

QUESTIONI APERTE

Illegittimità costituzionale del controllo a vista della persona detenuta durante i colloqui

La decisione

Affettività - Carcere - Pena illegale - Rieducazione - C.E.D.U.

(Art. 18, co. 3 L. 26 luglio 1975, n. 354, 3, 27, co. 3, 76, 117, co. 1 Cost., 8 C.E.D.U.)

È costituzionalmente illegittima la norma che disciplina i colloqui della persona detenuta in quanto non prevede che quest'ultima 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, poiché ciò si traduce in una irragionevole e sproporzionata lesione alla sua dignità personale, costituendo altresì ostacolo per la rieducazione.

CORTE COSTITUZIONALE, 6 dicembre 2023 (dep. 26 gennaio 2024), n. 10 - BARBERA, *Presidente* - PETITTI, *Redattore*

Amore che vieni, amore che vai.

Note penalistiche sulla illegittimità costituzionale del controllo a vista della persona detenuta (a margine di Corte cost., 26 gennaio 2024, n. 10)

Affettività e carcere costituiscono da sempre un binomio all'apparenza inconciliabile. La Corte costituzionale, con sentenza 26 gennaio 2024, n. 10, ha tentato di superare questa visione illiberale della pena carceraria, dichiarando l'incostituzionalità del controllo a vista sulla persona detenuta colloquante. Il testo si sofferma sul *decisum* della Corte costituzionale, svolgendo alcune notazioni critiche sui profili di illegalità e illegittimità della restrizione della libertà affettiva in costanza di detenzione.

Commentary on the Constitutional judgment regarding the legitimacy of on-sight control of the prisoner during his/her visits.

*Emotions and prison have always been an apparently irreconcilable pair. The Italian Constitutional Court, in Judgment No. 10 of 26 January 2024, attempted to overcome this illiberal view of imprisonment, declaring the unconstitutionality of the on-sight control of the prisoner during his/her visits. The text dwells on the Constitutional Court's *decisum*, providing critical remarks on the profiles of illegality and illegitimacy of the restriction of emotional freedom while in detention.*

SOMMARIO: 1. Premessa introduttiva. - 2. La questione di costituzionalità sottoposta alla Corte e i parametri violati secondo il giudice rimettente. - 3. Nel laboratorio della Corte costituzionale. - 3.1. Il precedente del 2012. Critica e superamento nella tesi rimettente... - 3.2. (Segue) ...e nelle argomentazioni della Corte costituzionale. - 3.3. La decisione della Corte costituzionale. - 4. Nelle pieghe del *decisum* della Corte costituzionale: alcuni spunti di riflessioni tra "detto" e "non detto". - 4.1. Legalità e pena. In

particolare: la restrizione della libertà affettiva come “pena illegale”. - 4.1.1. (Segue) Tradire il legislatore (delegante) è tradire la legalità. - 4.2. La restrizione della libertà affettiva come pena illegittima costituzionalmente perché contraria alla sua funzione. L’adeguatezza del richiamo all’art. 3 C.E.D.U. - 5. Nota conclusiva. La rivoluzione dell’“amore penitenziario” tra opportunità e nuovi rischi.

1. *Premessa introduttiva.* Negli ultimi mesi si è molto discusso della sentenza n. 10 del 2024 della Corte costituzionale, la cui eco ha risuonato nei mass media come la decisione che sdogana l’amore inframurario, così restituendo dignità alla dimensione affettiva della persona detenuta.

La decisione ha censurato l’art. 18, co. 3 L. 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull’ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), «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».

Vi è un nesso di implicazione tra la previsione del controllo a vista sulle persone detenute colloquianti e la restrizione della loro libertà affettiva (e sessuale), che è talora dato per scontato, ma è opportuno evidenziare con estrema precisione. Certamente, come chiarito a suo tempo dalla Corte costituzionale¹, il controllo a vista non ha lo scopo di impedire alle persone detenute di esprimere le proprie emozioni nei confronti degli ospiti, che potrebbero virtualmente estendersi fino alla congiunzione carnale - salvo eventualmente incorrere nell’illecito amministrativo di atti osceni, essendo l’istituto penitenziario un luogo pubblico.

Il punto, però, è il seguente: l’idea di essere sotto costante osservazione inibisce la spontaneità delle relazioni umane, di cui l’affettività costituisce l’espressione più elevata².

Se questo è vero in generale, è ancor più vero nel contesto dell’esecuzione carceraria, in cui la persona detenuta *sa* che i suoi gesti, i suoi atteggiamenti, le sue parole e finanche i suoi pensieri possono riverberarsi, per così dire “in

¹ Corte cost., 19 dicembre 2012, n. 301, in www.penalecontemporaneo.it, 17 gennaio 2013, con nota di GRIECO, *La Corte costituzionale sul diritto dei detenuti all’affettività ed alla sessualità*.

² I locali adibiti a tale scopo sono in genere attrezzati con diverse postazioni, tante quante lo spazio fisico della stanza lo consenta, ove prendono posto le persone detenute che ricevono visite e i loro visitatori, in maniera del tutto promiscua. Un’ampia finestra in vetro o, a volte, delle “sbarre” separano l’area dei colloqui dai corridoi ove il personale di polizia penitenziaria è addetto - appunto - a supervisionare l’andamento dei colloqui.

tempo reale”, sulla prova (o, per converso, sulla smentita) della sua rieducazione e, quindi, sulla propria libertà. L’individuo ristretto osservato non agisce secondo la propria libera autodeterminazione, ma in funzione di ciò che ritiene possa essere la reazione dell’osservatore: cosa giudicherà “socialmente adeguato” nel contesto di *quell* istituto di pena³? Ciò riguarda tanto la propria quotidianità, quanto l’esercizio delle (poche) occasioni di affettività che gli vengono concesse con la persona cara – magari rivista per la prima volta dopo molti mesi di restrizione –, sia essa il partner, il figlio, la sorella, la madre.

Al di là del profilo “ontologicamente inibitorio” del controllo a vista inframurario, va poi tenuto in considerazione l’elemento del pudore, che caratterizza l’essere umano con intensità e sfumature diverse da individuo a individuo, e in maniera del tutto naturale impedisce di assumere atteggiamenti percepiti come troppo intimi per essere esposti al pubblico. Volendo esemplificare: per qualcuno potrebbero essere tali anche una carezza o un bacio dati dal padre al proprio figlio maschio adulto.

È evidente, dunque, che la previsione del controllo a vista del personale durante i colloqui costituisca una misura tesa al perseguimento di finalità di sicurezza collettiva all’interno dell’istituto; ma è altrettanto chiaro che essa si ripercuote negativamente sulla libertà affettiva del detenuto, della quale la libertà sessuale, in questo contesto, costituisce una importante declinazione.

Di là della sua portata politica indubbiamente dirompente, la sentenza 10/2024 merita di essere analizzata anche da un punto di vista tecnico-giuridico, perché essa ci sembra un prodotto di raffinata tecnica giudiziaria per molti aspetti: dalla scelta del mezzo (sentenza cd. “additiva di principio”⁴) alla perizia argomentativa⁵, fino al richiamo ai diversi principi costituzionali (e sovranazionali) che sorreggono la decisione.

³ In relazione alla estrema variabilità tra le carceri, osserva di recente Luigi Ferrajoli: «Dietro le loro mura prevalgono regole e prassi non scritte che fanno di ciascun carcere un carcere diverso dall’altro e di ciascuna pena una pena diversa dalle altre: per le differenze in materia di spazi comuni, di abitabilità delle celle, di docce, di ore d’aria, di condizioni igieniche e sanitarie; per le innumerevoli e insensate prescrizioni e soprattutto proibizioni, molte delle quali diverse da carcere a carcere, cui è soggetta la vita quotidiana dei detenuti; per le vessazioni piccole e grandi cui questi sono sottoposti in violazione dei loro diritti fondamentali; per le dinamiche di potere che tutte queste differenze generano tra i detenuti»: FERRAJOLI, *Giustizia e politica. Crisi e rifondazione del garantismo penale*, Bari-Roma, 2024, 218.

⁴ Sul punto si faranno poche considerazioni *infra*, par. 5.

⁵ Sulla logicità intrinseca al testo si veda SERIO, *Privazione della libertà e salvaguardia della dimensione intima: impressioni su Corte costituzionale 10/2024*, in www.questionegiustizia.it, 11 marzo 2024.

Crocevia di principi e canoni di rilevanza costituzionale, tale pronuncia meriterebbe di essere guardata da diverse angolazioni⁶ e studiata con differenti sensibilità⁷: in questa sede, si proverà a osservarla con le lenti del diritto penale, per coglierne i punti di maggior rilievo per questa materia.

