

Le nuove dimensioni del diritto all'affettività nell'esecuzione penale

The new dimensions of the right to affectivity in the execution of sentences

Anna Pirozzoli

Ordinario di Istituzioni di diritto pubblico
nell'Università degli Studi di Roma "Unicusano"

Sommario: 1. Premessa - 2. Lo spazio costituzionale del diritto all'affettività del detenuto - 3. La lunga attesa e (alla fine) la scelta della Corte costituzionale nella sentenza n. 10/2024 - 4. Conclusioni. Sull'effettiva applicabilità del principio nel rinvio alle amministrazioni penitenziarie.

ABSTRACT

Il diritto all'affettività nell'esecuzione penale rappresenta un aspetto essenziale della dignità e dell'espressione della personalità dei detenuti, e trova un chiaro fondamento giuridico negli artt. 2, 3, 13, 27 Cost., e nell'art. 8 CEDU, oltre ad alcune norme dell'ordinamento penitenziario. Tuttavia, la declinazione dell'affettività intramuraria, per cui anche della sessualità, risultava limitata dal controllo a vista del personale di custodia, almeno sino alla sentenza n. 10/2024 con cui la Corte costituzionale, tramite una pronuncia "additiva di principio", ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 18 dell'ordinamento penitenziario 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.

The right to affectivity in the execution of sentences represents an essential aspect of the dignity and expression of the personality of prisoners, and finds a clear legal basis in Articles 2, 3, 13, 27 of the Constitution, and in Article 8 ECHR, as well as in certain provisions of the prison regulations. However, the declination of intra-custodial affectivity, and therefore also of sexuality, was limited by the custodial staff's on-sight control, at least until sentence No. 10/2024 with which the Constitutional Court, through an "additive ruling of principle", declared the constitutional illegitimacy of Art. 18 of the prison regulations in so far as it does not provide that the detained person may be allowed

to conduct interviews with his spouse, the party to the civil partnership or the person living with him on a stable basis, without the custody staff's visual supervision.

1. Premessa

Il diritto all'affettività del detenuto ha rappresentato per la Corte costituzionale un incompiuto giuridico per oltre un decennio, almeno dalla sentenza n. 301/2012 Corte cost. in cui, pur dichiarando inammissibile la questione di legittimità costituzionale, la Corte evidenziava l'esigenza di un intervento legislativo per un "problema che merita ogni attenzione da parte del legislatore"¹.

La valenza monitoria della sentenza del 2012 è stata tuttavia ignorata dal legislatore che, quindi, non ha dato seguito alle sollecitazioni dei giudici costituzionali² imponendo – anni dopo – un intervento di tipo additivo (più

¹ Sentenza Corte costituzionale, 11 dicembre 2012, n. 301/2012, disponibile sul sito istituzionale della Corte costituzionale www.cortecostituzionale.it: «Si tratta di un problema che merita ogni attenzione da parte del legislatore, anche alla luce dalle indicazioni provenienti dagli atti sovranazionali richiamati dal rimettente (peraltro non immediatamente vincolanti, come egli stesso ammette) e dell'esperienza comparatistica, che vede un numero sempre crescente di Stati riconoscere, in varie forme e con diversi limiti, il diritto dei detenuti ad una vita affettiva e sessuale intramuraria: movimento di riforma nei cui confronti la Corte europea dei diritti dell'uomo ha reiteratamente espresso il proprio apprezzamento, pur escludendo che la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali – e in particolare, gli artt. 8, paragrafo 1, e 12 – prescrivano inderogabilmente agli Stati parte di permettere i rapporti sessuali all'interno del carcere, anche tra coppie coniugate». Su cui C. RENOLDI, *Il diritto all'affettività delle persone detenute: la parola alla Corte costituzionale*, in *Quest. Giust.*, 4/2012, pp. 215 ss.

² Sul tema del mancato seguito ai moniti della Corte costituzionale cfr. G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale, II. Oggetti, procedimenti, decisioni*, Il Mulino, Bologna, 2018, pp. 251 ss. N. ZANON, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, in *Federalismi.it*, n. 3/2021, pp. 86 ss.; M. Luciani, *Ogni cosa al suo posto*, Giuffrè, Milano, 2023, pp. 185 ss.. Di un *flatus vocis* parla A. SPADARO, *Involuzione – o evoluzione? – del rapporto fra Corte costituzionale e legislatore (notazioni ricostruttive)*, in *RivistaAic*, n. 2/2023, pp. 112 ss.: «È innegabile che tali decisioni, visto l'organo da cui provengono, in astratto dovrebbero influire pesantemente sull'operato del Parlamento, ma in concreto l'esperienza storica ci dice invece che quasi sempre i moniti della Corte hanno costituito semplici *flatus vocis*. Bisogna dunque riconoscere che la forza "giuridica" di tali decisioni – o se si preferisce, l'"effettività" del seguito legislativo di tali pronunce – è assai modesta, se non nulla. Ne consegue che le sentenze-monito possono avere, tutt'al più, effetti politico-persuasivi, ma non possono essere considerate giuridicamente vincolanti».

