

QUESTIONI APERTE

Affettività in carcere

La decisione

Esecuzione penitenziaria – Elementi del trattamento – Colloqui – Riservatezza (Cost., artt. 2, 3, 13, co. 1 e 4, 27, co. 3, 29, 30, 31 e 32; CEDU, artt. 3 e 8; L. 26 luglio 1975, n. 354, art. 18).

Al detenuto deve essere assicurata la possibilità di colloqui con il coniuge, con la parte dell'unione civile o con il convivente, senza il controllo a vista del personale di custodia, quando, valutata la sua condotta carceraria, non lo impediscano ragioni di sicurezza, di ordine o, per i ristretti in regime custodiale, legate al giudizio in corso.

CORTE COSTITUZIONALE, 26 gennaio 2024 (ud. 5 dicembre 2023) – BARBERA, *Presidente* – PETITTI, *Relatore* – Magistrato di sorveglianza di Spoleto, *giudice rimettente*.

La garanzia di riservatezza dei colloqui con il *partner*: verso un'idea di carcere come "formazione sociale"

La questione della parziale illegittimità dell'art. 18 ord. penit., che, pure in mancanza di un pericolo per la sicurezza o per l'ordine in carcere, non prevede colloqui riservati tra il detenuto e il suo *partner*, va esaminata tenendo conto delle indicazioni provenienti dall'art. 2 Cost., che impone di considerare il carcere tra le formazioni sociali e, quindi, come luogo di diritti: passaggio ineludibile per assicurare la funzione rieducativa prevista dall'art. 27, co. 3, Cost.

The guarantee of confidential conversation with the partner: towards a prison as "social group".

The issue of the partial illegitimacy of the Article 18 of the Law of the penitentiary system, which, even in the absence of a danger for the security or the order in prison, doesn't provide for confidential conversation between the inmate and his partner, must be examined in view of the indications coming from the Article 2 of the Constitution, requiring to consider the prison as a place of rights: it is an unavoidable step to ensure the re-educational function envisaged by the Article 27, paragraph 3 of the Constitution.

SOMMARIO: 1. Modelli contrapposti - 2. Precedenti - 3. Alcune indicazioni per il legislatore - 4. Limiti all'affettività - 5. Qualche rilievo conclusivo

1. *Modelli contrapposti.* I temi della riservatezza e dell'affettività del detenuto debbono essere collocati tra i diversi modelli concettuali che ispirano il carcere, le sue regole e, quindi, il rapporto tra l'istituzione penitenziaria e i ristretti: una ricognizione preliminare, sia pure intesa a recuperare le coordinate minimali di sistema, permette di apprezzare il messaggio che la Consulta ha diffuso con la sentenza in commento¹.

¹ Ricostruisce la vicenda che, su ordinanza del Magistrato di sorveglianza di Spoleto, è stata portata davanti alla Consulta, MOSCATELLI, *Il tabù del sesso in carcere torna dinanzi alla Corte costituzionale*, in questa

Così, in base alla finalità della pena ritenuta prevalente, è possibile distinguere la posizione di chi, nell'esperienza detentiva, esalta l'aspetto afflittivo² da quella di chi ne sottolinea l'afflato risocializzante³. Per non restare confinato alla teoria, il dibattito tra le due concezioni deve considerare le criticità che, nella prassi, diminuiscono il potenziale rieducativo della prigionia⁴ e ne accrescono la severità ben oltre il livello fisiologico⁵: questo tratto viene incoraggiato da un'opinione pubblica che, in modo incessante, pretende la più dura delle risposte sanzionatorie⁶ ed è all'origine dei tanti atti di autolesionismo e suicidari che hanno segnato anche il primo scorcio del 2024⁷.

La Corte costituzionale si è mossa in direzione opposta e ha ricordato che il carcere rimane un luogo di diritti. Certo, l'analisi della decisione va condotta, rimarcando che, nel settore penitenziario, la distanza tra *law in the book* e *law in action* è particolarmente avvertita: esattamente per questo, è, anzitutto, necessario tracciare uno schema di massima che riassume le diverse visioni in contrasto.

Già ad una prima lettura della pronuncia annotata, si coglie come si contrappongano due istanze: l'una, a protezione dell'ordine e della sicurezza collettivi e l'altra, a tutela del singolo e dei suoi diritti, valorizzabili in funzione del suo

Rivista (web), 2023, 1, 1 ss.

² Essenziale alla tutela dei cittadini, dell'ordine pubblico e, quindi, della stessa vita associata, come evidenziava Corte cost., 12 febbraio 1966, n. 12, su cui FIANDACA, *Gli scopi della pena nella giurisprudenza costituzionale*, in *Costituzione e ordinamento giuridico*, a cura di Lorusso, Milano, 2009, 173.

³ A cui fa da sfondo un'opzione politico-culturale in senso umanitario e solidaristico: così, SIRACUSANO, *Punire e rieducare tra individualizzazione e differenziazione trattamento: un difficile equilibrio da ricondurre entro i binari della legalità costituzionale*, in *questa Rivista* (web), 2021, 3, 3; ampie riflessioni in questa direzione, in FIANDACA, *Rapporti civili*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Branca, Bologna-Roma, 1991, 223.

⁴ Sottolineato, ad esempio, dall'elevato tasso di recidiva: il *XVIII Rapporto sulle condizioni di detenzione*, redatto dall'associazione Antigone per il 2022 (www.rapportoantigone.it), evidenza che il 62% dei detenuti in Italia è almeno alla seconda detenzione.

⁵ Integrandolo, così, un trattamento contrario all'art. 3 C.E.D.U. secondo la costante giurisprudenza di Strasburgo, almeno da Corte EDU, 28 giugno 2005, Gallico c. Italia, §§21-22. Per un *excursus* di notevole interesse, si rimanda alla *dissenting opinion* del giudice Zagrebelsky in Corte EDU, 16 luglio 2009, Sulejmanovic c. Italia.

⁶ Troppo spesso si dimentica che «la soluzione da ricercare ... non è quella che può venire accettata di buon grado dall'opinione pubblica, ma la migliore, secondo valutazioni tecniche, dovendo supportare la stessa con un'evoluzione culturale, certo di non facile realizzazione»: parole di MIRAGLIA, *La messa alla prova dell'imputato adulto. Analisi e prospettive di un modello processuale diverso*, Torino, 2020, 340.

⁷ Ancora una volta parlano i numeri: 13 suicidi nel gennaio 2024. Parla di «frutti avvelenati dell'istituzione carceraria» in riferimento a «suicidi, impazzimenti» e, di nuovo, «incrementi dei tassi di recidiva» CARNEVALE, *Morire in carcere*, in www.doppiozero.com.

recupero e, di lì, del suo reinserimento nella società.