2. *La questione di costituzionalità sottoposta alla Corte e i parametri violati secondo il giudice rimettente.* Con ordinanza del 12 gennaio 2023, il Magistrato di sorveglianza di Spoleto ha sollevato questione di legittimità costituzionale in relazione all'art. 18 L. 354/1975. Nella ricostruzione operata dal giudice rimettente, il controllo a vista dei colloquanti, che si traduce in un sostanziale divieto di colloqui intimi tra il detenuto e il partner, si porrebbe in contrasto con gli artt. 2, 3, 13, co. 1 e 4, 27, co. 3, 29, 30, 31, 32, 117, co. 1 Cost.

In particolare, secondo il Magistrato, esso lederebbe il «diritto [del primo] alla libera espressione della propria affettività, anche mediante i rapporti sessuali, quale diritto inviolabile riconosciuto e garantito, secondo il disposto dell'art. 2 Cost.».

L'art. 3 Cost. sarebbe violato sotto il profilo della ragionevolezza, in quanto il divieto di incontri intimi sarebbe assoluto e indiscriminato, non riferito a particolari esigenze di sicurezza, altresì in contrasto con l'indirizzo generale di cui al d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 123, recante «Riforma dell'ordinamento penitenziario, in attuazione della delega di cui all'articolo 1, commi 82, 83 e 85, lettere a), d), i), l), m), o), r), t) e u), della legge 23 giugno 2017, n. 103», il cui art. 11, 1 co. lett. g) n. 3, intervenendo proprio sull'art. 18 L. 354/1975, ha stabilito che i

⁶ Si pensi, solo per fare un esempio, ai risvolti che le questioni sottoposte a censura hanno in relazione ai diritti della famiglia e alla loro salvaguardia ex artt. 29 e 31 Cost.

⁷ Del resto, gli studi in tema di affettività e carcere precedono di molto la sentenza in commento e provengono dai più diversi campi del diritto, delle scienze sociali e della psicologia: a mero titolo di esempio e senza pretesa di esaustività si può vedere VELOTTI, *Il problema sessuale nelle carceri*, in *Rass. studi penit.*, 1974, 278; MASTROPASQUA, *Esecuzione della pena detentiva e tutela dei rapporti familiari e di convivenza*, Bari, 2007; MILAZZO-ZAMMITTI, *Affettività e carcere. Studio qualitativo sulla popolazione in regime di detenzione presso la casa circondariale "Cavadonna" di Siracusa*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2012, 2, 97; DIDDÌ, *Il diritto del detenuto a coltivare legami intimi con persone esterne al carcere: una questione antica e non (ancora) risolta*, in *Proc. pen. giust.*, 2013, 3, 99; CERAUDO, *La sessualità in carcere*, in *Salute e Territorio*, 2014, 201, 293; DELLA BELLA, *Riconoscimento del diritto all'affettività delle persone detenute: uno sguardo all'esperienza francese*, disponibile in www.giustizia.it/resources/cms/documents/SGEP_tavolo14_allegato3.pdf; SALERNO, *Affettività e sessualità nell'esecuzione penale: diritti fondamentali dei detenuti? L'atteggiamento italiano su una questione controversa*, in *Giur. pen. web*, 2017, 1; Aa.Vv., *Affettività e carcere: un binomio (im)possibile?*, in *Giur. pen. web*, 2019, 2-bis.

locali destinati ai colloqui con i familiari favoriscono, ove possibile, una dimensione riservata dell'incontro.

Vi sarebbe poi un'ingiustificata disparità di trattamento rispetto agli istituti minorili, per i quali l'art. 19, co. 4 d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121, recante «Disciplina dell'esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni, in attuazione della delega di cui all'art. 1, commi 82, 83 e 85, lettera p), della legge 23 giugno 2017, n. 103», ha previsto la riproduzione di ambienti di tipo domestico ove possano svolgersi visite prolungate a tutela dell'affettività.

Sarebbe altresì violato l'art. 13, co. 1 e 4 Cost., perché «[l]a forzata astinenza dai rapporti sessuali con i congiunti in libertà» integrerebbe una compressione aggiuntiva della libertà personale, del tutto ingiustificata nel caso sottoposto al suo giudizio, trattandosi di un condannato ristretto in regime di media sicurezza.

Inoltre, il divieto di assecondare una normale sessualità si risolverebbe in una violenza fisica e morale sulla persona sottoposta a restrizione di libertà, con negativa incidenza su qualunque progetto di nuova genitorialità. Ne deriverebbe, quindi, anche un *vulnus* alla serenità e alla stabilità della famiglia, protette dagli artt. 29, 30 e 31 Cost., nonché un danno alla salute psicofisica del detenuto, garantita dall'art. 32 Cost.

Ancora, detta previsione sarebbe contraria al senso di umanità e inidonea alla finalità rieducativa, con violazione dunque dell'art. 27, co. 3 Cost., posto che in tal modo una pena condurrebbe, «attraverso la sottrazione di una porzione significativa di libera disponibilità del proprio corpo e del proprio esprimere affetto, ad una regressione del detenuto verso una dimensione infantilizzante».

Non mancano, secondo il rimettente, anche violazioni di carattere sovranazionale che - al di là della loro rilevanza intrinseca - importano altresì l'ulteriore violazione del parametro *ex art.* 117, co. 1 Cost. Attraverso quest'ultimo richiamo, infatti, si denuncia la violazione degli artt. 3 e 8 C.E.D.U., poiché la coattiva privazione dell'affettività sfocerebbe in un trattamento inumano e degradante, nel medesimo tempo ledendo il diritto della persona detenuta al rispetto della propria vita privata e familiare.

3. *Nel laboratorio della Corte costituzionale.* Con la sentenza citata, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale parziale dell'art. 18 L. 354/1975, 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 suo comportamento in carcere, non ostino ragioni di sicurezza o esigenze di mantenimento dell'ordine e della disciplina, né, riguardo all'imputato, ragioni giudiziarie.

La Corte ha riscontrato la violazione degli artt. 3 e 27, co. 3 Cost. per l'irragionevole compressione della dignità della persona causata dalla suddetta previsione e per l'ostacolo che da essa deriva alla finalità rieducativa della pena⁸.

Si riconosce, inoltre, che una larga maggioranza degli ordinamenti europei ammette che le persone detenute possano accedere a spazi di espressione dell'affettività inframuraria, inclusa la sessualità; pertanto – secondo le ragioni della Corte – deve ritenersi violato anche l'art. 117, co. 1 Cost., in relazione all'art. 8 C.E.D.U., per il difetto di proporzionalità di un divieto radicale di manifestazione dell'affettività “entro le mura”.

3.1. *Il precedente del 2012. Critica e superamento nella tesi rimettente...* Va rammentato, preliminarmente, che la questione sottoposta all'attenzione della Corte registrava già un precedente, richiamato dal rimettente al fine di vagliare l'attualità delle ragioni che in quella circostanza avevano condotto alla declaratoria di inammissibilità delle questioni sollevate. In particolare, la Corte costituzionale, con la sentenza 19 dicembre 2012, n. 301, aveva dichiarato l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 18, co. 2 L. 354/1975⁹, nella parte in cui prevedeva il controllo visivo del personale di custodia sui colloqui dei detenuti e degli internati, in tal modo impedendo loro di avere rapporti affettivi intimi, anche sessuali, con il coniuge o con la persona ad essi legata da uno stabile rapporto di convivenza¹⁰.

⁸ La Corte costituzionale considera le ulteriori violazioni lamentate assorbite dai parametri di cui agli artt. 3 e 27, co. 3 Cost. La scelta può dirsi condivisibile, in ragione del fatto che il *vultus* alla serenità e alla stabilità della famiglia, nonché alla salute psicofisica della persona detenuta, pur essendo di per sé rilevanti in senso assoluto, assumono nel contesto penitenziario una posizione qualificata in ragione del significato che a esse assegna la legge di ordinamento penitenziario e, di conseguenza, diventano la colonna portante della finalità della pena. In altri termini, la disposizione sarebbe da ritenersi comunque incostituzionale – anche ove non si riconoscesse una lesione agli artt. 29, 30, 31 e 32 Cost. – perché le conseguenze a cui conduce sul piano personale e familiare della persona detenuta non le consentono di compiere un percorso risocializzante; sul punto si veda anche quanto si dirà nel par. 4.2. Incerta sulla questione è GIUGNI, *Diritto all'affettività delle persone detenute: la Corte costituzionale apre ai colloqui intimi in carcere*, in www.sistemapenale.it, 2 febbraio 2024.

⁹ Si ricorda che l'articolazione interna all'art. 18 L. 354/1975 è stata oggetto di modifica del d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 123.

¹⁰ Corte cost., 19 dicembre 2012, n. 301, cit.

Secondo la tesi del Magistrato, le motivazioni allora sottese alla decisione della Corte non possono ritenersi ancora attuali, poiché l'odierno quadro normativo è radicalmente mutato. Vi sarebbe oggi la possibilità di superare la principale ragione posta a fondamento del rigetto della questione sollevata, vale a dire la selezione delle persone legittimate alle visite riservate.