precisamente “additivo di principio”³) che obbliga a riflettere, in una prospettiva sostanziale, sulla “scelta” di principio effettuata; ed in una prospettiva processuale, sull’opportunità (o forse necessità) della tecnica decisoria applicata dalla Corte in considerazione dell’importanza costituzionale del tema trattato, dei tempi di inerzia del Parlamento, e del ruolo del giudice costituzionale.

Il contesto in cui il giudice costituzionale si è trovato a dover determinare la nuova disciplina normativa sull'affettività dei detenuti interessa, come è chiaro, la tutela della dignità dell'uomo e la garanzia di quel “volto costituzionale” della pena⁴, già richiamato nella sentenza n. 369/1988 Corte cost., ed ora esplicitamente rievocato nella sentenza n. 10/2024.

2. Lo spazio costituzionale del diritto all'affettività del detenuto

La pretesa giuridica di un riconoscimento del diritto all'affettività nell'esecuzione penale si fonda innanzitutto sul dettato costituzionale a cui fa riferimento, peraltro, la normativa sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà contenuta nella legge n. 354 del 1975. In apertura della normativa si dichiara che il trattamento penitenziario deve essere conforme a umanità e deve assicurare il rispetto della dignità della persona, evidenziando una coerenza indiscutibile con il dettato costituzionale (almeno) degli artt. 2, 3, 13, 27 co. 3 Cost., e con l'art. 8 CEDU, con riferimento in particolare al rispetto della vita privata e familiare.

Il fine rieducativo del trattamento carcerario passa proprio per il rispetto della dignità dell'uomo che rappresenta il principio posto a fondamento dell'art. 27 Cost., per cui le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato⁵.

³ Recentemente A. RUGGERI, *Un rebus irrisolto (e irrisolvibile?): le flessibilizzazioni dei testi di legge per il tramite della giurisprudenza costituzionale che appaiono essere, a un tempo, necessarie e... impossibili (appunti per uno studio alla luce delle più recenti esperienze)*, in *Dirittifondamentali.it*, 3/2023, pp. 318 ss.

⁴ Su cui, particolarmente, A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in *RivistaAic*, n. 2/2014, pp 4 ss.

⁵ Sulle implicazioni del principio rieducativo v. A. ABUKAR HAYO, *Il principio costituzionale della finalità rieducativa della pena e il diritto penale del nemico. Un possibile paradosso nelle relazioni internazionali tra gli Stati*, in *Pen. Dir. e Pro.*, 22 aprile 2021, n. 2/2021, pp. 6 ss. Inoltre, nella ricca letteratura sul principio costituzionale v. M. D'AMICO, *Commento all'art. 27 Cost.*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. I, Utet, Torino, 2006, pp. 563

La stessa Corte costituzionale, già con la sent. n. 313/1990 suggerì una prima rilettura della “concezione polifunzionale classica” della pena⁶, ponendo la finalità rieducativa come parte integrante della legittimazione e della funzione della pena stessa, essendo dimostrato che “la necessità costituzionale che la pena debba <tendere> a rieducare, lungi dal rappresentare una mera generica tendenza riferita al solo trattamento, indica invece proprio una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico, e l’accompagnano da quando nasce, nell’astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue”. Pur riconoscendo, nella sua giurisprudenza successiva (ad esempio nella sentenza n. 183/2011 Corte cost.), che la valenza rieducativa non è l’unica che l’ordinamento assegna alla sanzione penale, ravvisando dunque l’opportunità di un bilanciamento nelle scelte di politica criminale del legislatore tra le diverse finalità della pena⁷, la Corte costituzionale non rinuncia a ribadire la necessità di una umanizzazione delle pene nel rispetto di quel principio di “civiltà giuridica” che discende dagli artt. 2 e 27 co. 3 Cost⁸.

Del resto, nel dettato costituzionale trova spazio l’affermazione del diritto all’affettività come una delle declinazioni della personalità del detenuto, tutelata anche in forza del principio della pari dignità sociale, garantita a tutti dall’art. 3 Cost. e dunque anche alle persone in stato di detenzione⁹. Ed anche la Corte

ss. Sulla funzione della pena M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Editoriale Scientifica, Torino, 2002.