Esaltare la prima, azzerando l'altra, genera lesioni alla dignità del ristretto: si pensi a tutti i casi nei quali il divieto di contatto tra detenuti, imposto per ragioni disciplinari, venga prolungato in modo indebito, senza un'adeguata sollecitazione fisica e mentale dell'interessato: l'indebolimento delle abilità, individuali e sociali, che ne deriva è equiparabile ad un trattamento contrario all'art. 3 C.E.D.U.⁸

Viceversa, è impensabile escludere limiti all'esercizio dei diritti, connessi all'esecuzione penale e, quindi, agli obiettivi perseguiti dall'autorità nel limitare la pericolosità sociale e nell'assicurare la duplice efficacia preventiva, generale e speciale, della sanzione⁹.

Questa premessa è stata posta alla base degli argomenti invocati dalla Consulta per dichiarare l'illegittimità di alcune delle regole vigenti in punto di affettività. Meglio detto, il Giudice delle leggi ha sottolineato che l'art. 18 ord. penit. esprime «particolare favore» verso i colloqui con i familiari (co. 4); addirittura, l'art. 44 ord. penit. ammette il matrimonio in carcere. Salvi i casi in cui siano fruibili i permessi premio, però, il rapporto tra i coniugi è destinato a rimanere teorico e a non spingersi oltre i colloqui periodici, condotti sotto la sorveglianza del personale di custodia¹⁰. La Corte ha evidenziato che un simile assetto, non rimediabile nemmeno attraverso i permessi di necessità¹¹, si riverbera negativamente sul coniuge e, cioè, su un terzo estraneo alla condanna che, però, ne patisce le conseguenze¹²; nondimeno, questi “matrimoni bianchi”, oltre a ledere la dignità degli sposi, finiscono per contraddire la L. 1 dicembre 1970, n. 898 che, all'art. 3, co. 1, n. 2, lett. f), indica la mancata consumazione tra le cause di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio¹³; da ultimo, la minorata affettività ostacola il percorso rieducativo del condannato, che intenderà la sanzione come eccessivamente punitiva e non come un'occasione di

⁸ Tra le tante, Corte EDU, 28 novembre 2023, Schmidt e Smigol c. Estonia, §§124-127; Id., 13 novembre 2018, A.T. c. Estonia (n. 2), §72; Id., 6 marzo 2014, Gorbulya c. Russia, §77; Id., 3 luglio 2012, Razvyazkin c. Russia, §104; Id., 7 gennaio 2010, Onoufriou c. Cipro, §71.

⁹ Così, Corte EDU, 4 luglio 2013, Rzakhanov c. Azerbaïjan, §64; Id., 21 luglio 2005, Rohde c. Danimarca, §93. Per un *excursus* su questi temi, BERNARDONI, *Dalla Corte di Strasburgo nuovi criteri in materia di condizioni detentive ed art. 3 CEDU?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 345.

¹⁰ Cfr. la sentenza in nota, al punto 4.2.1 del *Considerato in diritto*.

¹¹ Cass., Sez. I, 12 gennaio 2016, n. 882, Rv. 265717.

¹² Sempre la sentenza in commento, al punto 4.2 del *Considerato in diritto*.

¹³ Punto 4.2.1 del *Considerato in diritto*.

crescita e di riscatto¹⁴.

Occorre, allora, bilanciare in modo ragionevole gli interessi in gioco: la decisione in analisi ha il pregio di svelare il conflitto valoriale che, non opportunamente composto, rischia di elidere il progetto di un carcere come formazione sociale e, quindi, come contesto di sviluppo della persona, sia come singolo, sia nelle relazioni di cui è parte¹⁵.

L'eco dell'art. 2 Cost. è forte, e non lo si può ignorare: pur in un contesto, come quello carcerario, nel quale la presenza dello Stato è irrinunciabile, il riferimento permette di collocare l'individuo al centro del sistema e consente, al contempo, di ricordare come costui si ponga su un piano di necessaria subordinazione rispetto all'autorità. In tal senso, lo si può descrivere nei termini di un soggetto vulnerabile¹⁶ e, quindi, bisognoso del sostegno delle istituzioni: un sostegno – e la Corte è stata chiara in questo¹⁷ – che non è fine a se stesso, ma che rende la pena *umana e rieducativa*; la conformità agli obiettivi dell'art. 27, co. 3, Cost. ridonda favorevolmente anche sui consociati: colui che viene restituito alla libertà non è un individuo incattivito dalla reazione vendicativa dell'apparato pubblico al reato¹⁸, ma è un soggetto che ha meditato sul proprio vissuto, in un ambiente favorevole alla sua riabilitazione e, perciò, rispettoso dei suoi diritti¹⁹.

¹⁴ Punto 4.2 del *Considerato in diritto*.

¹⁵ Al punto 3.1 del *Considerato in diritto*, la Corte ricorda che «l'ordinamento giuridico 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»; pare, quindi, aderire alla concezione del carcere-formazione sociale che, del resto, è del tutto compatibile con i principi fondamentali espressi dalla Carta dei valori.

¹⁶ Occorre, infatti, collegare la vulnerabilità ad una situazione di svantaggio (HERRING, *Vulnerable Adults and the Law*, Oxford, 2016, 6; FAWCETT, *Vulnerability: questioning the certainties in social work and health*, in *International Social Work*, 2009, 4, 473) che, guardando al ristretto, è facilmente identificabile. Inquadra la posizione del detenuto in termini di *fragilità*, DIDI, *La condizione del detenuto*, in *La fragilità della persona nel processo penale*, a cura di Marandola, Spangher, Torino, 2021, 485.

¹⁷ Punto 4.3 del *Considerato in diritto*.

¹⁸ Vendetta dello Stato così bene definita nell'immagine di un carcere come «*cloaque d'infection où mille malheureux s'entre communiquent le poison lentement dévorant de la mort*» (BRISOT DE WARVILLE, *Théorie des lois criminelles*, I, Parigi, 1871, 171). Sull'endemica componente violenta del carcere, v. anche FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 2002, 391, che racconta di una violenza necessaria, minima o, comunque, inferiore a quella che deriverebbe dalla vendetta privata del «farsi giustizia da sé». Questa riflessione rafforza la tesi del ristretto come vulnerabile, poiché assoggettato all'azione invasiva dello Stato.

¹⁹ Secondo SCORDAMAGLIA, *Pena, rieducazione, perdono*, in *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, a cura di Vinciguerra, Dassano, Napoli, 2010, 976, la solitudine del carcere non può che generare desolazione e tormento: frutti di una concezione della pena meramente retributiva, che è, oggi, superata

Conviene, quindi, esaminare i singoli rilievi sviluppati dalla sentenza *de qua* ed utili a porre il sistema penitenziario al riparo dagli inviti a “buttare via la chiave” per ancorarlo, invece, ai valori della Carta.

2. *Precedenti.* In altra occasione alla Corte costituzionale era stato chiesto di pronunciarsi sulla legittimità della prescrizione dei colloqui a vista *ex art. 18* ord. penit.