A tal fine, il rimettente menziona due indicazioni legislative idonee a circoscrivere in maniera utile il ventaglio degli aventi diritto: da un lato l'art. 1, co. 38 L. 20 maggio 2016, n. 76¹¹, che ha parificato i diritti del convivente a quelli del coniuge nei casi previsti dall'ordinamento penitenziario; dall'altro, l'art. 2-*quinq*ues d.l. 30 aprile 2020, n. 28¹², convertito, con modificazioni, nella L. 25 giugno 2020, n. 70, sulla corrispondenza telefonica del detenuto con le persone a lui legate da stabile relazione affettiva.

A partire da queste due indicazioni normative, dunque, sarebbe oggi possibile ammettere a colloqui intimi con le persone detenute tanto il coniuge quanto la persona convivente, così come la persona che pure non sia convivente ma che risulti legata alla persona ristretta da stabile relazione affettiva.

3.2. (*Segue*) ...e nelle argomentazioni della Corte costituzionale. Nel confronto con il proprio precedente la Corte costituzionale mostra equilibrio e lucidità.

I giudici, interrogandosi sull'eventuale rilevanza che avrebbe potuto assumere nel contesto della questione sollevata la menzionata sentenza del 2012, chiariscono anzitutto le ragioni che al tempo avevano condotto all'inammissibilità: (I) l'incompleta descrizione della fattispecie concreta da parte del rimettente; (II) la natura dei parametri evocati, attesa in particolare la mancata deduzione allora di parametri convenzionali; (III) l'assenza nell'ordinamento penitenziario del tempo di indicazioni chiare per poter individuare i soggetti destinatari della prescrizione¹³.

L'attuale questione di costituzionalità - a parere della Corte - si pone in una prospettiva differente, che merita considerazione proprio perché tutte le

¹¹ Avente ad oggetto la «Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze».

¹² Contenente «Misure urgenti per la funzionalità dei sistemi di intercettazioni di conversazioni e comunicazioni, ulteriori misure urgenti in materia di ordinamento penitenziario, nonché disposizioni integrative e di coordinamento in materia di giustizia civile, amministrativa e contabile e misure urgenti per l'introduzione del sistema di allerta Covid-19».

¹³ Per un approfondimento rispetto a questi punti si veda GRIECO, *La Corte costituzionale sul diritto dei detenuti all'affettività*, cit.

ragioni che avevano sorretto la dichiarata inammissibilità nel 2012 non possono dirsi esenti dall'usura del tempo o possono comunque essere ridimensionate. In particolare, in questa occasione il rimettente si è premurato di descrivere dettagliatamente la fattispecie concreta, specificando anche le ragioni per cui gli altri istituti esistenti nell'ordinamento penitenziario non si erano rivelati idonei e sufficienti a garantire il diritto all'affettività della persona detenuta. Il riferimento è, evidentemente, ai permessi premio, che rimangono subordinati a una logica di premialità e comunque non sono destinati a tutte le categorie di detenuti, tagliando fuori i "non definitivi".

Anche i parametri invocati in questo caso risultano più stringenti, in termini assoluti ma anche per l'aver opportunamente richiamato la violazione di norme convenzionali, direttamente incidenti sul nostro assetto ordinamentale per il tramite dell'art. 117, co. 1 Cost.

Da ultimo - precisa la Corte - l'ordinamento penitenziario ha registrato significative innovazioni, che delineano oggi un quadro normativo decisamente diverso rispetto al 2012. Nello specifico, è emersa un'indicazione chiara circa le relazioni qualificate della persona detenuta, meritevoli e bisognose di una considerazione differenziata anche "dentro le mura".

La Corte articola il proprio ragionamento riferendosi a tre fonti normative, in effetti richiamate già dal giudice rimettente: (I) l'art. 1, co. 38 L. 76/2016, a tenore del quale «[i] conviventi di fatto hanno gli stessi diritti spettanti al coniuge nei casi previsti dall'ordinamento penitenziario», disposizione che la Corte di Cassazione ha precisato riferirsi «alla necessità di tutelare la diretta relazione interpersonale»¹⁴; (II) l'art. 1, co. 20 L. 76/2016, in base al quale i diritti del coniuge in tema di colloqui penitenziari sono estesi anche alla parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso; (III) lo stesso art. 18 L. 354/1975, così come *medio tempore* arricchito di un riferimento privilegiato alla riservatezza dei colloqui tra detenuto e familiari, tramite l'inserzione, a opera dell'art. 11, co. 1 lett. g) n. 3 d.lgs. 123/2018, di un periodo aggiuntivo nel secondo comma (divenuto terzo comma) dell'art. 18, ai sensi del quale «[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».

¹⁴ Cass., Sez. I, 10 febbraio 2022, n. 4641.

La Corte richiama *in limine* anche quanto disposto per gli istituti minorili dall'art. 19, co. 3 d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121: «[a]ll fine di favorire le relazioni affettive, il detenuto può usufruire ogni mese di quattro visite prolungate della durata non inferiore a quattro ore e non superiore a sei ore», che ritiene emblematico di un contesto normativo fortemente innovato rispetto a quello in cui venne pronunciata la sentenza 301/2012.

Infine, si specifica che per i detenuti adulti il legislatore, esercitando la delega complessiva di cui all'art. 1, co. 82, L. 23 giugno 2017, n. 103¹⁵, non ha dato seguito al criterio direttivo enunciato dalla lett. n) del successivo comma 85 («riconoscimento del diritto all'affettività delle persone detenute e internate e disciplina delle condizioni generali per il suo esercizio»). Secondo la Corte, «questa scelta del legislatore delegato ha lasciato aperta la pregressa lacuna, ma in un contesto generale che già era a quel tempo sensibilmente mutato»¹⁶.

3.3. *La decisione della Corte costituzionale.* Appurata la diversità di contesto rispetto al precedente che aveva condotto a tutt'altro esito, la Corte definisce le ragioni per cui la questione debba ritenersi fondata.

Viene anzitutto ricordato che l'ordinamento giuridico tutela le relazioni affettive della persona nelle formazioni sociali in cui esse si esprimono, riconoscendo ai soggetti legati da tali relazioni la libertà di vivere pienamente il sentimento di affetto che ne costituisce l'essenza. Seppure lo stato di detenzione possa certamente incidere sui termini e sulle modalità dell'esercizio di questa libertà - chiarisce la Corte - esso non può tradursi nella sua radicale negazione, per il tramite di una previsione astratta e generalizzata che non tiene conto delle condizioni individuali della persona detenuta e delle specifiche prospettive del suo rientro in società.

L'art. 18 L. 354/1975, in effetti, prescrive il controllo visivo dei colloquanti senza eccezione alcuna. Ora, il controllo a vista sullo svolgimento del colloquio - prosegue la Corte - per forza di cose restringe lo spazio di espressione dell'affettività, posta la naturale intimità che questa presuppone in ogni sua manifestazione, ivi compresa la sfera di maggiore riservatezza, cioè quella sessuale. Secondo i giudici, questo automatismo è da ritenersi irragionevole, nel senso che esso non appare giustificato da alcuna esigenza concomitante, e pertanto contrario agli artt. 3 e 27, co. 3 Cost.

¹⁵ «Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario».

¹⁶ Corte cost., 26 gennaio 2024, n. 10.

D'altronde, stante l'evoluto quadro giuridico europeo, in cui una larga maggioranza degli ordinamenti riconosce alle persone detenute spazi più o meno ampi di espressione dell'affettività intramuraria, inclusa la sessualità, la questione risulta rilevante anche in relazione al parametro interposto dell'art. 117, co. 1 Cost., in relazione all'art. 8 C.E.D.U., in quanto il carattere assoluto e indiscriminato del divieto di esercizio della detta affettività comporta una compressione del diritto al rispetto della vita privata e familiare, garantito dal paragrafo 1 dell'art. 8 C.E.D.U., senza che sia ravvisabile in concreto la necessità di una misura restrittiva per esigenze di prevenzione dei reati e di difesa dell'ordine pubblico, così come richiederebbe il successivo paragrafo 2 del medesimo articolo.

La sentenza si sofferma altresì sul rapporto tra istituti premiali (permessi premio) ed esigenza di consentire alle persone ristrette di coltivare le proprie relazioni affettive. Secondo la Corte, la concessione di permessi premio non ha piena efficacia satisfattiva di tale esigenza, poiché, da un lato, la logica della premialità di per sé esclude l'accesso a una larga parte della popolazione detenuta, stante la presenza di specifici presupposti soggettivi e oggettivi cui è subordinata la relativa concessione; dall'altro, l'affettività, in quanto diritto di cui dovrebbe garantirsi il godimento, dovrebbe essere sottratta alle dinamiche preclusive dettate dalla presenza di sanzioni disciplinari, che invece ben possono legittimare la mancata concessione di un permesso "premio".

Trattandosi, come accennato, di una sentenza additiva di principio, la Corte si preoccupa altresì di fornire delle indicazioni "operative" volte a facilitare l'immediata praticabilità del nuovo regime, conseguente alla declaratoria di incostituzionalità.

