescrizione, finendo per precludere *in toto*, anche laddove non sussistano particolari esigenze di sicurezza, l'esercizio dell'affettività intramuraria, anche sessuale, appare assolutamente irragionevole. Tale situazione non può essere tollerata in un «ordinamento giuridico [che] tutela le relazioni affettive della persona nelle formazioni sociali in cui esse si esprimono, riconoscendo ai soggetti legati dalle relazioni medesime la libertà di vivere pienamente il sentimento di affetto che ne costituisce l'essenza»²⁶. Come ha sottolineato anche il Magistrato di Sorveglianza di Spoleto, «il carcere è [...] certamente una formazione sociale in cui si svolge la personalità dei detenuti»²⁷. Se è vero questo, è giocoforza concludere che lo stato detentivo «può incidere sui termini e sulle modalità di esercizio di questa libertà, ma non può annullarla in radice, con una previsione astratta e generalizzata, insensibile alle condizioni individuali della persona detenuta e alle specifiche prospettive del suo rientro in società»²⁸.

4.2. L'incongruo sacrificio imposto agli affetti del detenuto

Il secondo profilo di irragionevolezza delle restrizioni imposte all'espressione dell'affettività è individuato dalla Corte nel pregiudizio indiretto che vengono a patire le persone legate al detenuto da una stabile relazione affettiva, le quali sono limitate nella possibilità di coltivare il rapporto, anche per lungo tempo. Sebbene sia inevitabile che gli affetti del detenuto subiscano, in certo qual modo, gli effetti della carcerazione²⁹, «tale riflesso soggettivo diviene incongruo quando la restrizione stessa non sia necessaria, e pertanto, nella specie, quando il colloquio possa essere svolto in condizioni di intimità senza che abbiano a patirne le esigenze di sicurezza»³⁰. La Corte non manca di precisare, comunque, che – considerato l'eventuale carattere sessuale dell'incontro – saranno ammessi al colloquio con il detenuto unicamente il coniuge, la parte dell'unione civile o la persona stabilmente convivente³¹.

La limitazione dei potenziali fruitori del colloquio appare, tuttavia, criticabile sotto un duplice angolo visuale.

In primo luogo, l'impostazione seguita dalla Corte costituzionale sembra ridurre il diritto all'affettività del detenuto alla sola dimensione sessuale³². L'affettività, invece, è un concetto più am-

25 Corte cost., sentenza del 26 gennaio 2024, n. 10, § 3.3.

26 Corte cost., sentenza del 26 gennaio 2024, n. 10, § 3.1.

27 Mag. Sorv. Spoleto, ordinanza del 12 gennaio 2023, n. 23.

28 Corte cost., sentenza del 26 gennaio 2024, n. 10, § 3.1.

29 M.G. Skyes, *The society of captives. A study of a maximum security prison*, Princeton, 1958, ha descritto la pena detentiva come «un proiettile a frammentazione che lacera e distrugge il tessuto delle relazioni fra reo, familiari, e conviventi».

30 Corte cost., sentenza del 26 gennaio 2024, n. 10, § 4.2.

31 La Consulta, infatti, osserva come lo stesso legislatore abbia recentemente indicato quali relazioni affettive della persona detenuta debbano essere ritenute meritevoli e bisognose di una considerazione differenziata anche “dentro le mura”. In tal senso, l'art. 1, comma 38, della legge n. 76 del 2016, ha disposto che «[i] conviventi di fatto hanno gli stessi diritti spettanti al coniuge nei casi previsti dall'ordinamento penitenziario» e il comma 20 dell'art. 1 della stessa legge ha previsto l'estensione dei diritti del coniuge in tema di colloqui penitenziari anche alla parte dell'unione civile.