⁶ Cfr. F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XIX, 1973, pp. 82 ss.; M. DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 79 ss.; G. FIANDACA, *Scopi della pena tra comminazione edittale e commisurazione giudiziale*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, ESI, Napoli, 2006, pp. 133 ss.; A. PAGLIARO, *Pluridimensionalità della pena*, in *Il problema della rieducazione del condannato*, Cedam, Padova, 1964, pp. 325 ss.

⁷ Su cui M. DOVA, *Pena prescrittiva e condotta reintegratoria*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 6: «Salvo il parziale scarto dalla concezione polifunzionale avviato dalla sentenza 313/1990, che ha affermato, quanto meno formalmente [...], il primato della prevenzione speciale, la Corte costituzionale, nel ritenere agnosticamente che non sia possibile stabilire a priori una gerarchia “statica ed assoluta” tra le differenti finalità della pena, lascia alle scelte di politica criminale del legislatore la facoltà di far prevalere, “nei limiti della ragionevolezza”, l’una o l’altra delle finalità della pena “a patto che nessuna di esse risulti obliterata”».

⁸ A riguardo v. S. MAGNANENSI, E. RISPOLI, *La finalità rieducativa della pena e l’esecuzione penale*, disponibile nella sezione Studi del sito istituzionale della Corte costituzionale, www.cortecostituzionale.it.

⁹ Su cui G.M. FLICK, *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale*, in *Diritto e società*, 1/ 2012, p. 188: «Anche per la persona detenuta vale il principio della pari dignità sociale, che l’art. 3 della Costituzione garantisce a tutti. Il carcere è una formazione sociale – per quanto coattiva e, tendenzialmente, totalizzante – nella quale, come dice l’art. 2 della Costituzione, i diritti fondamentali devono essere riconosciuti e garantiti, compatibilmente con la restrizione della

Suprema di Cassazione, a partire dal 2014¹⁰, ha espressamente riconosciuto nel mantenimento delle relazioni affettive familiari un diritto soggettivo la cui tutela è da considerarsi essenziale nel corso del trattamento carcerario, nel rispetto di quanto sancito dall' art. 13, comma 2, Cost.

Il significato del diritto all'affettività ha subito nel corso degli anni la sua (non eclatante) evoluzione, ora irrobustita con la sentenza n. 10/2024 Corte cost., scandita peraltro dalle (già datate) Raccomandazioni degli organismi sovranazionali che hanno incoraggiato il riconoscimento del diritto dei detenuti ad una completa vita affettiva. Si tratta in particolare della 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 della Raccomandazione n. 2003/2188 (INI), sui diritti dei detenuti nell'Unione europea, adottata dal Parlamento europeo il 9 marzo 2004 (punto 1, lettera c), in cui già si sottolineava la necessità di riconoscere il diritto ad una vita affettiva e sessuale prevedendo misure e luoghi appositi¹¹. In modo ancora più puntuale la successiva Raccomandazione R. (2006) sulle Regole penitenziarie europee, adottata dal Comitato dei ministri l'11 gennaio 2006, prevede, con la regola n. 24.4, evidenziava che "le modalità delle visite devono permettere ai detenuti di mantenere e sviluppare relazioni familiari il più possibile normali"¹², modalità di svolgimento dell'esecuzione penale analogamente espresse anche dalle Regole 23, 26 e 28, adottate dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 21 dicembre 2010.

Il diritto all'affettività - anche in termini di sessualità dei detenuti - trova inoltre affermazione nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (art. 8) e nella giurisprudenza CEDU¹³. La Corte europea dei diritti dell'uomo, infatti, richiamando gli ordinamenti europei che già riconoscono ai detenuti spazi più o meno ampi di espressione dell'affettività intramuraria, inclusa la sessualità¹⁴, ha

libertà personale; e devono coniugarsi con i doveri (di chi è dentro, e di chi sta fuori) di solidarietà sociale».

¹⁰ Cass. pen., Sez. I, 18 dicembre 2014, n. 52544/2014.

¹¹ Su cui S. TALINI, *L'affettività ristretta*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2015, pp. 1 ss.

¹² *Recommendation Rec(2006)2-rev of the Committee of Ministers to member States on the European Prison Rules*, consultabile nel sito del Consiglio d'Europa all'indirizzo www.coe.int.