Nel 2012 la questione fu dichiarata inammissibile²⁰: da un lato, infatti, il rimettente non aveva dedotto parametri costituzionali ed aveva descritto in maniera inadeguata la fattispecie concreta; dall’altro, si notava che, per garantire al ristretto il diritto all’affettività durante i colloqui, sarebbe stato necessario riscrivere la parte di disciplina che se ne occupa e svolgere, così, un compito di esclusiva spettanza del legislatore. Da ultimo, poi, non fu possibile nemmeno una pronuncia additiva di principio: la questione era stata posta con riferimento ai detenuti coniugati o stabilmente conviventi *more uxorio*; l’esclusione di chi, all’ingresso in carcere, avesse una relazione affettiva, benché non caratterizzata dalla consolidata condivisione degli stessi spazi abitativi, rendeva non costituzionalmente obbligata la soluzione prospettata dal rimettente.

In quella sede, però, la Consulta non si mostrava insensibile al problema: anzi, ne coglieva la rilevanza sotto il profilo delle fonti sovranazionali²¹ e, in

dall’attributo di umanità esatto dall’art. 27, co. 3, Cost. e descritto da ZANNOTTI, *Pena e rieducazione: mito o realtà?*, in *Legisl. pen.* (web), 12 novembre 2018, 2 come l’atteggiamento di «un fratello che sappia aiutare il proprio fratello a sollevarsi dall’abbruttimento nel quale la commissione del reato l’ha fatto precipitare».

²⁰ Corte cost., 19 dicembre 2012, n. 301, in *Foro it.*, 2013, I, 421; su questa decisione, FIORENTIN, *Affettività e sessualità in carcere: luci e ombre di una difficile pronuncia che rimanda al difficile dialogo con il legislatore*, in *Giur. it.*, 2012, 4726; RENOLDI, *Il diritto all’affettività delle persone detenute: la parola alla Corte costituzionale*, in *Quest. giust.*, 2012, 4, 215; in argomento, *amplius*, DE SIMONE, *La sanzione detentiva. Dal modello securitario al modello trattamentale*, Torino, 2018, 30.

²¹ Si ricordano le raccomandazioni del Consiglio d’Europa riguardanti gli effetti sociali e familiari della detenzione: R 1340(1997) del 22 settembre 1997 e R 2(2006) dell’11 gennaio 2006 che, alla regola 24.4, prescrive che «le modalità delle visite devono permettere ai detenuti di mantenere e sviluppare relazioni familiari il più possibile normali». Nondimeno, il Parlamento europeo, con la Raccomandazione 9 marzo 2004, n. 2003/2188, menziona il diritto all’affettività e alla sessualità dei detenuti (art. 1, lett. c). Su questi provvedimenti, CERTOSINO, *Il diritto del detenuto al mantenimento delle relazioni affettive*, in *questa Rivista* (web), 2021, 2, 2-3; SALERNO, *Affettività e sessualità nell’esecuzione penale: diritti fondamentali dei detenuti? L’atteggiamento italiano su una questione controversa*, in *Giur. pen.* (web), 2017, 1, 6.

A livello internazionale rilevano le c.d. “Regole di Bangkok”, adottate dall’Assemblea generale delle Nazioni Unite il 21 dicembre 2010, che incoraggiano colloqui prolungati con i congiunti, al fine di assicurare ai detenuti il diritto alla socialità (v. regole nn. 23, 26 e 28). Sul punto, TALINI, *Un passo decisivo verso*

particolare, del riconoscimento, per parte strasburghese²², di un diritto alla vita affettiva e sessuale intramuraria, ed auspicava un intervento del legislatore in quella direzione.

Dopo dodici anni, con la decisione in nota, la Corte costituzionale ha rimarcato un’evoluzione della materia, capace di giustificare uno scostamento dalla pronuncia del 2012²³.

Venivano, così, ricordati alcuni interventi legislativi che, dal 2016 in poi, hanno consentito di riconoscere il diritto all’affettività dei ristretti: si tratta di novelle che debbono essere inquadrate nel più ampio percorso compiuto, a livello sovranazionale, in quello stesso verso.

Anzitutto, la L. 20 maggio 2016, n. 76 ha permesso di superare i limiti strutturali della questione rivolta alla Consulta nel 2012: se, all’epoca, il rimettente si riferiva ai soli coniugi o, al più, agli stabili conviventi *more uxorio*, oggi alle coppie di fatto si riconoscono gli stessi diritti spettanti alle parti unite in matrimonio (art. 1, co. 38)²⁴; ove, poi, le fonti parlano di “coniuge”, il termine va rivolto anche alle parti dell’unione civile tra persone dello stesso sesso (art. 1, co. 20)²⁵. Queste novelle hanno rimosso l’ostacolo alla possibilità di una

la garanzia della sessualità intramuraria?, in *Sist. pen.* (web), 2023, 3, 40 o, dello stesso Autore e sempre guardando alla pronuncia del 2012, *Un diritto “sommerso”: la questione dell’affettività in carcere approda alla Corte costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it.

²² Ricordava la Corte, però, che non si può fare derivare, dagli artt. 8, par. 1 e 12 C.E.D.U., un obbligo per gli Stati di garantire, senza eccezioni, rapporti sessuali in carcere, tra i detenuti e i loro coniugi: così, Corte EDU, 4 dicembre 2007, Dickson c. Regno Unito; Id., 29 luglio 2003, Aliev c. Ucraina.

In particolare, se in *Dickson* la Corte, inizialmente, mostrava una certa chiusura sul riconoscimento di un diritto alla sessualità intramuraria, la Grande Camera si orientava in modo diverso, pur senza vincolare i legislatori nazionali a prevedere, in modo assoluto ed incondizionato, spazi ove i ristretti avrebbero potuto consumare rapporti con i coniugi.

In modo parzialmente diverso, Corte EDU, 30 giugno 2015, Khoroshenko c. Russia, *Joint concurring opinion* dei giudici Pinto De Albuquerque e Turković, §17 esige uno sforzo dagli Stati per rendere effettivo il diritto all’affettività: se è vero, infatti, che la Corte non riconosce obblighi inderogabili sui normatori domestici, lo è del pari che conduce agli artt. 8, par. 1 e 12, C.E.D.U. la pretesa dei detenuti ad avere rapporti, anche sessuali, con i coniugi. In una direzione analoga, Corte EDU, 7 marzo 2017, Polyakova e altri c. Russia.

Per un *excursus* sugli orientamenti alsaziani, SALERNO, *Affettività in carcere e diritto alle visite familiari. A Strasburgo, tra affermazioni di principio e tutela effettiva*, in *Giur. pen.* (web), 2019, 2-bis, 1 ss.

²³ Punti 2.3 e seguenti del *Considerato in diritto*.

²⁴ Disposizione rivolta alla tutela delle relazioni interpersonali del ristretto: Cass., Sez. I, 10 febbraio 2022, n. 4641, reperibile sul portale www.italgiure.giustizia.it.

²⁵ *Amplius*, M. BIANCA, *Il comma 20 quale crocevia per l’inserimento della nuova disciplina delle unioni civili nel sistema*, in *Le unioni civili e le convivenze. Commento alla legge n. 76/2016 e ai d.lgs. n. 5/2017; d.lgs. n. 6/2017; d.lgs. n. 7/2017*, a cura di C. Bianca, Milano, 2018, 260.

sentenza additiva di principio: è stato, infatti, risolto il problema di uguaglianza derivato dall'attribuire ai soli coniugi il diritto all'affettività endocarceraria²⁶.

