

Il diritto negato alla sessualità nel regime penitenziario italiano

di

Sarah Grieco *

Sommario: 1. La dimensione affettiva e il corpo imprigionato; 1.1. Le peculiarità delle donne recluse; 2. Il canone minimo di salvaguardia costituzionale dell'individuo nella fase esecutiva; 3. Il caso italiano nel contesto internazionale; 4. I tentativi di riforma; 4.1. I disegni di legge dei consigli regionali di Toscana e Lazio; 5. La nuova quaestio al vaglio della Corte costituzionale.

1. La dimensione affettiva e il corpo imprigionato

Il nostro ordinamento penitenziario, sia se lo si considera vuoto di norme in materia, come pieno di un “operante dispositivo proibizionista”¹, impedisce incontri riservati dietro le sbarre, anche a carattere sessuale, perché il corpo della persona ristretta è esposto costantemente allo sguardo altrui.

L'art 18 della legge 354/75 (*Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà personale*, di seguito o.p.) impone un “controllo a vista” durante ogni colloquio ed il DPR 230/2000 (*Regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà*, di seguito Regolamento) si affretta a specificare che questo controllo deve avvenire “in ogni caso”².

* Avvocata, PhD, Assegnista di ricerca in “ Law and Organizational Studies for People with Disability” presso la Scuola Superiore Meridionale – Istituto di Alta Formazione Dottorale di Napoli.

¹ Così A. PUGIOTTO, *Della castrazione di un diritto. La proibizione della sessualità in carcere come problema di legalità costituzionale*, in *Giurisprudenza penale*, n. 2-bis/2019, pp. 5-14.

² Art 37, comma 5, DPR 230/2000.

Non importa, quindi, che si tratti di un soggetto ristretto in regime di 41bis o collocato in un circuito penitenziario a custodia attenuata³. Le ragioni di sicurezza non hanno alcuna incidenza nell'imposizione di un controllo che, di fatto, si tramuta nella negazione di un diritto: quello alla sessualità, per l'appunto.

Il mantenimento delle "relazioni con le famiglie" - definizione volutamente "neutra" utilizzata dall'art. 28 o.p. in cui far rientrare anche la sessualità - è relegata, così, alla disciplina dei permessi di cui all'art. 30 *ter* o.p., definiti "premio"; non diritti.

All'interno del carcere, salvo qualche "bacio rubato" durante i colloqui "aperti", la sfera affettiva e sessuale è del tutto impedita.

Il "sesso recluso" si manifesta principalmente nel ricorso a pratiche masturbatorie o a rapporti omosessuali. Non essendo il frutto di una libera scelta ma della condizione penitenziaria, entrambe assumono il significato di avvilito del detenuto e di degrado della sua dignità personale, oltre che motivo di disagio psichico.

L'autoerotismo viene tollerato dalla giurisprudenza⁴ nonostante, secondo il diritto, masturbarsi in cella configura il reato (oggi depenalizzato) di atto osceno in luogo pubblico (art. 527 c.p.) perché lo spazio del carcere è aperto al pubblico. È bene sottolineare che il detenuto che lo pratica potrebbe, comunque, essere ugualmente "punito" con la sottrazione di un semestre dal calcolo della liberazione anticipata, qualora l'amministrazione penitenziaria "bollasse" tale condotta come non regolare.

Con riguardo, invece, ai rapporti omosessuali, spesso rappresentano la manifestazione del "disadattamento sessuale", che rappresenta uno degli effetti di quella che lo scienziato sociale *Donald Clemmer*⁵ definiva "sindrome da

³ Per un corretto inquadramento dei circuiti penitenziari cfr. S. SANTORSO, *Un carcere fatto a circuiti. Tra definizione formale e pratiche*, XIV Rapporto di Antigone, Antigone.it, maggio 2018.

⁴ cfr. Cassazione Penale, Sez. 1, n. 36865/2021.

⁵ D. CLEMMER, *La comunità carceraria*, in *Carcere e società liberale*, (a cura di Santoro E.), Giappichelli, Torino, 1997.

prigionizzazione”⁶. Il carcere, infatti, come ogni altra istituzione o società monosessuale, può facilmente portare a sviluppare anomalie sessuali che, col tempo, oltre a provocare frustrazione e a favorire comportamenti devianti, possono comportare gravi conseguenze anche sul piano psicologico. È chiaro che, se il detenuto ha avuto esperienze omosessuali in carcere, anche solo come rari atti di devianza dovuta alla forte pressione esercitata dal desiderio sessuale, *“l’aggressione psicologica al suo io sarà particolarmente acuta”*⁷. Quanto espresso in letteratura, trova pieno riscontro nei dati empirici: la mancata garanzia della sessualità, inevitabilmente, incide sulle condizioni psicofisiche del soggetto, a tal punto che si è arrivati ad affermare come la negazione della sessualità e dell’affettività determini depressione e rabbia, fino a sfociare in episodi di violenza.