¹³ Su cui cfr. M. E. SALERNO, *Affettività in carcere e diritto alle visite familiari. A Strasburgo, tra affermazioni di principio e tutela effettiva*, in *Giurisprudenza penale web*, 2-bis/2019, pp. 4 ss.

¹⁴ Si pensi alle *comunicaciones íntimas* disciplinate dal Real Decreto 190/1996, del 9 febbraio 1996, Regolamento Penitenziario; alle *unités de vie familiale* francesi; alle visite di lunga durata (*Langzeitbesuche*) ammesse dalla legislazione penitenziaria di molti *Länder* tedeschi. A riguardo è

ritenuto il suddetto orientamento legislativo conforme alla tutela dei diritti e delle libertà previsti dalla Convenzione, non escludendo che il singolo ordinamento possa rifiutare l'accesso alle visite coniugali - quando, ad esempio, ciò sia giustificato da obiettivi di prevenzione del disordine e del crimine¹⁵ - richiedendo tuttavia un test di proporzionalità della restrizione carceraria, ossia un *fair balance* tra gli interessi pubblici e privati coinvolti (caso *Dickson c. Regno Unito*)¹⁶. Tale bilanciamento, dunque, resta appannaggio del legislatore nazionale il cui *wide margin*¹⁷ risulta, tuttavia, non illimitato in quanto "*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*"¹⁸.

La normativa penitenziaria italiana si dimostra particolarmente carente rispetto al diritto all'affettività¹⁹, la cui locuzione non compare esplicitamente tra le norme sull'ordinamento penitenziario del 1975, emergendo solo un richiamo testuale nell'art. 30-ter alla possibilità di "coltivare interessi affettivi",

interessante lo studio di natura comparatistica di V. 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 *Giur. pen.*, 2019, pp. 2 ss. Sul diritto all'affettività in Francia v. almeno A. DELLA BELLA, *Riconoscimento del diritto all'affettività delle persone detenute: uno sguardo all'esperienza francese*, in www.giustizia.it.

¹⁵ Si veda il caso *Aliev c. Ucraina*, ric. n. 41220/98, 29 aprile 2003, su cui le osservazioni di F. BUFFA, *Le "visite intime" ai carcerati in 5 sentenze della CEDU*, in *Questione Giustizia*, 20 febbraio 2024.

¹⁶ Sulla pronuncia CEDU, *Dickson c. Regno Unito*, ric. n. 44362/04, 18 aprile 2006, e sulla giurisprudenza della Corte di Strasburgo in argomenti cfr. S. PENASA, *La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo di fronte al fattore scientifico: analisi della recente giurisprudenza in materia di procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria di gravidanza*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3 maggio 2013, pp. 1 ss.

¹⁷ P. TANZARELLA, *Il margine di apprezzamento*, in M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione*, Il Mulino, Bologna, 2007, pp. 149 ss; R.ST.J. MACDONALD, *The margin of appreciation in the jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in *Collected Courses of the Academy of European Law*, 1992, pp. 95 ss; Y. ARAI-TAKAHASHI, *The defensibility of the margin of appreciation doctrine in the ECHR: value-pluralism in the European integration*, in *Revue Européenne de Droit Public*, 2001, pp. 1162 ss.

¹⁸ CEDU, *Grande Camera, Khoroshenko c. Russia*, ric. n. 41418/04, 30 giugno 2015. In argomento M. E. SALERNO, *op. cit.*, pp. 15-17.

¹⁹ A. PUGIOTTO, *Della castrazione di un diritto. La negazione della sessualità in carcere come problema di legalità costituzionale*, in *Giurisprudenza Penale*, 2bis/2019, p. 31, secondo il quale «non c'è incompatibilità tra esercizio della sessualità inframuraria e regime penitenziario né esistono insuperabili difficoltà di ordine operativo per rendere tutto questo possibile. Semmai, sopravvivono forti resistenze – ideologiche e culturali – all'introduzione di una sua disciplina costituzionalmente orientata, ripetutamente espresse attraverso prevedibilissimi argomenti contrari. Alcuni giocano su facili ironie di sicura presa nel distratto e disinformato dibattito pubblico».

limitatamente dunque alla concessione dei permessi premio. Si tratta di uno spazio per l'espressione dell'affettività decisamente molto limitato, sia poiché resta un "privilegio" per coloro che hanno i requisiti per godere dei permessi premio - generando una forma diseguaglianza tra detenuti - sia poiché includendo nel diritto all'affettività anche l'esercizio della sessualità in una dimensione extra muraria, nega di fatto la dimensione intramuraria della sessualità²⁰. Questa limitazione contrasta senz'altro con il dettato degli artt. 2, 13 co. 1, 27 co. 3, 32 co. 1 e 2 Cost., e con l'orientamento della giurisprudenza costituzionale risalente già al 1987 in cui si affermava che la sessualità è 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"²¹.