Il d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 123 ha emendato l'art. 18 ord. penit. con l'aggiunta di un periodo che ha esplicitato l'esigenza di garantire la riservatezza dei colloqui con i familiari (attuale co. 3)²⁷. Per quel che riguarda i minori, il coevo d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121, all'art. 19, co. 3, ha previsto quattro visite prolungate di durata compresa tra le quattro e le sei ore con lo scopo di favorire le relazioni affettive del ristretto²⁸. Se, poi, è vero che, a dispetto della delega contenuta nell'art. 1, co. 85, lett. n), L. 23 giugno 2017, n. 103, è mancato un equivalente riconoscimento della medesima situazione giuridica per i detenuti adulti, rispetto al 2012 il quadro normativo appariva alla Corte profondamente mutato²⁹.

Il *favor familiae* mostrato dal legislatore italiano era in sintonia con gli indirizzi del Giudice alsaziano.

Dall'art. 8 C.E.D.U. deriva che, almeno in linea di principio, i ristretti hanno diritto di ricevere le visite dei familiari il più spesso possibile: questa è, infatti, una prerogativa che si lega strettamente alla finalità risocializzante della pena³⁰. Seguendo questa strada, la Corte europea non negava l'inesistenza di un obbligo per gli Stati di garantire, in modo inderogabile, il diritto all'affettività in carcere³¹, ma affermava, al contempo, che le autorità nazionali debbono apprestare i mezzi necessari per il reinserimento dei ristretti e, in tale contesto, non possono negare l'accesso dei congiunti al carcere³², né ostacolarne il rapporto

²⁶ Problematica sollevata dalla dottrina già prima del 2016: CIAVOLA, *Diritto all'affettività*, in *Carceri: materiali per la riforma. Working paper*, a cura di Giostra, in *Dir. pen. cont. (web)*, 17 giugno 2015; EAD., *Profili di diritto processuale e penitenziario in tema di coppie di fatto*, *ibid.*, 2014, 2, 93; MASTROPASQUA, *Esecuzione della pena e tutela dei rapporti familiari e di convivenza. I legami affettivi alla prova del carcere*, Bari, 2007, 33; BONETTI, *Tutela della riservatezza ed ambito penitenziario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 846.

²⁷ CIAVOLA, sub *art. 18 ord. pen.*, in *L'esecuzione penale. Ordinamento penitenziario e leggi complementari*, a cura di Fiorentin-Siracusano, Milano, 2019, 237.

²⁸ *Amplius*, SISTO, *Il diritto all'"affettività" del minorenne detenuto*, in *La nuova disciplina penitenziaria*, a cura di Colamussi, Torino, 2020, 169.

²⁹ Così, la sentenza in nota, al punto 2.5 del *Considerato in diritto*.

³⁰ Così, Corte EDU, 30 giugno 2015, Khoroshenko c. Russia, qui già ricordata per la *Joint concurring opinion* dei giudici Pinto De Albuquerque e Turković.

³¹ Corte EDU, 29 aprile 2003, Aliev c. Ucraina esige un *fair balance* tra gli interessi pubblici e privati coinvolti: occorre, cioè, esaminare, caso per caso, se le restrizioni all'affettività siano giustificate da esigenze di ordine e di sicurezza; non si possono imporre limitazioni indiscriminate ed uguali per tutti i ristretti.

³² Corte EDU, 15 settembre 2015, Milka c. Polonia.

con i familiari li collocati³³.

L'analisi condotta dalla Corte costituzionale afferma l'attuale adesione del sistema ai dettami sulla pena rieducativa, con una più intensa attenzione alle necessità della persona detenuta, nel solco del riconoscimento dei suoi diritti, proclamato dall'art. 3, co. 1, Cost.³⁴

Questa lettura, che accoglie l'idea di un carcere utile al recupero dell'individuo e al suo ritorno alla vita associata, non tiene, però, conto di alcune criticità che, proprio nell'ultimo decennio, hanno segnato l'applicazione del diritto penitenziario. La sentenza in nota ha colto in modo opportuno l'importanza dell'affettività e la ha correttamente condotta allo sviluppo di relazioni sociali «*in as normal a manner as possible*»³⁵; non ha tenuto conto, però, di una prassi che, figlia di interventi normativi inadatti, rende la detenzione un vero e proprio contesto psico-patogeno³⁶.

Basta pensare allo studio, condotto nel 2016 da SIMPS, SIP e SIPD³⁷, che, su un campione di oltre 54.000 detenuti, rilevava disagi mentali in quasi l'80% del casi (circa 42.000)³⁸: ciononostante e a fronte di questi dati, l'art. 1, co. 1, d.lgs. 123/2018 modificava l'art. 11 ord. penit., conferendogli una formula molto più timida della precedente quanto all'assistenza psichiatrica del ristretto, in ingresso e durante la permanenza in istituto³⁹.

³³ Corte EDU, 24 luglio 2014, Al Nashiri c. Polonia, che riprende una giurisprudenza precedente, abbastanza solida quanto alla necessità di evitare indebiti dinieghi al contatto tra il ristretto e i familiari: tra le varie, Corte EDU, 19 gennaio 2010, Wegera c. Polonia; Id., 7 luglio 1989, Gaskin c. Regno Unito.

³⁴ E - lo si approfondirà a breve - pure dall'art. 2 Cost., ancorché non indicato tra i parametri per l'attestato di illegittimità dell'art. 18 ord. penit.

³⁵ Queste solo le parole della regola 24.4 delle Regole penitenziarie europee, come riviste nel 2020. Proprio questo passaggio è ripreso, dalla Corte costituzionale, dal punto 4 del *Considerato in diritto*.

³⁶ L'espressione, evocativa, è di GALLO-RUGGIERO, *Il carcere immateriale*, Milano, 1989 e viene ripresa nell'approfondimento sul *XVIII Rapporto sulle condizioni di detenzione*, redatto dall'associazione Antigone per il 2023, a cura di MIRAVALLE, *Carcere e salute mentale*, in www.rapportoantigone.it.

³⁷ Cioè *Società italiana di medicina e sanità penitenziaria* (SIMPS), *Società italiana di psichiatria* (SIP) e *Società italiana di psichiatria della dipendenza* (SIPD).

³⁸ Si tratta del progetto *Insieme - La salute mentale in carcere*, su cui v. la scheda e i materiali accessibili all'indirizzo www.sanitapenitenziaria.org.