32 Ciononostante la Consulta riconosca espressamente in un passaggio della sentenza che «non può ridursi il tema dell'affettività del detenuto a quello della sessualità, in quanto esso più ampiamente coinvolge aspetti della personalità e modalità di relazione che attengono ai connotati indefettibili dell'essere umano».

pio e sfaccettato, che coinvolge tutti gli «elementi associati alle relazioni, alla vicinanza e alle dinamiche con l'altro»³³, dal rapporto con il partner e i familiari al legame con i figli. Il venir meno dell'indefettibilità del controllo visivo durante l'incontro non è finalizzato esclusivamente a consentire la consumazione di un rapporto intimo con il partner ma, prima ancora, è funzionale a garantire un diritto alla riservatezza che, all'interno della realtà carceraria, è assolutamente svilito. Svolgere il colloquio con il partner, con i figli o con i familiari nella stessa sala in contemporanea con altri detenuti e le rispettive famiglie è cosa ben diversa dall'aver a disposizione un ambiente privato e tranquillo ove trascorre alcune ore con i propri cari. Per tale motivo si auspica un intervento del legislatore che ammetta la compresenza di più persone durante l'incontro, così come già è previsto dalla disciplina penitenziaria minorile³⁴.

In subordine, laddove si scegliesse di privilegiare l'aspetto dell'intimità fisica e di consentire, quindi, la partecipazione del solo partner del detenuto, riteniamo che il novero dei potenziali fruitori del colloquio dovrebbe comunque essere ampliato. L'attuale disciplina, infatti, desume la sussistenza del carattere stabile della relazione tra il detenuto ed il partner in libertà esclusivamente dall'esistenza del rapporto di coniugio o di convivenza, finendo per escludere tutti quei soggetti che, pur essendo affettivamente legati al detenuto da tempo, non convivessero con quest'ultimo prima della carcerazione. La prova della solidità della relazione tra il soggetto *in vinculis* ed il suo partner potrebbe, invece, emergere *aliunde*. A tal fine, in una prospettiva *de iure condendo*, sarebbe opportuno predeterminare una serie di criteri alla luce dei quali valutare l'effettiva sussistenza del legame affettivo stabile e duraturo, in modo tale da evitare sperequazioni nel godimento di un diritto.

4.3. Il pregiudizio alla persona nell'ambito familiare e relazionale e la frustrazione delle *chances* di reinserimento sociale

Si evidenzia, inoltre, che «l'impossibilità per il detenuto di esprimere una normale affettività con il partner si traduce in un *vulnus* alla persona nell'ambito familiare»³⁵ e, più in generale, in un progressivo impoverimento delle relazioni sociali nelle quali si svolge la sua personalità che può finanche arrivare alla dissoluzione delle stesse. Da questo punto di vista si evidenzia la violazione dell'art. 27, terzo comma, Cost. per un duplice motivo: da una parte, infatti, la protratta impossibilità di coltivare le relazioni familiari nell'intimità di incontri riservati incide negativamente sul mantenimento di quei rapporti che sono invece fondamentali per il reinserimento del detenuto in società una volta scontata la pena; dall'altra parte, il sacrificio oltre il necessario dell'intimità degli affetti determina una pena sproporzionata in eccesso, percepita come ingiusta dal condannato, il quale difficilmente presterà il proprio consenso ad intraprendere un percorso rieducativo.

4.4. La necessità di un «*fair balance*» nella giurisprudenza di Strasburgo

Infine, viene accolta anche la censura riferita all'art. 117, primo comma, Cost., in combinato disposto

³³ S. Grieco, *Il diritto all'affettività delle persone reclusi*, cit., 5.

³⁴ Cfr. art. 19, comma 3, del d.lgs. n. 121 del 2018.

³⁵ Corte cost., sentenza del 26 gennaio 2024, n. 10, § 4.3.

con l'art. 8 Cedu. Prima di richiamare la giurisprudenza di Strasburgo, la Corte mette in evidenza la "tendenza" degli ordinamenti europei a riconoscere ai detenuti «spazi più o meno ampi di espressione dell'affettività intramuraria, inclusa la sessualità»³⁶. Esemplificativamente ricorda i parlatori familiari (*parloirs familiaux*) e le unità di vita familiare (*unités de vie familiale*) francesi, le *comunicaciones íntimas* spagnole e le visite di lunga durata (*Langzeitbesuche*) ammesse in molti *Länder* tedeschi.