Finché la sessualità del detenuto viene considerata come un aspetto secondario (talvolta un tabù²²) nel contesto delle espressioni affettive del detenuto, consentendone la limitazione come se fosse una punizione necessaria per chi si trova in un regime detentivo²³, si corre il rischio di delineare una "castità forzata"²⁴ che indebolisce il riconoscimento di una posizione soggettiva del

²⁰ M. P. IADICICCO, *Detenzione e "nuovi" diritti. Il controverso inquadramento delle istanze connesse all'affettività e alla sessualità nell'esecuzione penale*, in *BioLaw Journal*, 4/2022, pp. 163 ss.

²¹ Sentenza n. 561/1987 Corte cost., disponibile sul sito istituzionale della Corte costituzionale www.cortecostituzionale.it.

²² G. MOSCATELLI, *Il tabù del sesso in carcere torna dinanzi alla Corte costituzionale*, in *Arch. Pen.*, 1/2023, pp. 1 ss.

²³ A riguardo è opportuno richiamare l'osservazione della Corte di cassazione nella sentenza n. 1553 del 1992, in cui ha affermato che "l'ordinamento penitenziario esclude, per i detenuti, la facoltà di rapporti sessuali, anche fra persone unite in matrimonio, nel carcere. 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".

²⁴ A. SOFRI, *Note sul sesso degli uomini prigionieri*, in F. CERAUDO, A. SOFRI (a cura di), *Ferri battuti*, Pisa, Archimedia, 1999, p. 96.

detenuto²⁵, e per nulla concorda con il fine rieducativo della pena e con la tutela della dignità²⁶.

3. La lunga attesa e (alla fine) la scelta della Corte costituzionale nella sentenza n. 10/2024

L'inerzia del legislatore²⁷, insieme al disallineamento dell'ordinamento italiano rispetto allo scenario normativo internazionale e all'orientamento della giurisprudenza europea, ha imposto una scelta della Corte costituzionale che, con la sentenza n. 10/2024, ha tracciato il nuovo corso del diritto all'affettività del detenuto. La sentenza si dimostra di particolare rilevanza per l'aspetto sostanziale, certamente, nondimeno per quello relativo alla natura dell'atto con cui il giudice costituzionale ha cambiato il corso dell'espressione della sessualità nella condizione detentiva.

Con riferimento al profilo sostanziale la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 18 dell'ordinamento penitenziario nella parte in cui 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 non ostino ragioni di sicurezza o esigenze di mantenimento dell'ordine e della disciplina, né, riguardo all'imputato, ragioni giudiziarie, tenuto conto del comportamento della persona detenuta in carcere. Secondo la Consulta il presupposto interpretativo presente nell'ordinanza del Magistrato di Sorveglianza di Spoleto risulta corretto²⁸, pertanto, il carattere di absolutezza della prescrizione del controllo visivo – senza

²⁵ Sulla necessità di non disconoscere le posizioni soggettive di coloro che sono soggetti a restrizione della libertà personale cfr. sentenza n. 26/1999 Corte cost., disponibile sul sito istituzionale della Corte costituzionale www.cortecostituzionale.it: "l'idea che la restrizione della libertà personale possa comportare per conseguenza 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 e dei suoi diritti".

²⁶ G. SILVESTRI, *La dignità umana dentro le mura del carcere*, in *RivistaAic*, 2/2014, p. 4.

²⁷ Per completezza è opportuno richiamare almeno un intervento normativo - il d. lgs. 123 del 2018 - tuttavia insufficiente rispetto all'esigenza di intimità del colloquio sollecitata, prevedendo solo 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".

²⁸ Un'analisi dettagliata dell'ordinanza del Magistrato di Sorveglianza di Spoleto è in F. MARTIN, *Carcere e sessualità: nuovi spiragli costituzionali*, in *Giurisprudenza penale web*, 1/2023, pp. 6 ss.; A. MENGHINI, *Affettività e sessualità in carcere: una questione di dignità*, in *Dir. Pen. Proc.* 9/2023, pp. 1190 ss.

alcuna eccezione - espone la disposizione censurata ad un giudizio di irragionevolezza per difetto di proporzionalità²⁹.