³⁹ Questo, a dispetto della grande attenzione mostrata dagli Stati generali dell'esecuzione penale. Il d.lgs. 123/2018, a ben vedere, non recepiva nemmeno la proposta di abrogare la disciplina dell'infermità psichica sopravvenuta (art. 148 c.p.) e di convogliarla tra le cause di rinvio facoltativo della pena (art. 147 c.p.), consentendo al ristretto più efficaci forme di cura della persona. *Amplius*, DE SIMONE, *Gli esiti della controriforma penitenziaria*, in *questa Rivista* (web), 2019, 1, 3; LA ROCCA, *Il progetto "estivo" di riforma dell'ordinamento penitenziario tra l'inutile e il fantomatico*, in *questa Rivista*, 2018, 2, 210; DELLA BELLA, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di assistenza sanitaria, vita detentiva e lavoro penitenziario*, in *Dir. pen. cont.* (web), 7 novembre 2018.

Ora, ci si chiede come, in un carcere carente di specialisti della salute mentale⁴⁰, sia possibile, prima, apprezzare le implicazioni negative che il difetto di affettività produce sul singolo e le corrispondenti conseguenze positive determinate dal contatto con i congiunti, e, poi, avanzare proposte trattamentali, necessariamente individualizzate e, quindi, calibrate sugli specifici connotati della persona, sulla sua pericolosità e sul grado di fiducia da accordargli.

L'interrogativo non è fine a se stesso, poiché una valutazione di questo tipo è alla base di qualsiasi intervento rieducativo e serve, dunque, a dare concretezza agli argomenti sviluppati dalla Corte nella sentenza annotata: ogni riflessione sul carcere come luogo dei diritti sfuma in un vuoto proclama se non la si accompagna ad un'attenzione costante per la salute, anche mentale, del detenuto⁴¹; viceversa, trascurare il tema alimenta il rischio di trattamenti contrari a dignità e senso di umanità. Sotto questo profilo, la ricostruzione compiuta dalla Consulta per evidenziare il "cambio di passo" nella tutela dei diritti intramurari appare senz'altro manchevole.

3. *Alcune indicazioni per il legislatore.* Se non si può condividere l'ottimismo con cui la Consulta ha accentuato alcuni segnali di miglioramento nella disciplina delle relazioni affettive endocarcerarie e, di lì, nella qualità della vita dei reclusi, vanno, invece, apprezzati gli spunti che la Corte ha rivolto al normatore e che debbono servire a valorizzare la persona del detenuto e le sue prerogative.

In altre parole, si evidenzia lo sforzo del Giudice delle leggi di imprimere un cambiamento reale nei rapporti tra il ristretto e l'autorità, pur senza invadere la discrezionalità tipica del legislatore⁴².

Le linee guida tratteggiate dalla pronuncia riguardano la durata e i luoghi dei

⁴⁰ E a poco vale ricordare che la Cassazione ha, in passato, riconosciuto il diritto del detenuto a ricevere in carcere, a proprie spese, le visite e le cure di medici e specialisti di fiducia (Cass., Sez. III, 14 novembre 2019, n. 49808, in *Proc. pen. giust.*, 2020, p. 891, con nota di PERALDO, *Tutela della salute in carcere ed esigenze cautelari: la Corte di cassazione afferma il diritto dell'imputato detenuto alla visita del medico di fiducia*). Si sostiene, invece, il diritto di qualsiasi ristretto ad un'assistenza, anche psichiatrica, garantita dall'istituzione pubblica.

⁴¹ Il limite dei trattamenti contrari al senso di umanità non è derogabile nemmeno per il detenuto più pericoloso: questo è il concetto maturato, in seno alla giurisprudenza di merito, nelle tante occasioni in cui si è dovuto ragionare della protezione della salute in epoca emergenziale (tra i tanti contributi a commento, NATALONI, *Diritto alla salute e pericolosità sociale: un binomio inscindibile?*, in *questa Rivista (web)*, 2020, 2, 1 ss.). Lo stesso - si crede - deve valere per la salute mentale.

⁴² Come la stessa Corte afferma: v. punto 6.1 del *Considerato in diritto*.

colloqui tra il detenuto e i congiunti.

La prima deve essere adeguata all'obiettivo di consentire la piena espressione dell'affettività tra i *partner*⁴³: la Consulta ha sottolineato che una simile finalità non implica una necessaria declinazione sessuale del rapporto, ma nemmeno la esclude⁴⁴: c'è, insomma, un'apertura che segna il riconoscimento del valore costituzionale delle relazioni, anche le più intime, con i familiari⁴⁵.

Per garantire la stabilità dei contatti, occorre che le visite non siano sporadiche⁴⁶ e siano organizzate in luoghi riservati, appositamente attrezzati per la piena manifestazione del legame affettivo: nella sentenza si porta ad esempio la possibilità che, negli istituti, si allestiscano unità abitative, capaci di riprodurre l'ambiente domestico e concepite per permettere la condivisione di attività comuni⁴⁷. La Corte ha, poi, evidenziato l'importanza della singolarità dei rapporti: diversamente da quanto previsto per i minorenni dall'art. 19, co. 3, d.lgs. 121/2018, per gli adulti non va ammessa la compresenza di più persone, considerata la possibilità di un risvolto sessuale dell'incontro: viene, insomma, ribadito il *favor familiae*, inteso come interesse di rilievo sul piano delle fonti superiori anche per quel che concerne l'intimità dei rapporti⁴⁸. In questo, senz'altro, la decisione è rivoluzionaria e si auspica che il legislatore saprà fare buon uso di questi indirizzi.

Definite le linee generali, la Consulta si è posta il problema della materiale disponibilità delle risorse per dare seguito a queste indicazioni.

Partendo dall'assunto che l'espressione di affettività *extra moenia* è fisiologica,

⁴³ v. punto 6.1.1 del *Considerato in diritto*.

⁴⁴ Viene rotto lo schema del divieto di contatti sessuali tra il detenuto e il *partner*: uno schema, a ben vedere, estraneo alle fonti dell'ordinamento (TALINI, *L'affettività ristretta*, in *Costituzionalismo.it* (web), 2015, 2, 4), ma capace di conferire maggiore afflizione alla pena (CREWE, *Depth, weight, tightness: Revisiting the pains of imprisonment*, in *13 Punishment & Society*, 2011, 5, 509 ss.) e di favorire, sul lungo periodo, abusi e violenze nelle relazioni intramurarie (COHEN, *Keeping Men "Men" and Women Down: Sex Segregation, AntiEssentialism and Masculinity*, in *Harvard Journal of Law & Gender*, 2010, 509 ss.).

⁴⁵ Giunge alla stessa conclusione BRUCALE, *La Consulta riconosce la sessualità in carcere. Una tappa importante del percorso di inveramento del valore costituzionale della pena*, in *www.penedp.it*, 16 febbraio 2024.

⁴⁶ v. punto 6.1.2 del *Considerato in diritto*.

⁴⁷ v. punto 6.1.3 del *Considerato in diritto*, con i richiami alle fonti sovranazionali che dettano linee guida sull'affettività intramuraria: la già ricordata raccomandazione R 1340 (1997), sugli effetti della detenzione sul piano familiare e sociale, adottata dall'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa il 22 settembre 1997 (punto 6.6.), e la raccomandazione R 2003/2188 (INI), sui diritti dei detenuti nell'Unione europea, adottata dal Parlamento europeo il 9 marzo 2004 (punto 1, lettera c)).