La proibizione della sessualità si riversa, inoltre, prepotentemente sul rapporto di coniugio, come dimostrano le interviste di una ricerca condotta nelle carceri del Lazio durante il periodo pandemico⁸.

Probabilmente nessun altro elemento della vita in carcere ha il potere di disorganizzare la personalità degli individui come l’immaginario sessuale che si sviluppa nel “sesso recluso”.

La sessualità è, d’altra parte, elemento costitutivo della struttura esistenziale dell’uomo, parte integrante dell’espressione personale e dell’apertura alla comunicazione con gli altri.

È la stessa Corte Costituzionale, già nel 1987, ad aver dato il giusto risalto al posto che la sfera sessuale occupa nella vita dell’individuo. I giudici hanno definito la sessualità come *“uno degli essenziali modi di espressione della persona umana”*, per cui *“il diritto di disporre liberamente è senza dubbio un diritto soggettivo assoluto, che va*

⁶ M. GRESHAM, *The society of Captives. A study of a Maximum Security Prison*, Princeton University Press, 1958, tr. it. E. Santoro, *Carcere e società liberale*, Torino, 1997, 242.

⁷ D. CLEMMER, op.cit.

⁸ S. GRIECO, *Il diritto all’affettività delle persone recluse. Un progetto di riforma tra esigenze contrapposte. Appendice*, Diritto penitenziario e costituzione, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, 183.

ricompreso tra le posizioni soggettive direttamente tutelate dalla Costituzione ed inquadrato tra i diritti inviolabili della persona umana che l'art. 2 Cost. impone di garantire"⁹.

Tale affermazione, riportata nel contesto carcerario, si potrebbe tradurre in: l'astinenza sessuale forzata è espressione di una pena degradante.

Il Comitato Italiano di Bioetica, in un parere del 2013, riconosce i bisogni relazionali dei detenuti e il mantenimento dei rapporti familiari come elementi costitutivi del diritto alla salute, chiedendo *"la possibilità di godere di intimità negli incontri fra detenuti e coniugi/partners, in modo da salvaguardare l'esercizio dell'affettività e della sessualità in ottemperanza al principio etico della centralità della persona, anche in condizioni di privazione della libertà"*¹⁰.

Eppure la sub-castrazione detentiva viene ignorata dall'istituzione; sottovalutata dai "riformatori", che la considerando componente dell'espiazione; taciuta dai detenuti, che la subiscono come un'onta.

1.1. Le peculiarità delle donne recluse

Il diritto (o meglio, il mancato diritto) alla sessualità, in parte, presenta elementi comuni tra uomini e donne; tuttavia, per queste ultime, acquisisce una sua peculiarità, sotto la lente di ingrandimento dell'analisi di genere. Non solo, infatti, richiama la posizione di chi ha ritenuto che, proprio sul controllo dei corpi femminili, sia stata storicamente imperniata la repressione penale nei confronti delle donne¹¹, ma induce ulteriori riflessioni.

Sul primo aspetto, è opportuno sottolineare come la repressione penale, esercitata nei confronti delle donne, è stata incentrata sul controllo della sessualità. L'astinenza sessuale forzata ha rivestito un ruolo centrale nella disciplina delle carceri femminili fin dal loro sorgere¹²; in questi istituti, il carattere unisessuato

⁹ Corte Costituzionale, sentenza n. 561/1987.

¹⁰ http://bioetica.governo.it/media/1825/p113_2013_salute-dentro-le-mura_it.pdf, pag.11.

¹¹ Sul tema, S. TALINI, *L'affettività ristretta*, in M. RUOTOLO, S. TALINI (a cura di) *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, ESI, Napoli, 2017, pp. 224-227; M.E. SALERNO, *Affettività e sessualità nell'esecuzione penale: diritti fondamentali dei detenuti? L'atteggiamento italiano su una questione controversa*, in *Giurisprudenza Penale*, 1, 2017.

¹² T. PITCH, *Diritto e rovescio: studi sulle donne e il controllo sociale*, Napoli, Esi, 1987, p. 18.

dell'ambiente di reclusione è, ancora oggi, accentuato rispetto alle carceri maschili¹³.

La negazione della sessualità, inoltre, implicando la negazione del corpo, contribuisce al disconoscimento dell'identità individuale che, per le donne, si acuisce per il fatto di essere reclusi in un ambiente che è progettato per gli uomini e ordinato secondo leggi che non prendono in considerazione la differenza di genere¹⁴.