I parametri costituzionali considerati violati al termine del giudizio sono l'art. 3, l'art. 27 terzo comma e l'art. 117 primo comma in relazione all'art. 8 CEDU. Il richiamo puntuale ai singoli profili di incostituzionalità, e direi anche di ricognizione riepilogativa rispetto a quanto già sollevato ma non ammesso in questioni precedentemente presentate alla Corte, evidenzia la volontà di esporre con chiarezza le ragioni giuridiche ed i profili costituzionali che supportano la decisione. Come è stato rilevato, infatti, i giudici non si sono limitati ad esaminare il primo degli articoli, che da solo avrebbe potuto assorbire le ragioni d'invalidità³⁰, argomentando, invece, i singoli profili di irragionevolezza rilevati.

Il primo dei profili riguarda il principio di eguaglianza, poiché il controllo a vista sullo svolgimento del colloquio del detenuto rappresenta una compressione sproporzionata e un sacrificio irragionevole della dignità della persona, dunque, una violazione dell'art. 3 Cost. Aspetto peraltro già rievocato in precedenza nella pronuncia n. 26 del 1999 (espressamente citata nella sentenza del 2024) ove si afferma che la condizione di detenzione non può comportare uno svuotamento della dignità della persona, tutelata costituzionalmente soprattutto quando si è in presenza di una precarietà degli individui, derivante dalla mancanza di libertà. Si genera, inoltre, una doppia violazione della dignità, infatti, la lesione non riguarderebbe solo la dignità del detenuto, bensì anche quella della persona a questi legata da una relazione affettiva, vedendo allo stesso modo limitata la sua possibilità di coltivare e sviluppare il rapporto.

Inoltre, il sacrificio dell'intimità degli affetti risulterebbe contrario alla finalità rieducativa della pena, in violazione dell'art. 27 terzo comma Cost., risultando

²⁹ Cfr 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 web*, 2/2024, pp. 9 ss.

³⁰ Così 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*, 1/2024, p. 161: «la Corte si fa premura di argomentare punto per punto la violazione di alcuni parametri costituzionali (in particolare, degli artt. 3, 27, comma 3., e 117, comma 1., in relazione all'art. 8 CEDU), senza fermarsi al primo di essi, sufficiente al fine della dichiarazione d'invalidità, e tralasciando invece di pronunciarsi su altri. Questa insistita disamina si deve, dunque, verosimilmente al bisogno di dare in modo fermo e chiaro evidenza ai plurimi e gravi vulnera costituzionali di cui si rende responsabile la normativa portata alla cognizione della Consulta». Per un commento della pronuncia v. anche E. DE VITO, *Frammenti di un nuovo discorso amoroso: la Corte costituzionale n. 10 del 2024 e l'affettività in carcere*, in *Questione giustizia*, 5 febbraio 2024.

anzi controproducente rispetto all'obiettivo di risocializzazione preposto al termine dell'esecuzione della pena: la sottrazione di una porzione significativa di libera disponibilità del proprio corpo e dell'espressione della propria affettività determina inevitabilmente un indebolimento delle relazioni affettive, che possono giungere sino al raggiungimento di una "desertificazione affettiva" del detenuto.

Infine, l'ultima violazione riguarda l'art. 117 primo comma in relazione all'art. 8 CEDU, e riguarda la lesione del principio del rispetto della vita privata e familiare derivante, in particolare, dalla mancanza di proporzionalità tra il diritto negato (quello ai colloqui intimi) e le ragioni concrete di prevenzione del disordine e del crimine. Tale obiezione viene suffragata dal richiamo alla pronuncia *Leslax Wojcik v. Polonia* in cui la CEDU sostiene che "*The Court, like the Commission previously (...), has noted with approval the reform movements in several European countries to improve prison conditions by facilitating long-term (also called 'conjugal') visits. However, the Court has stressed that the refusal of such visits may be regarded as justified for the prevention of disorder and crime within the meaning of Article 8 § 2 of the Convention*"³¹.

Il contesto sostanziale va esaminato, peraltro, alla luce della tipologia decisoria della Corte, ossia una sentenza additiva di principio³². Originata dall'inerzia del legislatore, nonostante il monito del 2012, questo tipo di decisione consente ai giudici costituzionali di superare l'inattività del legislatore, fissando un principio cui il legislatore (quando vorrà attivarsi) dovrà attenersi, o cui potranno far riferimento direttamente i giudici nei casi concreti ed i direttori dei singoli istituti³³. In tale precisazione si percepisce tuttavia, da parte della Corte costituzionale, il dubbio (e forse la critica) che ancora una volta il legislatore possa

³¹ *Lesław Wójcik c. Polonia*, ric. n. 66424/09, 1° luglio 2021, consultabile nel sito del Consiglio d'Europa all'indirizzo www.hudoc.echr.coe.int. Per una lettura dell'art. 8 CEDU alla luce della giurisprudenza della Corte EDU si rinvia alla *Guida all'articolo 8 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo. Diritto al rispetto della vita privata e familiare, del domicilio e della corrispondenza*, elaborata dalla Cancelleria del Ministero della Giustizia e disponibile all'indirizzo www.giustizia.it.