⁴⁸ Così, il punto 6.1.4 del *Considerato in diritto*.

quella intramuraria mantiene un ruolo sussidiario e, quindi, va assecondata in quei casi nei quali non sia possibile, per il ristretto, mantenere i propri rapporti fuori dall'istituto: per questa ragione, la fruibilità delle risorse preposte agli scopi definiti dalla Corte va assicurata, prima di tutto, a quei detenuti che non beneficiano di permessi premio, sempre che ciò non dipenda da fattori anche ostativi dei rapporti con i congiunti⁴⁹.

In queste battute, l'arresto in commento tratteggia un'immagine del carcere totalmente diversa da quella pretesa dai sostenitori del "buttate via la chiave" e - ci si ritorna - restituita dai dati sugli atti di autolesionismo, sui suicidi e sulle violenze negli istituti: in una parola, dalle cifre sul fenomeno penitenziario psico-patogeno. Eppure, alla prospettiva della Consulta si accede facilmente se ci si pone nell'ottica di intendere il carcere come formazione sociale⁵⁰: è innegabile che la persona del singolo si sviluppa - qui, nel senso del suo reinserimento nella società - anche (e, forse, soprattutto) assicurandogli i contatti con la famiglia.

Il legislatore, quindi, è avvertito: l'affettività è necessaria sul piano dell'art. 27, co. 3, Cost.⁵¹, ma, prim'ancora, è un diritto inviolabile, riconosciuto e garantito secondo la generale previsione dell'art. 2 Cost. Eventuali, future inerzie od omissioni nella preparazione di un piano normativo in grado di considerare le relazioni tra il ristretto e i congiunti potranno essere censurate per la loro contrarietà alla Carta.

4. *Limiti all'affettività.* Secondo un criterio applicato con costanza alla materia

⁴⁹ Si vedano i punti 6.1.5 e 6.1.6 del *Considerato in diritto*.

⁵⁰ In questi termini FLICK, *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale*, in *Diritto e società*, 2012, 188 e, dello stesso Autore e più recentemente, *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale fra speranza e delusione*, in *Osservatorio AIC* (web), 2018, 1, 3.

⁵¹ E, quindi, sul piano della norma di vertice (la «norma-radice», per dirla con LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, Milano, 2002, 11) dell'esecuzione penale. Sull'esegesi dell'art. 27, co. 3, Cost., utile anche a valorizzare gli attuali indirizzi della Corte, CORSO, *Principi costituzionali e normativa penitenziaria*, in *Manuale della esecuzione penitenziaria*, a cura di Id., Bologna, 2019, 1; CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, Torino, 1992, 26; BRICOLA, *L'intervento del giudice nell'esecuzione delle pene detentive: profili giurisdizionali e profili amministrativi*, in *Ind. pen.*, 1969, 267, di cui si apprezza la visione estremamente moderna, specie se la si rapporta alla concezione derivata dal Regolamento penitenziario del 1931 che vedeva nell'esecuzione penale una procedura di tipo squisitamente burocratico (v. in materia, BAROSIO, voce *Esecuzione penale*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, 489 ss.). Sui rapporti tra affettività, rieducazione e tutela dei diritti individuali all'interno del carcere, DOLCINI, *Il principio della rieducazione del condannato: ieri, oggi, domani*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1667 ss.

penitenziaria⁵², la Corte rifiuta automatismi nella definizione del trattamento: per il regime detentivo ordinario, quindi, si esclude di ammettere chicchessia alle visite familiari riservate e, per converso, non si elaborano preclusioni sulla base di categorie predeterminate dal legislatore.

L'intimità dei colloqui viene garantita previa osservazione della condotta carceraria del singolo⁵³: può essere negata per ragioni di sicurezza, per esigenze di mantenimento dell'ordine e della disciplina, o per motivi di carattere giudiziario. In senso negativo rileva, quindi, non solo la pericolosità sociale del ristretto, ma pure una sua eventuale condotta irregolare⁵⁴: la sentenza richiama, in tal senso, i criteri per le valutazioni disciplinari rimesse all'amministrazione e, su reclamo *ex artt.* 35-*bis* e 69, co. 6, ord. penit., alla magistratura di sorveglianza⁵⁵. Quanto detto non vale per i regimi detentivi speciali⁵⁶.

Il detenuto soggetto alle condizioni dell'art. 41-*bis* ord. penit. subisce, infatti, una disciplina dei colloqui e dei controlli su di essi derogatoria rispetto all'ordinario (co. 2-*quater*, lett. b)⁵⁷; se tali restrizioni non operano per la sorveglianza particolare (art. 14-*quater*, co. 4, ord. penit.), si tratta, comunque, di una condizione legata a comportamenti che compromettono la sicurezza e l'ordine negli istituti (art. 14-*bis*, co. 1, lett. a), ord. penit.), a minacce o a violenze verso

⁵² Pur non senza qualche cedimento che favorisce l'applicazione di modelli legali predefiniti, capaci di derivare conclusioni in termini di pericolosità sociale da fattori diversi da quelli desumibili dalla valutazione della personalità individuale, quale, ad esempio, il tipo di reato commesso. *Amplius*, DELVECCHIO, *Presunzioni legali e rieducazione del condannato*, Torino, 2014, 4-5.

⁵³ Sempre tenendo in considerazione la necessità di evitare gli effetti del *process of prisonization*, ossia la condizione nella quale il detenuto si abitua a vivere, a contatto costante con l'istituzione totalizzante, e che ne segna l'incapacità di rientrare nel tessuto sociale in misura sempre più marcata, quanto più lunga è la sua permanenza carceraria. Cfr. CLEMMER, *The Prison Community*, Boston, 1940.

⁵⁴ In questo senso muove la critica della Corte al giudice rimettente che aveva prospettato, quali ragioni ostative ai colloqui intimi, solo quelle riferibili alla sicurezza. In realtà, secondo l'art. 1, co. 5, ord. penit., sono giustificabili restrizioni intramurarie per esigenze di mantenimento dell'ordine e della disciplina e, nei confronti degli imputati, per fini giudiziari.

⁵⁵ Così, il punto 7 del *Considerato in diritto*.

⁵⁶ Secondo quanto esposto nei punti 8 e seguenti del *Considerato in diritto*. Rispetto a quelle situazioni, si avverte l'esigenza di una riforma mirata, che riesca a tenere in conto le differenze, anche in termini di pericolosità, dei ristretti, al fine di rendere effettive le finalità ascritte dalla Carta alla pena: dieci anni fa, per considerazioni simili, BARTOLI, *Pericolosità sociale, esecuzione differenziata della pena, carcere (ap-punti "sistematici" per una riforma "mirata" del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 717).