Premessi questi brevi cenni comparatistici, la Consulta individua il principio di diritto cristallizzato nelle sentenze della Corte Edu: gli Stati non sono obbligati a riconoscere le *conjugal visits* poiché godono al riguardo di un vasto margine di apprezzamento, tuttavia, il singolo ordinamento può rifiutare l'accesso alle visite coniugali quando ciò sia giustificato da obiettivi di prevenzione del disordine e del crimine. In altri termini, deve esserci un «*fair balance*» tra gli interessi pubblici e privati coinvolti, ovvero sia un test di proporzionalità della restrizione carceraria. Il radicale divieto di cui all'art. 18 o.p., impedendo di verificare in concreto la necessità della restrizione, viola allora il diritto al rispetto della vita privata e familiare.

Si ritengono assorbite le questioni riferite agli ulteriori parametri evocati nell'ordinanza di rimessione.

4.5. Il vademecum finale della Consulta

Come anticipato, la Corte conclude fornendo alcune indicazioni che dovranno essere tenute in considerazione dal legislatore che voglia eventualmente intervenire per disciplinare la materia e, in ogni caso, che dovranno orientare, nelle more, la prassi applicativa.

- 1) I colloqui intimi devono potersi svolgere in maniera non sporadica e devono essere di durata adeguata a garantire la piena espressione dell'affettività e la preservazione della stabilità della relazione effettiva.
- 2) Devono essere individuati luoghi appropriati ove effettuare gli incontri. A tal proposito se ne ipotizza lo svolgimento in unità abitative appositamente attrezzate all'interno degli istituti, che riproducano, per quanto possibile, l'ambiente domestico. In ogni caso dovrà essere garantita la riservatezza del colloquio, il quale dovrà essere sottratto non solo al controllo visivo del personale di custodia (che dunque potrà vigilare solo all'esterno), ma anche allo sguardo degli altri detenuti e dei loro familiari.
- 3) Considerata l'eventualità di una declinazione sessuale dell'incontro, gli unici soggetti ammessi al colloquio sono il coniuge, la parte dell'unione civile o la persona stabilmente convivente del detenuto³⁷.
- 4) Viste le probabili difficoltà iniziali nel reperire spazi idonei ove effettuare i colloqui intimi, dovrà essere data priorità a quei detenuti che non usufruiscano di permessi premio (sempre che ciò non dipenda da ragioni ostative anche all'esercizio dell'affettività intramuraria)³⁸.
- 5) L'ammissione al colloquio riservato rientra nella competenza del direttore dell'istituto, come stabilito per i permessi di colloquio in genere (art. 18 co. 10 o.p. e art. 37 co. 1 e 2 d.P.R. n.

³⁶ Corte cost., sentenza del 26 gennaio 2024, n. 10, § 4.4.1.

³⁷ A tal proposito v. le considerazioni svolte *supra*, par. 4.2.

³⁸ Tale criterio di priorità, previsto dall'art. 19, comma 6, del d.lgs. n. 121 del 2018 riguardo al detenuto minorenni «può estendersi» – dice la Corte – «alla disciplina del detenuto adulto, analoga essendo la *ratio* di sussidiarietà dell'affettività *intra moenia* rispetto a quella più fisiologicamente esprimibile "fuori le mura"».

230/2000)³⁹. Per l'imputato decide l'autorità giudiziaria che procede, fino alla pronuncia della sentenza di primo grado; dopodiché la competenza spetta al direttore. Sono ostative all'ammissione al colloquio riservato non solo le «ragioni di sicurezza» ma anche l'«esigenza di mantenimento dell'ordine e della disciplina» e i «fini giudiziari» per gli imputati. Più specificamente, dunque, si dovrà tener conto non soltanto della «pericolosità sociale» del detenuto, ma anche della «irregolarità della condotta» e dei «precedenti disciplinari». Come precisano gli stessi giudici costituzionali, i parametri appena citati dovranno entrare a far parte di «una valutazione complessiva». Ciò significa che non sarà sufficiente fare riferimento ad una qualsiasi manifestazione di pericolosità sociale o irregolarità della condotta ma, tanto l'Amministrazione, quanto il Magistrato di Sorveglianza in sede di reclamo dovranno motivare puntualmente sull'incidenza negativa della pericolosità residua, dell'illecito disciplinare o della condotta concretamente tenuta sulla possibilità di fruire del colloquio privo di controllo a vista⁴⁰.