³² A. ANZON, *Nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1992, pp. 3199 ss., G. PARODI, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Giappichelli, Torino, 1996; ID., *Le sentenze additive di principio*, in *Foro It.*, 1998, V, pp. 78 ss.

³³ Si veda, rispetto alla sent. n. 10/2024, I. GIUGNI, *Diritto all'affettività delle persone detenute: la Corte costituzionale apre ai colloqui intimi in carcere*, in *Sistema penale*, 2.2.2024. Più in generale, in tema di "additive di principio", "sentenze meccanismo", "sentenze-delega", e "additive a dispositivo generico" cfr. G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. Oggetti, procedimenti, decisioni*, Il Mulino, Bologna, 2018, p. 244.

non dar seguito alla sua pronuncia, sicché, pur assicurandogli il primato nel disciplinare in futuro la materia³⁴, anche stabilendo termini e condizioni diversi, si assicura che il principio possa essere attuato nell'immediato al fine di affrontare ogni esigenza riguardante l'esercizio dell'affettività intramuraria di ogni persona detenuta.

Se per un verso, così operando, il "nuovo principio" viene collocato in uno stato di salvaguardia che in nessun modo da ora in poi potrà essere ignorato o inattuato, per altro verso la formulazione di un'additiva di principio porta con sé alcune difficoltà applicative soprattutto quando il tema - come in questo caso - impone una serie di valutazioni rispetto alla complessità dei problemi operativi, che meriterebbero certamente uno sforzo legislativo adeguato. Per quanto apprezzabile la scelta di tale tecnica decisoria non eccessivamente invasiva del campo del legislatore da parte della Corte costituzionale che si "limita" ad introdurre un principio³⁵, permangono non poche difficoltà applicative, solo in parte mitigate dalla molteplicità dei destinatari (legislatore, giudici e

³⁴ Del resto, con la sentenza n. 301/2012 la Corte costituzionale aveva espresso la sua preferenza per l'azione del legislatore, dichiarando l'inammissibilità di una questione che richiedeva scelte discrezionali di esclusiva spettanza del legislatore. Tale atteggiamento decisivo conferma quel rispetto della Corte verso la sfera riservata al legislatore su cui cfr. P. CARNEVALE, *Tre variazioni sul tema dei rapporti Corte costituzionale-legislatore rappresentativo*, in *Nomos*, 3/2023, p. 12: «si può dire che l'inammissibilità per discrezionalità legislativa pronunciata dalla Corte in sede prima decisione, prima ancora che come una rinuncia-impedimento all'esercizio del proprio sindacato, vada letta soprattutto come espressione di una preferenza per l'azione del legislatore, i cui margini di scelta e di apprezzamento, assieme alla latitudine d'intervento, ne fanno lo strumento ottimale per offrire risposta al problema di costituzionalità sottoposto al giudice delle leggi. Onde, si potrebbe dire che attraverso il rispetto della sfera riservata al legislatore la Corte in realtà più che assumere un atteggiamento di deferenza nei confronti di quest'ultimo finisca per esprimere una deferenza verso la Costituzione».

³⁵ In questo senso A. SPADARO, *Involuzione – o evoluzione? – del rapporto fra Corte costituzionale e legislatore (notazioni ricostruttive)*, in *RivistaAic*, 2/2023, p. 119: «In breve – riproponendo la nota distinzione nomologica fra principi e regole – la Consulta riusciva a non sfuggire al quesito postole dai giudici a *quibus* limitandosi a indicare non una regola, ma un principio: questo, sì, inderogabile quale disciplina costituzionalmente necessaria (o a contenuto costituzionale minimo). In tal modo, ove la lacuna fosse stata reale, non avrebbe invaso il campo del legislatore (cui soltanto spetta "creare" la norma-regola), e – ove la lacuna fosse stata apparente – non avrebbe invaso il campo dei giudici (cui soltanto spetta di "trovare" la norma-regola). Essa, così, poneva solo un "principio" generale sulla futura produzione legislativa, in attesa dell'intervento con effetti erga omnes del legislatore, che aveva già tracciata, grazie al principio indicato dalla Corte sulla base della Costituzione, la via da percorrere». In senso critico, invece, C. SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto*, Giappichelli, Torino, 2000, pp. 137 ss.

amministrazioni penitenziarie)³⁶ che, scrive la Corte, con un'azione combinata potranno "accompagnare una tappa importante del percorso di inveroamento del volto costituzionale della pena".