Dopo aver indicato alcuni principi di riferimento per garantire il rispetto dell'affettività in carcere, i giudici chiariscono che la concreta possibilità di effettuare colloqui intimi deve di necessità entrare in bilanciamento con le ragioni di sicurezza, di garanzia del mantenimento dell'ordine pubblico e della disciplina e con le finalità di carattere giudiziario per quanto attiene alle persone detenute in attesa di giudizio, in conformità con quanto previsto dall'art. 5 L. 354/1975. Nell'ambito delle indicazioni operative, la Corte tiene a precisare che, in coerenza con l'oggetto del giudizio principale, la decisione non concerne i regimi detentivi speciali, che in quanto tali sono soggetti a restrizioni che seguono logiche particolari.

Infine, si fa naturalmente salva la piena facoltà del legislatore di disciplinare autonomamente la materia, «stabilendo termini e condizioni diversi da quelli enunciati, purché idonei a garantire l'esercizio dell'affettività dei detenuti nel senso fatto proprio dalla presente pronuncia»¹⁷.

4. *Nelle pieghe del decisum della Corte costituzionale: alcuni spunti di riflessioni tra “detto” e “non detto”.* La pronuncia costituzionale in commento – come notato – meriterebbe un'attenta riflessione da diverse angolazioni.

In questa sede si è scelto di porre l'accento su due tra le argomentazioni portate dalla Corte a sostegno della propria tesi. Esse racchiudono – ad avviso di chi scrive – il senso più profondo della legittimità della decisione, potendo perfino stemperare quella portata “ideologica” di cui alcuni sarebbero tentati di tacciare la pronuncia: si tratta del richiamo alla legalità della pena, nei termini che meglio verranno chiariti *infra*¹⁸, e dell'inquadramento del diritto all'affettività inframuraria in seno alla funzione rieducativa della pena.

4.1. *Legalità e pena. In particolare: la restrizione della libertà affettiva come “pena illegale”.* Lungi dal volere (e potere) ripercorrere qui le articolate vicende della legalità penale, che – in fin dei conti – rappresentano quelle del diritto penale nel corso dei secoli¹⁹, si tenterà di recuperare il contenuto minimo del legame tra il principio di legalità – nella sua attuale dimensione multilivello – e la pena, che traspare tra le righe della sentenza 10/2024, per chiarire in che modo l'idea della restrizione della libertà affettiva in costanza di detenzione rappresenti una “pena illegale”, come tale suscettibile di essere espunta dal nostro sistema giuridico-penale.

La restrizione della libertà affettiva nei confronti delle persone detenute può essere inquadrata nei termini di pena tanto illegale quanto illegittima.

Il tema dell'illegalità della pena ritorna ciclicamente nella giurisprudenza della Corte di cassazione²⁰, con sfumature differenti. In estrema sintesi, possono darsi

¹⁷ Corte cost., 26 gennaio 2024, n. 10, punto 9.

¹⁸ Pur senza essere esplicitamente menzionato come parametro di riferimento per la dichiarazione di illegittimità della norma censurata, infatti, l'art. 25, co. 2 Cost. sorregge l'architettura del ragionamento costituzionale, al punto da non poter sfuggire allo sguardo del penalista più accorto.

¹⁹ V. la ricostruzione storica di MOCCIA, *La promessa non mantenuta. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001, spec. 14 ss., a partire dal pensiero del Feuerbach.

²⁰ *Ex multis*, Cass., Sez. un., 13 ottobre 2022, n. 38809; Cass., Sez. un., 31 marzo 2022, n. 47182; Cass.,

due tipologie di pena “illegale”. La prima è quella della pena “illegale” in astratto, vale a dire quella che è determinata in forza di norme illegittime; la seconda è quella di pena “illegale” in concreto, nel senso che essa supera il massimo vigente della pena irrogabile²¹. L’illegalità è tradizionalmente valutata in relazione al *quantum* di pena, con la conseguenza che quest’ultima potrà essere rideterminata in seguito a una declaratoria di incostituzionalità o nell’ipotesi in cui la sanzione in concreto irrogata dal giudice superi il massimo previsto dalla legge per quella tipologia di casi²².

Si è soliti espungere i profili che riguardano il regime applicativo della sanzione, a meno che la difforme determinazione concreta rispetto al tipo astratto non conduca all’irrogazione di una pena estranea all’ordinamento²³. Quest’ultimo punto tocca anche il tema della pena altresì fondata su precetti incostituzionali, la cui contrarietà alla Carta fondamentale, però, si attesta in relazione all’assenza di una base legale che legittimi quella tipologia di pena (o addirittura la presenza di una rete di principi che ne escluda radicalmente la prevedibilità)²⁴.

Tale situazione può aversi laddove la pena in concreto irrogata si traduca nell’inflizione di una “sanzione” (in tutto o in parte) priva di copertura legale.

Come è noto, il riferimento al genere e alle specie sanzionatorio-penali previste nel nostro sistema è contenuto negli artt. 17 e 18 c.p. Il primo, nell’elencare in maniera tassativa e vincolante le “specie” di pene principali, fa il paio con il criterio formale di individuazione delle due fattispecie tipiche di reato: delitti e contravvenzioni. L’art. 18 c.p., invece, distingue tra “pene detentive” e “pene pecuniarie”, in ragione del tipo di bene compreso dalla pena.

La pena detentiva trova, quindi, il fondamento della propria legittimità nella legge; se essa è considerata una forma ammissibile di esercizio della potestà punitiva da parte dello Stato – senza entrare nel merito del dibattito abolizionista –, si dovrà necessariamente accettare che tale pratica comporti un certo grado di compressione dei diritti fondamentali della persona sottoposta a

Sez. un., 28 luglio 2015, n. 33040; cfr., inoltre, Cass., Sez. VI, 15 luglio 2014, n. 32243; Cass., Sez. II, 7 maggio 2013, n. 20275.

²¹ RICCARDI, *Giudicato penale e “incostituzionalità” della pena*, in www.penalecontemporaneo.it, 26 gennaio 2015, 14.

²² In argomento, RICCARDI, *Giudicato penale e “incostituzionalità” della pena*, cit., 14 ss.; v. anche CANZIAN, *Quando è incostituzionale la pena. Illegittimità di norme penali sostanziali non incriminatrici e tutela della libertà personale*, in *Giur. cost.*, 2015, 3, 1121 ss.

²³ Cass., Sez. un., 12 gennaio 2023, n. 877, in *Dejure*.

²⁴ Sottolinea il *deficit* di legalità delle afflizioni che sovente si accompagnano alla pena detentiva nella sua fase esecutiva in concreto FERRAJOLI, *Giustizia e politica*, cit., 218.

misura²⁵. Si tratta di definire il limite entro cui tale compressione sia legittima rispetto alla condanna. Bisogna domandarsi quindi (I) se la privazione della libertà affettiva rientri di per sé nel concetto di privazione della libertà personale; e, quand'anche fosse così, (II) se comunque essa sia sempre conseguenza indefettibile e non graduabile della privazione della libertà personale in sé; in altri termini, se essa sussiste sempre a prescindere da un rapporto di proporzionalità tra la violazione e la sua conseguenza.

La risposta alla prima questione è meno scontata di quel che ci si aspetterebbe. Per libertà personale si intende oggi la libertà di disporre del proprio corpo senza ingerenze di carattere fisico o morale²⁶. Di conseguenza, in un generico concetto di privazione della libertà personale potrebbe in astratto rientrare l'idea di "ostruzione" alla dimensione affettiva della persona, nella misura in cui quest'ultima non sia totalmente libera di disporre di sé e quindi anche della sua affettività. È evidente che tale accezione sia ancora troppo vaga e incerta per assumere pregnanza giuridica, visto che la Costituzione italiana prescrive come non sia ammessa qualsiasi restrizione della libertà personale, «se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria e *nei soli casi e modi previsti* dalla legge» (art. 13, corsivo aggiunto). Occorre allora domandarsi se la limitazione alla libertà affettiva sia conseguenza indefettibile di una ulteriore restrizione della libertà personale prevista dalla legge e attuata per mezzo di atto motivato dell'autorità giudiziaria o se sia essa stessa prevista dalla legge e attuata per mezzo di atto motivato dell'autorità giudiziaria.

Quanto al primo interrogativo, la limitazione da cui in concreto deriva la restrizione della libertà personale è naturalmente lo stato di detenzione, che di per sé non implica di necessità la deprivatione dell'affettività individuale. Basti notare che quest'ultima non rientra nel concetto astratto di "detenzione", né è specificamente prevista come sua conseguenza dalla legge. La legge, del resto, non prescrive neppure ipotesi di privazione della libertà personale *sub specie* libertà di coltivare le proprie relazioni affettive come conseguenza

²⁵ Negli stessi termini NICOSIA, *Trattamento penitenziario e diritti fondamentali alla luce del diritto sovranazionale*, in *Libertà dal carcere, libertà nel carcere*, a cura di Gaboardi-Gargani-Morgante-Presotto-Serraino, Torino, 2013, 10.