⁵⁷ Pur con qualche apertura recente, finalizzata a contemperare le esigenze familiari del ristretto con quelle, di particolare sicurezza, che motivano il regime intramurario speciale: Corte cost., 6 aprile 2023, n. 105 ha escluso l'obbligo di un vetro divisorio a tutta altezza per il detenuto "41-*bis*" durante i colloqui con i figli minorenni.

gli altri detenuti (lett. b)) o a condotte idonee a creare in loro uno stato di soggezione (lett. c)): sono tutte circostanze che, in linea di principio, si pongono in antitesi rispetto ai presupposti che la Corte ha delineato per il godimento di un'affettività riservata⁵⁸. Da ultimo, si può muovere qualche rilievo pure per i condannati per reati ostativi: dall'art. 37, co. 8, d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230 emerge l'esigenza di un maggiore controllo sui colloqui, che può avere ripercussioni sull'estrinsecazione del *favor familiae* in carcere⁵⁹.

Da questo *excursus* si trae nuova conferma che il diritto all'intimità nei rapporti tra il detenuto e il *partner* si inserisce nel percorso di risocializzazione del condannato: può, così, essere limitato ogni volta in cui questi non si mostri pronto per il suo nuovo ingresso nella società, rivelando, attraverso il proprio comportamento in istituto, di non essere in grado di seguire le regole della vita associata.

Si impone, a questo punto, una riflessione finale sia sulla nozione di pericolosità, sia sui criteri in uso all'amministrazione e alla magistratura per valutarla. È ben noto come il concetto sia evanescente⁶⁰ e come manchino sicuri appigli normativi per apprezzarlo⁶¹: la valutazione sarà, allora, rimessa alla sensibilità degli operatori⁶² che, di volta in volta, dovranno comprendere se, data la

⁵⁸ Una lettura storico-evolutiva dell'istituto conferma questa tesi, visto che il regime di sorveglianza particolare è stato inserito per colmare una lacuna dell'ordinamento penitenziario, ben più attento a disciplinare il trattamento e la rieducazione del ristretto che a regolare le problematiche di sicurezza all'interno degli istituti: in tema, CESARIS, *Art. 14-bis*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, t. I, *Trattamento penitenziario*, a cura di Grevi-Giostra-Della Casa, Padova, 2011, 183. Coglie la stessa criticità BERNASCONI, *La sicurezza penitenziaria*, Milano, 1991, 95.

⁵⁹ Il verbo potestativo è, comunque, d'obbligo: occorre sempre bilanciare l'interesse del detenuto al mantenimento delle relazioni familiari ed affettive con il rigore delle condizioni afflittive, determinato dalla maggiorata pericolosità dell'interessato. Un *excursus* sulle prime avvisaglie giurisprudenziali in tal senso, in LARA, *Prime aperture nel regime di rigore: il prolungamento del colloquio mensile per il detenuto ex art. 41 bis ord. penit.*, in *Proc. pen. giust.*, 2015, 2, 78.

⁶⁰ Parla correttamente di un «istituto in crisi» CABIALE, *L'accertamento giudiziale della pericolosità sociale fra presente e futuro*, in *questa Rivista* (web), 2022, 2, 1.

⁶¹ L'unico appiglio, l'art. 203 c.p., sconta la difficoltà di introdurre una valutazione prognostica, ben più ardua dell'accertamento fattuale che, normalmente, è oggetto del processo: così, CAPRIOLI, *Pericolosità sociale e processo penale*, in *Pericolosità e giustizia penale*, a cura di Pavarini-Stortoni, Bologna, 2013, 23; MONTAGNA, *I confini dell'indagine personologica nel processo penale*, Roma, 2013, 77; PELLISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008, 110.

⁶² Aderendo alla posizione di CABIALE, *L'accertamento*, cit., 4, la prognosi in parola si fonda su indizi, ossia sull'esame del passato e del presente, compiuto alla ricerca dei segnali di un possibile futuro (cfr. anche TARUFFO, *Il giudizio prognostico del giudice tra scienza privata e prova scientifica*, in ID., *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Bologna, 2002, 335-336): la sensibilità degli operatori sta nel cogliere questi segnali e nell'impiegarli ai fini indicati.

condotta serbata dall'interessato, per esso il colloquio intimo possa avere un'utilità a fini rieducativi: si tocca, poi, nuovamente il tema dell'insufficiente spazio concesso al vaglio sulla salute mentale del singolo, durante la sua permanenza *in vinculis*.

Ancora, il fatto che la Corte richiami il combinato tra gli artt. 35-*bis* e 69, co. 6, ord. penit. - e non, invece, l'art. 30-*ter* ord. penit. - induce a ritenere che le visite riservate non debbano essere intese come premialità da concedere al ristretto più tranquillo, ma come parte del trattamento, espressione di un diritto soggettivo, comprimibile per le sole, superiori esigenze dell'ordine e della sicurezza intramurari⁶³.

Ad ulteriore conferma si pone, infine, il fatto che il disposto dichiarato illegittimo - l'art. 18 ord. penit., nella parte in cui non prevede colloqui intimi tra il ristretto e il *partner*⁶⁴ - è inserito tra gli elementi del trattamento, ossia tra quelle previsioni che descrivono le componenti del percorso detentivo⁶⁵, correttamente inteso come uno che tende alla rieducazione dell'interessato, secondo quanto sancito dall'art. 27, co. 3, Cost. L'approdo avvalorava che si sta affrontando un punto cruciale dei rapporti tra il ristretto e l'autorità penitenziaria e, al tempo stesso, che occorre un serio investimento sugli strumenti di rilievo e di rimedio a situazioni di pericolosità che potrebbero vanificare gli effetti positivi di una valorizzata affettività intramuraria.

5. Qualche rilievo conclusivo. L'illegittimità dell'art. 18 ord. penit. è stata dichiarata in riferimento agli artt. 3, 27, co. 3 e 117, co. 1, Cost., quest'ultimo connesso all'art. 8 C.E.D.U.

La disciplina vigente, oltre a difettare sul piano della finalità rieducativa della pena e a limitare in modo indebito la vita familiare dei ristretti, è irragionevole poiché esclude la riservatezza dei colloqui per tutti i detenuti, senza distinzioni⁶⁶.

⁶³ Le restrizioni servono, più in generale, ad eliminare quelle carenze che siano di ostacolo ad una costruttiva partecipazione sociale del ristretto (art. 1, co. 2, ord. penit.), come sottolinea DELLA CASA, voce *Ordinamento penitenziario*, in *Enc. dir.*, Annali II, Milano, 2007, 796.

⁶⁴ Cfr. il punto 10 del *Considerato in diritto*.

⁶⁵ L'idea è di una pena come percorso valoriale che sappia conciliare il condannato con la società: cfr. JAKOBS, *Il sistema dell'imputazione penale*, trad. di Cornacchia, Napoli, 2017, XI. In tema, STEA, *Contributo alla descrizione del significato intrinseco della pena tra solidarietà comunitaria e dignità individuale*, in *questa Rivista* (web), 2021, 2, 20.

⁶⁶ Mostrando l'incapacità di bilanciare correttamente le prerogative individuali e le esigenze collettive: così, commentando l'ordinanza del magistrato rimettente, MOSCATELLI, *Il tabù del sesso*, cit., 7. Per meglio

Accanto a questi rilievi, la Corte⁶⁷ ha richiamato un noto precedente che ha esaltato la dignità umana quale espressione dei diritti inviolabili che il detenuto porta con sé lungo tutto il corso dell'esecuzione penale⁶⁸. In quella sede l'art. 3, co. 1, Cost. era invocato per sottolineare come la Costituzione tuteli l'individuo, ancor più in un contesto di precarietà e di separazione dalla società civile, come è quello carcerario⁶⁹.