4. Conclusioni. Sull'effettiva applicabilità del principio nel rinvio alle amministrazioni penitenziarie.

In questa prima fase, in ogni caso, le amministrazioni penitenziarie incarnano il ruolo da protagonista nell'attuazione dell'esercizio dell'affettività intramuraria. Ferme le indicazioni indirizzate al (futuro) legislatore relative all'adeguatezza della durata dei colloqui intimi, alla periodicità degli stessi - finalizzata a preservare la stabilità della relazione affettiva - e alla presenza di luoghi appropriati e opportunamente riservati, si rinvia al Direttore dell'istituto penitenziario la verifica della sussistenza del presupposto dello stabile legame affettivo.

Ecco che la *voluntas* della Corte rischia di scontrarsi con le difficoltà della realtà, soprattutto nelle more di una legislazione di dettaglio, innanzitutto per la discrezionalità che si assegna ai singoli istituti di valutare e gestire ogni singola situazione, generando inevitabilmente una disuguaglianza tra detenuti accolti in istituti strutturalmente dotati di infrastrutture sufficienti a garantire questo "nuovo diritto"³⁷, e detenuti (la maggior parte, si immagina, viste le condizioni di sovraffollamento delle carceri italiane)³⁸ accolti in strutture penitenziarie che necessitano di modifiche edilizie di un adeguamento³⁹.

³⁶ Sulle pronunce monodirezionali e pluridirezionali v. A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, VII ed., Giappichelli, Torino, 2022, pp. 2011 ss.; A. SPADARO, *op. ult. cit.*, p. 119.

³⁷ M. P. IADICICCO, *Detenzione e "nuovi" diritti. Il controverso inquadramento delle istanze connesse all'affettività e alla sessualità nell'esecuzione penale*, cit., pp. 156 ss.

³⁸ E. CAPPELLI, G. SURIANO (a cura di), *Analisi storica 2020-2024 sul sovraffollamento negli Istituti penitenziari. Studio dell'unità organizzativa "Privazione della libertà in ambito penale" dell'ufficio del Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale*, 17 gennaio 2024, disponibile all'indirizzo www.garantenazionaleprivatiliberta.it.

³⁹ A. RUGGERI, *Finalmente riconosciuto il diritto alla libera espressione dell'affettività dei detenuti (a prima lettura di Corte cost. n. 10 del 2024)*, cit., p. 162: «È da mettere, peraltro, in conto che si richiedano risorse finanziarie non esigue allo scopo, in ragione del numero – è da temere cospicuo – delle strutture di detenzione che potrebbero avere bisogno di interventi di edilizia a ciò specificamente dedicati. Insomma, incombente appare essere il rischio che il diritto di cui qui si discorre possa affermarsi a macchia di leopardo (direbbe il Poeta, "in una parte più e meno altrove"), con grave discriminazione di fatto tra i detenuti ed i loro cari (non si trascuri, infatti, anche la condizione di questi ultimi, cui espressamente ed opportunamente la decisione in esame presta attenzione)».

Inoltre, si genera un problema di natura politica, tant'è che già pochi giorni dopo la pubblicazione della sentenza del giudice costituzionale si è generato un primo contrasto tra il Sottosegretario alla Giustizia, Andrea Ostellari ed i promotori dell'iniziativa che prevede la creazione di piccoli prefabbricati mobili in un'area verde del cortile dell'istituto di pena "Due Palazzi" per permettere ai detenuti di condividere momenti di intimità⁴⁰. Secondo il Sottosegretario permane la necessità di un tavolo di lavoro per approfondire e affrontare la questione in maniera omogenea e coordinata, frenando le singole iniziative che pur la Corte costituzionale con la sentenza n. 10/2024 rende chiaramente legittime.

I dubbi ed i primi problemi sull'effettiva applicabilità immediata suggeriscono l'emergenza di un intervento legislativo puntuale, affinché la pronuncia della Corte costituzionale non rimanga solo un'apprezzabile indicazione di principio, priva tuttavia di dell'opportuno seguito da parte di tutti i destinatari della pronuncia, a danno dei detenuti e dei loro affetti.

⁴⁰ G. B. DE BLASIS, *Carcere di Padova: Sottosegretario Andrea Ostellari smentisce sperimentazione stanze dell'amore*, in www.poliziapenitenziaria.it, 28 febbraio 2024.