²⁶ In questo senso secondo una lettura conforme all'evoluzione culturale e alla crescita della coscienza democratica, che tenga conto dei profili di garanzia connessi ai diritti inviolabili in genere e alla libertà personale in specie: si vedano BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 111 ss.; DE CARO, *Libertà personale (profili costituzionali)*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 2005, vol. Agg. III, t. I, 829 ss.

sanzionatoria autonoma e ulteriore. Anzi e al contrario, nello specifico contesto della detenzione carceraria, la legge dispone che sia dedicata «particolare cura [nel] mantenere, migliorare o ristabilire le relazioni dei detenuti e degli internati con le famiglie» (art. 28 L. 354/1975), quale nucleo principale dell'affettività individuale.

L'attuale art. 18, co. 4 L. 354/1975 statuisce che “particolare favore” deve essere accordato ai colloqui con i familiari, precisando al comma precedente che i colloqui con i familiari devono svolgersi in una dimensione il più possibile riservata²⁷.

Pertanto, non sembrano potersi rinvenire elementi tesi a prevedere una limitazione della libertà affettiva come diretta e necessaria conseguenza della privazione della libertà personale. Di contro, possono riscontrarsi numerosi elementi indiziati di un *favor* legislativo nei confronti delle relazioni più intime e “qualificate” delle persone detenute, a conferma dell'importanza attribuita alla sfera affettiva.

La privazione della libertà affettiva mostra già a questo stadio, quindi, dei profili di illegalità in quanto essa costituisce conseguenza limitativa della propria libertà derivante dal reato e inflitta senza una valida copertura di legge. Come tale, è legittimo l'intervento della Corte costituzionale volto a rimuoverla: essa non è prevista da alcuna norma del nostro ordinamento giuridico (violazione dell'art. 25, co. 2 Cost.) e, anzi, contrasta con alcuni dei più basilari precetti costituzionali posti a tutela della persona umana (artt. 3, 13, 29, 31, 32 Cost.). Per altro verso, pur non volendo considerare la restrizione della libertà affettiva come conseguenza autonoma del reato e non sorretta da alcuna base giuridica e volendo invece ritenere che essa sia conseguenza non voluta della limitazione della libertà personale *ex lege* imposta dalla pena detentiva, rimarrebbero fermi i rilievi di assoluta irragionevolezza espressi dalla Corte costituzionale: se si

²⁷ Disposizione così modificata dall'art. 11, co. 1 lett. g) n. 3 d.lgs. 123/2018. In riferimento all'attuale dizione normativa è stato detto che essa avrebbe potuto aprire «in qualche modo ad una maggiore considerazione dell'esercizio, tutto “privato”, del diritto all'affettività in ambito carcerario ed apre scenari imprevedibili implicando una possibile sottrazione, seppur limitata, al controllo permanentemente visivo dei colloqui familiari»: così BORTOLATO, *Luci ed ombre di una riforma a metà: i decreti legislativi 123 e 124 del 2 ottobre 2018*, in *Quest. giust.*, 2018, 3. Anche senza necessariamente spingersi sino a tale estensione del dato letterale, comunque sino a ora smentita dalla prassi, si può comunque osservare che anche il legislatore delegato ha riconosciuto alla riservatezza dei rapporti familiari una particolare importanza. Con riferimento alla nozione di “familiari” va poi precisato che essa deve intendersi in senso ampio, in particolare devono potersi includere le persone legate al detenuto da stabile relazione affettiva (art. 2-*quinquies* d.l. 30 aprile 2020, n. 28 convertito, con modificazioni, nella L. 25 giugno 2020, n. 70).

trattasse di contenuto della pena, esso non potrebbe sfuggire al giudizio di proporzionalità, dovendo escludere qualunque automatismo.

Ma una tale prescrizione difficilmente potrebbe conciliarsi con le finalità della pena²⁸, secondo il dettato della Carta costituzionale italiana e della C.E.D.U., come ben evidenziato dal giudice remittente²⁹ e dalla Corte costituzionale³⁰. Il precetto che consente l'infrazione di quella "pena illegale" diviene esso stesso *contra legem* e, pertanto, deve essere corretto³¹.

²⁸ Sul punto, *infra*, par. 4.2.

²⁹ *Supra*, par. 2.

³⁰ *Supra*, par. 3.3.

³¹ È proprio grazie al crescente protagonismo dei diritti fondamentali, influenzato anche da C.E.D.U. e relativa giurisprudenza, che, a sua volta, ha portato a una polarizzazione sulle istanze di tutela di questi ultimi, che il *nulla poena sine lege* è diventato anche contenitore di un concetto di legalità (e quindi anche *illegalità*) della pena, intesa come conseguenza sanzionatoria rispondente ai canoni della legalità tanto nazionale quanto convenzionale, cui neppure la tradizionale barriera della certezza del diritto ha potuto resistere: v. PALAZZO, *Il principio di legalità tra costituzione e suggestioni sovranazionali*, in www.lalegislazionepenale.eu, 29 gennaio 2016, 6 ss., secondo cui si sarebbe determinato «un cortocircuito all'interno della legalità penale tra l'istanza liberale democratico-rappresentativa e quella costituzionale del potenziamento dei diritti»; v. anche DELMAS-MARTY, *Dal codice penale ai diritti dell'uomo*, Milano, 1992, 94; l'A. individua poi la seguente nozione di legalità convenzionale: «la *legalité*, on retiendra surtout qu'elle prend une signification « européenne », c'est-à-dire autonome, à la fois plus large et plus étroite qu'en droit interne»: così ID., *Contraintes européennes et politique criminelle*, in *Revue trimestrielle de droits de l'homme*, 1992, 12, 437. Su questa scorta, la giurisprudenza di Strasburgo ha individuato una nozione di pena attenta ai due profili di "accessibilità" e "prevedibilità" delle decisioni giudiziali alla luce delle leggi vigenti e dei precedenti in materia (si vedano le sentenze Corte EDU, *Baskaya e Oçkuoglu c. Turchia*, 8 luglio 1999; Corte EDU, *E.K. c. Turchia*, 28 novembre 2000; Corte EDU, *Del Rio Prada c. Spagna*, 21 ottobre 2013), e della "natura sostanziale" della sanzione irrogata che, a prescindere dalla denominazione adottata o dalla funzione formalmente attribuita in sede nazionale, deve avere carattere "afflittivo" (per tutte, si veda Corte EDU, *Sud Fondi c. Italia*, 20 gennaio 2009). Entrambi hanno una valenza fondativa della pena in senso convenzionale, tale da potersi ritenere censurabili anche a prescindere dal dato formale dell'irrevocabilità della sentenza, in linea con la stessa idea di legalità secondo la Convenzione (si veda Corte EDU, *Scoppola c. Italia*, 17 settembre 2009; principio, come è noto, esteso dalle Sezioni unite a coloro che, pur non avendo esperito il rimedio del ricorso individuale alla Corte, si trovassero nell'analoga situazione giuridica del ricorrente: Cass., Sez. un., 19 aprile 2012, n. 34472, con nota di GAMBARDELLA, *Overruling favorevole della Corte Europea e revoca del giudicato di condanna: a proposito dei casi analoghi alla sentenza "Scoppola"*, in *Cass. pen.*, 2012, 3969; Cass., Sez. un., 24 ottobre 2013, n. 18821; con nota di VIGANÒ, *Pena illegittima e giudicato. Riflessioni in margine alla pronuncia delle Sezioni unite che chiude la saga de "fratelli minori" di Scoppola*, in www.penalecontemporaneo.it, 12 maggio 2014). Per una lettura dell'art. 7 C.E.D.U. come fondamento di un più generale principio di legalità dei delitti e delle pene (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) nel sistema europeo di tutela dei diritti dell'uomo, che superi la sola irretroattività, si veda in giurisprudenza, *ex multis*, Corte EDU, *Kokkinakis c. Grecia*, 25 maggio 1993, § 52; Corte EDU, *Cantoni c. Francia*, 15 novembre 1996, § 29; Corte EDU, *K.H.W. c. Rep. fed. tedesca*, 22 marzo 2001, § 45, sulla scorta di cui l'interpretazione e l'applicazione dell'art. 7 C.E.D.U. deve essere tale da garantire una protezione effettiva da procedimenti, condanne e sanzioni arbitrarie. In dottrina, v. PETTOELLO MANTOVANI, *Convenzione europea e*

4.1.1. *(Segue) Tradire il legislatore (delegante) è tradire la legalità.* A quanto detto, si aggiunge una breve notazione, ritenuta essenziale per chiarire la natura “illegale” della restrizione della libertà affettiva.

Nell’ambito della normazione penale, come è noto, ampio è il ricorso alla legislazione delegata. Questa opzione, di norma consentita dalla stessa Costituzione nei limiti di operatività offerti dalla riserva di legge, è soggetta a vincoli e criteri in essa contenuti e – per quel che attiene in particolare ai decreti legislativi – specificati all’art. 76 Cost.