- 6) L'ambito applicativo della sentenza in esame non si estende ai regimi detentivi speciali, né quello di cui all'art. 41-*bis* o.p., né il regime di sorveglianza speciale. L'esclusione dei soggetti sottoposti al regime di cui all'art. 41-*bis* o.p. si comprende in ragione dei presupposti che giustificano l'applicazione del regime, che rendono senz'altro preminenti le esigenze di sicurezza, e delle peculiari modalità di svolgimento dei colloqui *de visu* che il legislatore ha previsto, imponendo oltre al controllo visivo quello auditivo e la videoregistrazione degli stessi (art. 41-*bis*, comma 2 quater, lett. b, o.p.)⁴¹. Per quanto riguarda i detenuti sottoposti al regime di sorveglianza speciale, invece, parte della dottrina stigmatizza la loro esclusione a priori, senza alcuna possibilità di valutare in concreto «la compatibilità tra la particolare pericolosità sociale che ha legittimato l'applicazione del provvedimento di sorveglianza particolare e la possibilità di svolgere in maniera inoffensiva un colloquio senza controllo a vista»⁴².
- 7) Infine, per quanto concerne i detenuti c.d. ostativi – chiarisce la Corte – «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». È pur vero, però, che il legislatore ha previsto un controllo più stringente sugli incontri di tali soggetti⁴³, il che impone una più rigorosa valutazione dei presupposti di ammissione all'esercizio dell'affettività intramuraria.

³⁹ I. Giugni, *Diritto all'affettività delle persone detenute: la Corte costituzionale apre ai colloqui intimi in carcere*, in *Sistema penale*, www.sistemapenale.it, 2024, par. 7, ritiene che sarebbe preferibile riservare la decisione circa la possibilità di fruire dei colloqui intimi al Magistrato di Sorveglianza. Invero, lasciare la decisione al direttore – che è lo stesso soggetto che delibera le sanzioni disciplinari e presiede il consiglio di disciplina, potrebbe risultare inopportuno per evidenti ragioni di garanzia e si potrebbe correre il rischio di trasformare questa novità in uno strumento di disciplinamento.

⁴⁰ In tal senso R. De Vito, *Frammenti di un nuovo discorso amoroso: la Corte costituzionale n. 10 del 2024 e l'affettività in carcere*, in *Questione giustizia*, www.questionegiustizia.com, 2024, par. 4.

⁴¹ Sul tema, di recente, cfr. Cass. pen., sez. I, 27 settembre 2022, n. 3035, in *Foro italiano*, 2023, II, pp. 354 ss., con nota di A. Menghini.

⁴² Così R. De Vito, *Frammenti di un nuovo discorso amoroso*, cit., par. 4.

⁴³ L'art. 37 co. 8 del d.P.R. n. 230 del 2000 stabilisce infatti che «[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, il numero di colloqui non può essere superiore a quattro al mese», contro i sei colloqui ordinariamente previsti.

5. Dai principi alla prassi: il rischio di possibili resistenze all'inveramento del diritto all'affettività e alla sessualità delle persone recluse

Non resta che attendere la traduzione in essere, certamente impegnativa ma anche irrinunciabile, del diritto inviolabile all'affettività e alla sessualità delle persone detenute.