Il concetto va sviluppato – lo si accennava – nella direzione della vulnerabilità dei reclusi.

La Consulta ha ripreso un passaggio nel quale si rimarcava l'azione protettiva dell'apparato pubblico sui ristretti, cioè su soggetti che, fisiologicamente, si pongono su un piano di subordinazione rispetto all'autorità⁷⁰. L'assenza di salvaguardie in tal senso provoca un innalzamento del livello di afflittività, incompatibile con gli assetti costituzionali e, perciò, non ragionevole.

Accanto a questa considerazione, condivisibile, che rimanda all'art. 3 Cost., se ne deve porre un'altra, meglio riferibile all'art. 2 Cost.⁷¹

Infatti, la protezione dei diritti individuali in carcere deriva dal loro previo riconoscimento da parte della Repubblica: si arriva, così, all'*incipit* dell'art. 2 Cost. («riconosce e garantisce»), che permette di intendere il rapporto tra il

focalizzare il concetto di ragionevolezza cui, poi, si richiama pure la Corte, l'Autore cita opportunamente BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, 81.

⁶⁷ Punto 4.1 del *Considerato in diritto*.

⁶⁸ Si tratta di Corte cost., 11 febbraio 1999, n. 26, nota per avere sancito il diritto dei detenuti alla tutela giurisdizionale.

Il riferimento alla dignità umana, sempre più frequente nel diritto domestico e in quello sovranazionale, richiama certamente il preambolo della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo: «tutti gli esseri umani nascono liberi e uguali in dignità e diritti», al quale è opportuno riportarsi anche nell'affrontare la materia penitenziaria. Sul concetto giuridico di dignità, CARMIGNANI CARIDI, *Dignità umana. Parte giuridica*, in *Enciclopedia di bioetica e scienza giuridica*, diretta da Sgreccia-Tarantino, vol. IV, Napoli, 2012, 301 ss.

⁶⁹ MANCA, *Perché occuparsi della questione "affettività" in carcere?*, in *Giur. pen.*, 2019, 7 esamina i danni che, sull'individuo, derivano dalla separazione sociale e dalla mancanza di contatti intimi con i propri affetti: la riflessione giustifica un richiamo all'art. 3, co. 1, Cost. – e, s'aggiunga, all'art. 2 Cost. – nel verso indicato dalla Consulta.

⁷⁰ Secondo la sentenza del 1999, la dignità della persona è protetta dalla Costituzione «soprattutto in questo caso, il cui tratto distintivo è la precarietà degli individui, derivante dalla mancanza di libertà ...». L'uso del «soprattutto» è inequivocabile e segna la consapevolezza, nella Corte, di un reale stato di fragilità del ristretto dinanzi alla proporzionale superiorità dell'apparato pubblico.

⁷¹ Quella essendo la norma che «racchiude in sé l'intero progetto costituzionale», enucleandone i capisaldi dell'inviolabilità dei diritti e della solidarietà. Così, FIORAVANTI, *Costituzione italiana: Articolo 2*, Roma, 2018, 15.

singolo e l'istituzione penitenziaria nell'accezione della cura del primo, una volta che venga affidato allo Stato e che questo si sia assunto il compito di stimolarne il recupero⁷². Si parlava, proprio in questo senso, del carcere come "formazione sociale"⁷³, utile alla crescita di colui che, commesso il reato, necessita di riavvicinarsi ai valori fondativi della società.

Nella pronuncia in nota manca un cenno esplicito a questa accezione dell'esperienza carceraria, tuttavia lo si può ricavare dai plurimi rinvii all'art. 3, co. 1, Cost. e al tema della dignità umana.

D'altro canto, a negare questa conclusione si finisce per privare l'esecuzione penitenziaria del più solido fondamento costituzionale. Si potrebbe, magari, affermare che il carcere non sia tra le formazioni di cui parla l'art. 2 Cost., poiché si tratta di un luogo nel quale l'individuo è inserito coattivamente e per ragioni particolari, legate all'accertamento di un fatto criminale. Sarebbe, però, di un argomento semplicistico; da un lato, infatti, la natura obbligata del contesto non esclude la sua attitudine a contribuire alla crescita e alla formazione dell'individuo: si pensi alla scuola dell'obbligo, per la quale senza dubbio vale il richiamo all'art. 2 Cost.; dall'altro, si finirebbe per privare di valore i rapporti interpersonali e quelli con l'autorità negli istituti, con la conseguenza di sottrarli ai valori della Carta.

Un tale approdo si porrebbe in antitesi con il pensiero della Corte, espresso, da ultimo, proprio nella sentenza che si commenta.

E, allora, dato ormai per certo che il carcere debba essere annoverato tra le formazioni rilevanti per l'art. 2 Cost., al suo interno bisogna sollecitare ogni iniziativa utile all'esercizio dei diritti: questo è il significato più profondo che si attribuisce alle parole della Consulta.

Pro futuro si auspica una più esplicita sottolineatura dei nessi con l'art. 2 Cost.: servirebbe a monito ulteriore per un legislatore che, ancora, tende ad affrontare

⁷² Di più: è sicuramente corretto affermare che «la formula usata nell'art. 2 Cost., riconoscendo la centralità dei diritti dell'uomo nella concreta esperienza dell'ordinamento segna il definitivo superamento della tesi "statocentrica" (assolutamente maggioritaria in epoca statutaria e fascista, come si è detto) che affermava il fondamento dei diritti individuali in un'autolimitazione dello Stato» (CARETTI-TARLI BARBIERI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, 2017, 180); applicato l'assunto al carcere, se ne trae la centralità del fine rieducativo, in grado di escludere l'idea di una pena esclusivamente (ed inutilmente) afflittiva.

⁷³ Giunge a questa conclusione, coniugando gli artt. 2 e 27, co. 3, Cost., NEPPI MODONA, *Formazione sociale carceraria e democrazia partecipativa*, in *Politica e diritto*, 1976, 173. Connette questi rilievi al più generale valore della dignità, MALZANI, *Le dimensioni della dignità nel lavoro carcerario*, Torino, 2023, 1.

i temi del carcere con tratti di penna troppo timidi, con il risultato che, ad oggi, mancano le premesse per una riforma organica della materia penitenziaria, improntata alla maggiore tutela delle posizioni individuali. Fino ad allora, non si riuscirà a condividere lo sguardo ottimistico manifestato dalla Corte costituzionale nel proclamare una più marcata attenzione alla vita privata e familiare dei ristretti; in mancanza di un serio investimento, anche economico, su tali tematiche, poi, il timore è che la prassi smentisca queste ultime riflessioni e che i dati sul disagio intramurario siano destinati a non diminuire.

FRANCESCO TRAPELLA