Pur senza entrare nel merito di una trattazione fin troppo ampia per questa sede, si può chiarire che, in forza del precetto costituzionale, la discrezionalità del legislatore delegato è correttamente esercitata allorché dia luogo a scelte conformi al generale principio di ragionevolezza e proporzionalità desumibile dall’art. 3 Cost.³². Anche nel silenzio della legge delega, infatti, il legislatore delegato è tenuto all’osservanza dei precetti costituzionali, indipendentemente da ogni richiamo che di essi faccia la norma delegante³³. Ciò significa che l’esercizio della delega è legittimo quando il legislatore delegato rimanga nel perimetro dei principi e dei criteri direttivi dettati dalla legge delega o quando, pur discostandosene, ponga norme coerenti con il generale assetto assiologico che la Costituzione pone per la materia regolata. Se ne desume che ove la norma delegata cada al di fuori del perimetro dei principi e criteri direttivi della legge delega (anche in difetto), e non sia neppure sorretta da una motivazione assiologico-costituzionale, essa debba considerarsi posta in violazione dell’art. 76 Cost.

La tematica merita particolare attenzione allorché si tratti di normazione penale. Il legislatore delegato, infatti, non può decidere arbitrariamente di non

principio di legalità, in *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, Milano, 1991, vol. I, 497; ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in *La convenzione europea dei diritti dell’uomo nell’ordinamento penale italiano*, a cura di Manes-Zagrebel'sky, Milano, 2011, 69 ss.; VALENTINI, *Diritto penale intertemporale. Logiche intercontinentali ed ermeneutica europea*, Milano, 2012. Sull’influenza nei confronti del giudicato si vedano anche RUGGERI, *La cederevolezza della cosa giudicata all’impatto con la Convenzione europea dei diritti umani... ovvero sia quando la certezza del diritto è obbligata a cedere il passo alla certezza dei diritti*, in *Leg. pen.*, 2011, 2, 481 ss.; MANES, *Retroattività, diritto e processo penale (da Scoppola a Contrada)*, in *La Corte di Strasburgo - Gli speciali della rivista “Questione giustizia”*, a cura di Buffa-Civinini, Milano, 2019, 688; in relazione a ulteriori ambiti di influenza della Convenzione sulla parte generale del diritto penale, cfr. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell’uomo e diritto penale*, Torino, 2006, 37 ss.

³² Corte cost., 23 marzo 2016, n. 59.

³³ Corte cost., 23 novembre 2007, n. 401.

dar seguito a uno dei contenuti della delega, perché in tal modo agirebbe da legislatore “primario” e dunque la copertura offerta dalla delega alla riserva di legge andrebbe vanificata.

In relazione alla legalità penale, si è parlato e si continua a parlare di “tradimento della legalità” per mettere in guardia da un atteggiamento di eccessiva invadenza delle fonti extranazionali che inducono l’interprete domestico a considerare conforme a legalità ciò che per sua originaria impostazione non dovrebbe essere. Attenta dottrina ha osservato che «tradisce la legalità anche, e forse prima di tutti, il legislatore»³⁴.

Traditore della legalità costituzionale è pure quel legislatore (delegato) che produca norme in contrasto con i principi sanciti dalla legge delega, con conseguente violazione dell’art. 76 Cost. per inosservanza del dovere di inserirsi in modo coerente nel complessivo quadro normativo di riferimento, rispettando la *ratio* della delega e gli indirizzi generali desumibili da essa³⁵. Il principio contenuto nell’art. 25, co. 2 Cost., come è noto, si pone a garanzia di tutela da possibili arbitri dell’apparato esecutivo nei confronti del cittadino: garanzia che copre non solo la forma (decreto delegato dal Parlamento), ma anche e soprattutto la sostanza che quella forma si incarica di presidiare (contenuto della delega).

Questo tema è ben presente in riferimento alla tematica che qui ci occupa. È stato già anticipato, infatti, che il legislatore del 2018, esercitando la delega complessiva di cui all’art. 1, co. 82 L. 103/2017, ha scelto di non dare seguito al criterio direttivo enunciato dalla lett. n) del comma 85 del medesimo articolo, ove si sanciva il «riconoscimento del diritto all’affettività delle persone detenute e internate e disciplina delle condizioni generali per il suo esercizio». Oltre ai condivisibili rilievi concernenti l’opportunità di questa scelta³⁶, persiste un forte dubbio sulla sua legittimità con riferimento al principio di riserva di legge in materia penale. Oramai da tempo, la più sensibile dottrina ha ritenuto di dover ricondurre la materia dell’esecuzione penale, e in particolare gli istituti incidenti sulla libertà personale, al terreno del penale sostanziale, con conseguente

³⁴ PALAZZO, *Il principio di legalità*, cit., 3, che tra i tanti possibili esempi fa quello delle misure di prevenzione, capaci di inghiottire – quale vero e proprio “buco nero” dell’ordinamento – tutta la faticosa tessitura dei grandi principi di garanzia, dalla legalità appunto alla presunzione di non colpevolezza.

³⁵ Corte cost., 2 febbraio 2018, n. 20; Corte cost., 26 maggio 2017, n. 127; Corte cost., 25 novembre 2016, n. 250; Corte cost., 3 luglio 2013, n. 237; Corte cost., 8 ottobre 2010, n. 293; Corte cost., 24 giugno 2010, n. 230.

³⁶ In argomento si rinvia a BORTOLATO, *Luci ed ombre di una riforma a metà*, cit., 119 ss.

ricaduta anche sul piano delle garanzie applicabili³⁷. Se, allora, lo *status quo* del diritto all'affettività delle persone detenute in esecuzione carceraria al tempo della riforma del 2018 era quello derivante dalla vigenza dell'art. 18 L. 354/1975 nella sua formulazione oggi censurata dalla Corte costituzionale che, come visto, determina(va) una pressoché inevitabile compressione del suddetto diritto, il suo mancato riconoscimento si traduce in una persistenza di uno stato di "illegalità della pena" nei termini sopradetti, cui il legislatore delegante aveva tentato di porre rimedio. L'operato del legislatore delegato non solo cade al di fuori dei criteri direttivi della delega, ma è altresì in contrasto con il quadro normativo complessivo, tanto costituzionale che ordinario. Quest'ultimo aspetto è espresso in modo molto efficace tanto dal rimettente quanto dalla Corte: si dice, infatti, che l'assetto normativo è oggi tale da far ritenere vi sia un'attenzione verso la dimensione affettiva della persona detenuta assai differente rispetto al tempo del precedente della Corte del 2012. Vale la pena notare, però, che le innovazioni legislative richiamate erano altresì tutte già esistenti o concomitanti alla riforma del 2018: (I) l'art. 1, co. 38 L. 76/2016, a tenore del quale «[i] conviventi di fatto hanno gli stessi diritti spettanti al coniuge nei casi previsti dall'ordinamento penitenziario»; (II) l'art. 1, co. 20 L. 76/2016, che estende i diritti del coniuge in tema di colloqui penitenziari anche alla parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso; (III) l'art. 19, co. 3 d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121, che riguarda le visite prolungate negli istituti minorili. Sicché, il quadro normativo complessivo in cui matura la riforma dell'ordinamento penitenziario del 2018 lasciava presagire una ben diversa apertura nei confronti del diritto all'affettività della persona detenuta, a cui è invece seguito un dietro-front su iniziativa del legislatore delegato.

³⁷ NOBILI, *Sub art. 25, I comma Cost.*, in *Commentario della Costituzione. Rapporti civili, artt. 24-26*, a cura di Branca, Bologna-Roma, 1981, 186; BRICOLA, *Sub art. 25, II e III comma Cost.*, *ivi*, 298 ss.; 300; ID., *L'intervento del giudice nell'esecuzione delle pene detentive: profili giurisdizionali e profili amministrativi*, in *Ind. pen.*, 1969, 280-281; si veda anche MONGILLO, *Manipolazione del linguaggio giuridico e vincoli della realtà: l'irretroattività in peius irrompe nei confini dell'esecuzione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 3, 1436-1458, ove è affrontato il tema del riconoscimento anche nella fase esecutiva del divieto di retroattività *in peius* e a cui si rimanda anche per ulteriori riferimenti bibliografici. In giurisprudenza emblematica è la sentenza Corte cost., 26 febbraio 2020, n. 32, con la quale la Corte ha dichiarato illegittima la previsione contenuta nella L. 9 gennaio 2019, n. 3 (cd. legge "Spazzacorrotti") che estendeva a taluni reati contro la pubblica amministrazione le preclusioni previste dall'art. 4-bis L. 354/1975, per soggetti condannati per reati commessi prima dell'entrata in vigore della stessa legge.