Appaiono indubbiamente incoraggianti le parole del capo del DAP Giovanni Russo, il quale, sentito il 21 febbraio dalla Commissione Giustizia alla Camera, ha espresso l'impegno e la piena volontà del DAP di dare attuazione al *dictum* della Corte costituzionale. Del resto, in passato, non sono mancati esempi virtuosi di Amministrazioni che, attraverso autonome scelte gestionali, si sono mosse nel senso di implementare il diritto all'affettività *intramoenia*. Lo dimostrano prassi sperimentali in atto già da alcuni anni come quella delle "stanze dell'affettività" nella Casa di Reclusione di Milano-Opera⁴⁴ o il M.A.MA (Modulo per l'Affettività e la Maternità) presso la Casa Circondariale femminile di Rebibbia⁴⁵. Analogamente, per consentire nel più breve tempo possibile alle persone detenute di esercitare il loro diritto all'affettività e alla sessualità, una prima sperimentazione era stata annunciata nel carcere Due Palazzi di Padova, ove l'intenzione era quella di svolgere i colloqui intimi in appositi container o prefabbricati posizionati in alcune aree verdi del cortile⁴⁶. Simili iniziative sono più che coerenti con la pronuncia costituzionale in commento, la quale si rivolge *in primis* all'Amministrazione penitenziaria, in tutte le sue articolazioni, centrali e periferiche, inclusi i direttori dei singoli istituti.

Di diverso avviso sembra però essere l'Esecutivo: il sottosegretario alla Giustizia Andrea Ostellari, infatti, ha precisato che «non esiste alcuna autorizzazione specifica riguardante la Casa di Reclusione Due Palazzi di Padova o altro istituto in Italia a proposito delle cosiddette stanze dell'amore» e che sarà costituito un apposito tavolo di lavoro per approfondire la questione, ritenendosi indispensabile un coordinamento a livello centrale da parte del DAP⁴⁷. Lungi dall'accogliere l'invito della Consulta ad un'azione combinata e sinergica, frenando le iniziative delle singole direzioni, il Governo sembra voler ulteriormente ritardare l'inveramento di un diritto già a lungo "sommerso"⁴⁸ e che, finalmente

⁴⁴ Si tratta di spazi che riproducono l'ambiente domestico ove i nuclei familiari più sofferenti, selezionati ogni anno dai funzionari giuridico-pedagogici e autorizzati dalla direzione, possono trascorrere la giornata insieme al riparo da un controllo visivo diretto da parte del personale di custodia ma sorvegliati comunque da alcune microtelecamere installate all'interno dei locali. Cfr. A. Maturo, *Stanze dell'amore in carcere: la situazione in Italia e nel mondo*, in <https://www.studiocataldi.it/articoli/28895-stanze-dell-amore-in-carcere-la-situazione-in-italia-e-nel-mondo.asp>.

⁴⁵ Si tratta di uno dei quattro progetti presentati dall'architetto Renzo Piano, assieme a quelli di Padova, Milano e Siracusa, inseriti nell'ambito del programma "G124 anno 2019", promosso in collaborazione con il DAP e il Ministero della Giustizia, per la realizzazione di unità abitative in cui svolgere gli incontri tra i detenuti e i rispettivi familiari. Per maggiori informazioni sia sul M.A.MA che sulle altre proposte avanzate cfr. F. Giofrè e P. Posocco (a cura di), *Donne in carcere. Ricerche e progetti per Rebibbia*, Siracusa, 2020.

⁴⁶ Cfr. l'intervista di A. D'Este a Ornella Favero, direttrice di *Ristretti orizzonti*, in *Corriere del Veneto*, https://corrieredelveneto.corriere.it/notizie/padova/cronaca/24_febbraio_23/padova-in-carcere-arrivano-le-stanze-dell-amore-per-i-colloqui-intimi-i-primi-in-italia-aspettiamo-da-25-anni-5e41494b-6485-400a-85f8-5bf2bec31xlk.shtml.

⁴⁷ Cfr. https://www.ansa.it/sito/notizie/cronaca/2024/02/23/ostellari-non-ce-autorizzazione-per-stanze-dellamore_240b253b-77d8-46fe-843e-09706950405a.html.

⁴⁸ Questa la definizione adottata in dottrina per descrivere quelle posizioni giuridiche soggettive di vantaggio non espressamente previste dalla legge che, però, in quanto dotate di copertura costituzionale, dovrebbero trovare esplicito riconoscimento nel diritto positivo; cfr. S. Talini, *L'affettività ristretta*, cit., par. 1.

tornato a galla grazie alla Consulta, rischia di essere nuovamente negato nella prassi.

Se, da una parte, può comprendersi l'esigenza di un coordinamento a livello nazionale che garantisca l'uniforme esercizio del diritto all'affettività, evitando particolarismi e differenziazioni a livello locale; d'altra parte, l'avvio di una sperimentazione in alcuni istituti non può che essere accolta con favore. Il via libera agli incontri intimi in talune realtà del territorio costituirebbe un'occasione per dimostrare che lo svolgimento di tali colloqui può avvenire senza pregiudizio per le esigenze di difesa sociale, superando – si spera – le resistenze culturali e ideologiche che si frappongono all'inveramento del diritto all'affettività e alla sessualità dei ristretti. Inoltre, l'esempio virtuoso di alcuni istituti fungerebbe da modello replicabile in altri penitenziari.

La stessa Corte costituzionale, consapevole dei limiti dell'attuale sistema penitenziario, ammette un'attuazione graduale del diritto. Per la medesima soluzione "gradualista" aveva optato, in occasione degli Stati generali sull'esecuzione penale⁴⁹, il Tavolo 6, coordinato da Rita Bernardini, chiamato ad occuparsi di affettività e territorializzazione della pena, che aveva proposto l'introduzione di visite prolungate da svolgersi in unità abitative appositamente attrezzate all'interno degli istituti penitenziari, non soggette a controllo visivo e auditivo. Si prevedeva un avvio sperimentale in cinquanta istituti penitenziari, e comunque almeno uno per Regione, entro sei mesi dall'entrata in vigore della modifica di legge. Entro un anno la sperimentazione si sarebbe dovuta estendere ad ulteriori cinquanta istituti ed entro due anni a tutti i rimanenti. È interessante notare che gli esperti che avevano lavorato a tale proposta, avevano anche condotto uno studio sulla disponibilità di spazi per garantire il diritto alle visite intime. Dall'analisi era emerso come, almeno nel 50% degli istituti italiani, fossero presenti aree utili per collocare le unità abitative dove svolgere i colloqui riservati, o attraverso la ridefinizione di spazi già esistenti, oppure attraverso l'installazione di prefabbricati in zone esterne. Dunque, se è evidente che sarà indispensabile realizzare interventi di edilizia penitenziaria in certe realtà, è altrettanto vero che, laddove siano già individuabili spazi idonei per garantire il diritto all'intimità, l'Amministrazione avrebbe il potere e il dovere di dare esecuzione ai principi enunciati dalla Corte costituzionale.

Ricordiamo, da ultimo, che la situazione di stallo che si è venuta a creare all'indomani della pronuncia della Consulta, ledendo un diritto fondamentale del detenuto, legittima quest'ultimo ad esperire il reclamo preventivo di cui all'art. 35-*bis* o.p. Per questa via, dunque, la Magistratura di Sorveglianza sarebbe attivamente chiamata a contribuire all'inveramento del diritto all'affettività della persona detenuta.

Non si può infatti ignorare il carattere urgente, tassativo e immediatamente effettivo della sentenza costituzionale n. 10 del 2024, pena la caduta in quella che Bricola definiva «effettività rinnegante»⁵⁰, ovvero la tendenza del sistema penitenziario a sconfessare sé stesso al momento dell'applicazione pratica.

⁴⁹ Comitato di esperti incaricato di predisporre le linee di azione per lo svolgimento della consultazione pubblica sulla esecuzione della pena, istituito dal Ministro della Giustizia con D.m. 8 maggio 2015. I lavori delle singole commissioni e la Relazione finale sono disponibili in www.giustizia.it.

⁵⁰ F. Bricola, *Introduzione* in F. Bricola (a cura di), *Il carcere "riformato"*, Bologna, 1977, 2, ora in Id., *Scritti di diritto penale*, vol. I, tomo II, Milano, 1997, 1227.