4.2. *La restrizione della libertà affettiva come pena illegittima costituzionalmente perché contraria alla sua funzione. L'adeguatezza del richiamo all'art. 3 C.E.D.U.* Ci sono diversi aspetti della restrizione della libertà affettiva che si pongono in contrasto con il dettato costituzionale: lo ha chiarito bene il giudice rimettente con l'ordinanza che ha dato l'avvio alla pronuncia in commento³⁸. Quello che si ritiene fondante e capace di assorbire ogni altra valutazione di merito è la contrarietà alla stessa finalità della pena cristallizzata in Costituzione. Il principio di laicità dello Stato, come è noto, impone una lettura della finalità rieducativa della pena scolpita nell'art. 27, co. 3 Cost. come obbligo per l'istituzione di offrire alla persona sottoposta a pena la possibilità di accedere a percorsi "trattamentali" capaci di spianare la strada a un processo di rivisitazione critica da parte dell'autore di reato, mirando al suo reinserimento in società. Senza entrare nel merito di un dibattito circa l'opportunità di un superamento anche di questo modello inteso in senso correzionale³⁹ e tentando di prendere sul serio la *mission* costituzionale, il reinserimento - o, meglio, l'inclusione - sociale di una persona in certa misura marginalizzata (ossia, letteralmente, posta ai margini, quindi in una zona periferica del circuito sociale, priva spesso delle risorse che si trovano invece al centro di esso) richiede di preservare o, se del caso, recuperare tutte quelle funzioni sociali che fanno dell'individuo non una monade ma un tassello di un più ampio mosaico chiamato collettività. Cura dell'integrità psico-fisica e della salute, formazione (scolastica e professionale), lavoro, esercizio spirituale o religioso, cura delle relazioni significative (affettive) e mantenimento della capacità di socializzazione sono le basi perché una persona non diventi *socialmente disadattata*⁴⁰. Una misura che si ponga l'obiettivo del reinserimento sociale dell'individuo, allora, deve includere queste componenti, senza eccezione alcuna, altrimenti le sue capacità di raggiungere lo scopo prefissato saranno inevitabilmente minate dal principio. Dovendo di necessità accantonare in questa sede le criticità relative alla carenza o insufficienza degli altri momenti della rieducazione *in action*, ci occuperemo in particolare della cura delle relazioni significative e del mantenimento della

³⁸ *Supra*, par. 2.

³⁹ Su queste critiche e su possibili spunti per un loro superamento, ancora attuale MONGILLO, *La finalità rieducativa della pena nel tempo presente e nelle prospettive future*, in *Crit. dir.*, 2009, spec. 198 ss.

⁴⁰ Per uno studio approfondito sull'impatto psicologico della vita carceraria e sulle sue implicazioni per la transizione delle persone detenute nelle comunità di provenienza a fine pena, si veda HANEY, *The Psychological Impact of Incarceration: Implications for Postprison Adjustment*, in *Prisoners Once Removed*, eds. by Travis-Waul, Washington D.C., 2002, 33 ss.

capacità di socializzazione: due aspetti differenti ma connessi, entrambi legati alle abilità dell'individuo di entrare (e rimanere) in relazione con l'altro da sé. Come oramai attestato da diversi studi in materia, la possibilità di coltivare le proprie relazioni significative costituisce un aspetto centrale dello sviluppo umano, oltre a essere una situazione giuridicamente tutelata dal testo costituzionale. All'individuo, infatti, si assicura protezione nell'ambito delle «formazioni sociali ove si svolge la sua personalità» (art. 2 Cost.), ivi comprese naturalmente la famiglia tradizionale, quale prototipo di formazione sociale di carattere intimo-privato nella mente dei costituenti, e le formazioni para-familiari (famiglie e coppie di fatto), quale oggetto di un'interpretazione evolutiva della norma costituzionale. Di norma, la cura delle relazioni affettive presuppone la frequentazione fisica o quantomeno "smaterializzata" tra i due poli relazionali: esigenza cui l'ordinamento penitenziario - riconoscendole centralità decisiva - si incarica di rispondere proprio mediante l'art. 18 L. 354/1975, che disciplina i colloqui e la corrispondenza⁴¹.

La compresenza fisica, però, non è sufficiente garanzia della tenuta delle relazioni. Aspetto di primaria importanza è la possibilità (oltre che la capacità) di esprimere l'affetto che connota la relazione, attraverso gesti, sguardi, parole, effusioni, *intimità*. Così come una piantina appassisce senza la giusta dose di acqua e luce, una relazione si spegne senza l'adeguata quantità di attenzioni. È stato già chiarito da molte altre voci come lo stato detentivo, di per sé, agisca come fattore di inaridimento affettivo, interrompendo convivenze e abitudini quotidiane. L'ordinamento penitenziario, pertanto, in ossequio al principio costituzionale di cui all'art. 3 dovrebbe intervenire per rimuovere gli ostacoli che si frappongono alla cura della relazione affettiva in costanza di detenzione.

L'art. 18, da questo punto di vista, non sembra accogliere alcuno dei predetti indirizzi, salvo per la parte in cui richiama la riservatezza dei colloqui con i familiari, smentita tuttavia dal comma immediatamente precedente (per la parte che è appunto oggetto di censura). È per questo che la previsione di cui all'art. 18 si pone in contrasto con la finalità di risocializzazione (e con il principio di uguaglianza), per il tramite della mutilazione di uno degli aspetti imprescindibili per la sua riuscita. Questo aspetto emerge con chiarezza nelle

⁴¹ Non si vuole, in questa sede, aprire l'annosa *querelle* relativa all'anacronismo di questa disposizione, nella parte in cui impone alla persona detenuta di adottare metodi comunicativi (la corrispondenza cartacea!) il cui utilizzo appartiene a un mondo che non esiste più, nel solco di una palese lesione allo sviluppo della personalità umana *sub specie* sviluppo delle proprie capacità tecnologiche e digitali.

argomentazioni della Corte, che considera la violazione all'art. 27, co. 3 Cost. assorbente gli altri rilievi sollevati dal rimettente: se è compromessa la finalità della pena, quest'ultima non può ritenersi legittima, anche a prescindere da ogni altra valutazione di opportunità circa l'eventuale limitazione o compressione di diritti pur sempre garantiti dalla Carta fondamentale, ma bilanciabili in relazione ad altre esigenze. Un divieto assoluto, invece, pregiudica in radice la finalità di risocializzazione, pertanto non può essere "salvato".

In proposito lascia un po' perplessi il mancato richiamo all'art. 3 C.E.D.U. - invece sollecitato dal rimettente -, tanto in via autonoma quanto come parametro interposto. Il riconoscimento della rieducazione come fondamentale funzione della pena operato dalla Corte EDU passa proprio attraverso la valorizzazione dell'art. 3 C.E.D.U., espressione della dignità umana quale diritto assoluto e inderogabile, che comporta da un lato il diritto della persona detenuta alla risocializzazione⁴², e dall'altro l'obbligo positivo per lo Stato di intraprendere tutte le azioni volte a realizzare tale fine⁴³.

L'opportunità del richiamo è ancora più sentita se si considera che tra gli apporti di maggior rilievo offerti dal sistema Strasburgo vi è anche l'impulso dato dalla possibilità di attivare percorsi di "giustiziabilità" delle violazioni convenzionali, vale a dire la capacità di tradurre queste violazioni in situazioni giuridiche censurabili di fronte a un organo giurisdizionale, con ricadute dirette sullo Stato che si sia reso responsabile⁴⁴. Pur non implicando un obbligo in senso stretto, la logica convenzionale suggerisce a ciascuno Stato di rispettare i canoni di tutela dei diritti fondamentali per come intesi dalla C.E.D.U. e dalla sua giurisprudenza, pena la condanna dello Stato medesimo. Per quanto attiene al nostro ordinamento, come è noto, il filtro dell'art. 117, co. 1 Cost. rende ancora più stringente questa necessità, dal momento che una contrarietà a esso si tradurrebbe in una violazione di carattere (anche) interno. Di queste potenzialità la Corte sembrerebbe avvedersi con estrema lucidità, tant'è che la circostanza che la questione sia stata sollevata in relazione a parametri convenzionali diventa argomento dirimente al fine di valutarne positivamente la fondatezza. L'omesso riferimento sembrerebbe allora una "svista", più che una chiara

⁴² Corte EDU, *Vinter e altri c. Regno Unito*, 9 luglio 2013.

⁴³ Corte EDU, *Murray c. Paesi Bassi*, 26 aprile 2016.

⁴⁴ PALAZZO, *Principio di legalità e giustizia penale*, in *Percorsi giuridici della postmodernità*, a cura di Kostoris, Bologna, 2016, 236.

decisione in senso contrario, anche perché viene invece enfatizzata la tutela delle relazioni familiari sotto il cappello dell'art. 8 C.E.D.U.⁴⁵.

5. *Nota conclusiva. La rivoluzione dell'“amore penitenziario” tra opportunità e nuovi rischi.* La sentenza 10/2024 costituisce un arresto significativo per chiunque abbia a cuore il buon funzionamento dell'istituzione carceraria (ferma la necessità di ridurre all'estremo l'utilizzo) e la tutela dei diritti dei detenuti. È noto, infatti, come il “binomio affettività e carcere” costituisca una sfida non ancora affrontata dall'ordinamento giuridico italiano, nonostante le numerose sollecitazioni provenienti da più parti (Corte EDU, dottrina, associazionismo). Non stupisce allora che essa sia stata accolta con entusiasmo dalla comunità giuridica sin dai primi commenti a caldo⁴⁶.

Del resto, come è noto, la Corte costituzionale corregge, cancella, elide, a volte – come in questo caso – “aggiunge”, ma non riscrive.

La sentenza in commento introduce un principio giuridico oramai non più differibile, vale a dire quello per cui il diritto alla cura delle proprie relazioni affettive, in ogni loro declinazione, merita di essere riconosciuto e tutelato a prescindere dalla privazione dello *status libertatis*, anzi, forse a maggior ragione quando si è ristretti, in virtù della finalizzazione di reinserimento in società della pena. Ma è proprio la dimensione “impositiva” di questa pronuncia – derivante evidentemente dall'urgenza della questione sottoposta al vaglio costituzionale – che può aprire le porte a nuovi rischi di violazioni inframurarie.

In assenza di un presidio di legge, infatti, il “pugno duro” della giurisprudenza potrebbe incontrare un'altrettanto rigida risposta dell'amministrazione penitenziaria e delle direzioni carcerarie (o, a monte, dello stesso Governo⁴⁷).

⁴⁵ La stessa giurisprudenza della Corte EDU valorizza proprio l'importanza delle relazioni familiari, nel rispetto dell'art. 8 C.E.D.U., al fine di perseguire la finalità rieducativa della pena: Corte EDU, *Khoroshenko c. Russia*, 30 giugno 2015; Corte EDU, *Trosin c. Ucraina*, 23 febbraio 2012; Corte EDU, *Hagyó c. Ungheria*, 23 aprile 2013; Corte EDU, *Andrey Smirnov c. Russia*, 13 febbraio 2018.

⁴⁶ Emblematico il contributo di MANCA, *Amore e carcere: binomio impossibile(?)! La Corte costituzionale segna una tappa fondamentale del percorso di inveroamento del volto costituzionale della pena*, in *Giur. pen. web*, 2024, 2.

⁴⁷ È di poche settimane successive alla pronuncia la notizia dello stop da parte del Governo all'iniziativa intrapresa presso il Carcere di Padova per la creazione delle cd. “stanze dell'amore”, che ha invocato la necessità di agire su coordinamento del DAP dopo una ricognizione di tutte le strutture: cfr. www.tg24.sky.it/cronaca/2024/02/23/stanze-amore-carcere-padova.

Il problema si snoda lungo una duplice direzione: l'una teorico generale, l'altra pratico-applicativa, intrinsecamente connesse in ragione della natura del sistema penitenziario.

Un primo problema discende direttamente dalla scelta del tipo di sentenza (aditiva di principio) e dalle conseguenze che essa importa. Tale scelta⁴⁸ sottende l'intenzione – neppure particolarmente taciuta – di consentire all'amministrazione penitenziaria un adeguamento alla nuova statuizione *medio tempore* e senza dover attendere l'intervento del legislatore. Essa, però, apre a scenari incerti sul piano della legalità e del difetto di giurisdizionalità, con importanti ricadute negative sul principio di uguaglianza.

Il diritto riconosciuto alla persona detenuta, infatti, è ritenuto dalla Corte non assoluto ma bilanciabile rispetto a interessi contrapposti, individuati nelle ragioni di sicurezza o esigenze di mantenimento dell'ordine e della disciplina, ovvero, riguardo all'imputato, motivi di carattere giudiziario. Detti interessi dovranno essere valutati in prima battuta dall'amministrazione penitenziaria, che, dunque, diviene il primo soggetto deputato a garantire, prima ancora che l'attuazione del diritto all'affettività, i suoi stessi presupposti di esercizio. Si ammette poi il ricorso “in seconda istanza” al Magistrato di sorveglianza, secondo il modulo ordinario di cui agli artt. 35-*bis* e 69, co. 6 lett. b) L. 354/1975. Per quanto l'accesso a tale rimedio – la cui ammissibilità, del resto, doveva ritenersi obbligata una volta riconosciuto il potere-dovere dell'amministrazione di concedere o negare il diritto all'affettività – restituisca una porzione di giurisdizione nella regolamentazione del diritto all'affettività della persona detenuta, esso, in concreto, crea più problemi di quanti ne risolve.

È patrimonio informativo acquisito, infatti, quello per cui la Magistratura di sorveglianza soffre di un carico di lavoro tale da rendere irrealistica la prospettiva per la persona detenuta di attendere l'esito del proprio reclamo al fine di esercitare un diritto che la Carta – e oggi anche la Corte – costituzionale le assegna. Del resto, il reclamo ha senso come procedura “eccezionale” tramite cui la persona detenuta possa lamentare una violazione, non di certo come la “regola” per accedere a un proprio diritto garantito.

Ancora, la stessa selezione dei soggetti “beneficiari” del diritto risulta *ab origine* discriminatoria, finendo per aggiungere ulteriori tasselli di incostituzionalità al regime di detenzione *ex art. 41-bis* L. 354/1975.

⁴⁸ Sollecitata anche dalla difesa della persona in specie sottoposta a giudizio di Sorveglianza.

Sul piano pratico-applicativo, in aggiunta a quanto già osservato sin qui, sorge anche il nodo della discrezionalità rimessa alla direzione dell'istituto circa la possibilità di creare all'interno degli istituti penitenziari appositi spazi riservati ai colloqui intimi. Essendo tale opzione subordinata alle condizioni materiali della singola struttura (d'altronde, non potrebbe essere altrimenti...), è verosimile che, nella migliore delle ipotesi, essa si tradurrà nella solita attuazione “a macchia di leopardo” e, nella peggiore, in una totale inattuazione.

Ma nonostante questo quadro di difficoltà e incertezze, la decisione in commento non può certo essere disapprovata. Vi sono almeno due ragioni che inducono ugualmente a salutare con favore l'intervento.

In primo luogo, se lo statuto della pena nel sistema multilivello impone il rispetto della dignità umana ai fini della rieducazione della persona detenuta, l'intervento della Corte costituzionale si pone a tutela dello stesso Stato contro possibili censure della Corte EDU. Esso, inoltre, impedisce che la persona sia sottoposta a un “trattamento” che – al di là delle violazioni “minori” che esso importa nei riguardi dei diversi aspetti pure tutelati dalla Costituzione e Convenzione (salute, famiglia) – si traduce in una pena illegale perché non prevista da nessuna norma dell'ordinamento quale diretta conseguenza del reato e illegittima perché comunque non potrebbe essere prevista nel rispetto dei principi costituzionali e convenzionali. Da questa prospettiva, il monito costituzionale non solo può dirsi appropriato, ma anche non più rimandabile.

La decisione della Corte costituzionale, poi, impone al legislatore che oggi intenda regolare diversamente quel diritto all'affettività già oggetto di uno specifico criterio di delega nel 2017 di farsi carico di un tempestivo intervento, tenendo conto che, pur in assenza di una organizzazione interna agli istituti che consenta di espletare colloqui intimi, il combinato disposto dell'attuale art. 18, co. 3 primo periodo per come integrato dal dettato costituzionale⁴⁹, e secondo («I locali destinati ai colloqui con i familiari favoriscono, ove possibile, una dimensione riservata del colloquio [...]») già consente di effettuare colloqui “riservati”, e quindi intimi. Pertanto, l'amministrazione che non vi provveda dovrà considerarsi inottemperante e la persona detenuta potrà esperire ogni rimedio utile al fine di vedere garantito il proprio diritto.

Certo, chiunque conosca la realtà dell'esecuzione carceraria sa bene che lo scarto esistente tra la *law in the books* e la *law in action*, qui più che altrove,

⁴⁹ V. *supra*, par. 3.3.

non consente di considerare tale interpretazione del dato letterale risolutiva. I casi di violazione di diritti apparentemente garantiti in costanza di detenzione, infatti, formano una casistica purtroppo assai nutrita. Sicché, una volta chiarito che la restrizione della libertà affettiva non è una pena prevista nel nostro ordinamento (illegale) né è prevedibile (illegittima costituzionalmente), l'opera del legislatore è da ritenersi auspicabile al fine di meglio definire i soggetti titolari del diritto, i presupposti e i limiti di esercizio, le modalità attuative.

Nelle more, si avverte la necessità di monitorare l'operato di tutti quei soggetti chiamati dalla Corte ad «accompagnare una tappa importante del percorso di inveroamento del volto costituzionale della pena», al fine – per usare una suggestiva metafora – di affiancare all'Amore che anima la decisione la Psiche della sua effettiva *mise en pratique*.

MARIA GIOVANNA BRANCATI