Quanto alla genitorialità, le maggiori difficoltà nell'accesso a tecniche di procreazione medicalmente assistita – che può rappresentare la sola modalità di sperimentare la gravidanza, per quante stanno scontando una pena lunga, e sono destinate a lasciare l'istituto in età non più fertile – si tramutano in un ostacolo al proprio diritto alla maternità.

Da ultimo - anticipando, in parte, il ragionamento dei successivi paragrafi - se il divieto all'esercizio della propria sessualità, quando non supportata da specifiche ragioni di sicurezza, si tramuta in una compressione irragionevole della libertà personale, tale irragionevolezza emerge in maniera ancora più marcata nella detenzione femminile che è, storicamente, connotata da uno minore spessore criminale; come confermano anche i recenti dati riportati nell'ultimo *Report* di Antigone¹⁵.

¹³ Le conseguenze derivanti dalla privazione delle relazioni affettive, pur nella gravità, presentano caratteristiche in parte diverse dall'universo maschile. Come potuto constatare durante gli accessi presso la Casa di Reclusione di Rebibbia Femminile, dove il tasso di omosessualità tra detenute è molto elevato, la sessualità è vissuta dal mondo femminile più come esigenza di rapporti affettivi e sentimentali, che come bisogno di rapporti fisici. I rapporti omosessuali sono, spesso, vissuti negli istituti femminili come relazioni pseudo familiari: molte detenute vivono in coppia con scoperti legami affettivi, esercitando veri e propri ruoli familiari, prendendosi cura della cella come se fosse il loro *habitat* domestico, abbandonandosi a scene di gelosia. Tale stato, al contrario di quanto accade negli istituti maschili, viene manifestato e tollerato all'esterno, sia dalle strutture che dalla popolazione detenuta, rappresentando, in alcuni casi, un elemento di forza dovuto alla presenza della "coppia". Cr. S. GRIECO, *Il diritto all'affettività delle persone reclusi*, op.cit.

¹⁴ L. RE, S. CIUFFOLETTI, *La pena rimossa. Detenzione e diniego della sessualità nelle carceri italiane*, in C. BOTRUGNO E G. CAPUTO, *Vulnerabilità, carcere e nuove tecnologie. Prospettive di ricerca sul diritto alla salute*, op.cit., pag. 112.

¹⁵ ANTIGONE, *Primo rapporto sulle donne detenute in Italia*, aprile 2023.

La negazione della sessualità alle donne ristrette sconfinava, allora, ancor di più in quell'irragionevolezza della pena che finisce per configurare una *“forma di violenza fisica e morale ...che, nella mancanza di una giustificazione sotto il profilo della sicurezza, si volge in mera vessazione, umiliante e degradante”*¹⁶.

2. Il canone minimo di salvaguardia costituzionale dell'individuo nella fase esecutiva

*“L'idea che la restrizione della libertà personale possa comportare per conseguenza il disconoscimento delle posizioni soggettive attraverso un generalizzato assoggettamento all'organizzazione penitenziaria è estranea al vigente ordinamento costituzionale, il quale si basa sul primato della persona e dei suoi diritti. (...) Tali diritti trovano nella condizione di coloro i quali sono sottoposti a una restrizione della libertà personale i limiti a essa inerenti, connessi alle finalità che sono proprie di tale restrizione, ma non sono affatto annullati da tale condizione”*¹⁷.

Il monito della Corte Costituzionale è chiaro: la restrizione della libertà personale non comporta affatto una *capitis diminutio* di fronte alla discrezionalità dell'autorità preposta alla sua esecuzione, né – è lecito aggiungere – dell'autorità politica preposta alla sua normazione.

Le persone recluse restano, così, titolari dei diritti costituzionalmente garantiti, comprimibili solo in ragione delle comprovate esigenze di ordine e sicurezza, connaturate allo *status detentionis*.

Come noto, nell'ambito dell'esecuzione penale, l'intangibilità dei diritti costituzionali, sancita dall'art.2 della Costituzione, accompagnata dai principi di uguaglianza e inviolabilità della libertà personale, di cui al successivo articolo 13, costituiscono i presupposti costituzionali dell'umanità delle pene e del suo finalismo rieducativo (art. 27, terzo comma, C.).

¹⁶ Cfr. Ufficio di Sorveglianza di Spoleto, ordinanza n. 23/2023.

¹⁷ Corte Costituzionale, sentenza n.29/1999

Il “*canone minimo di salvaguardia dell’individuo nella fase esecutiva*”¹⁸ si annida proprio nel punto di bilanciamento tra la sicurezza della collettività ed i diritti dei singoli, fissato dalla Costituzione. Un equilibrio davanti al quale il potere coercitivo dello Stato deve arretrare, se non si vuole che i trattamenti penitenziari sconfinino in pene contrarie al senso di umanità. Se così non fosse, infatti, la limitazione del diritto finirebbe col tradursi in un decremento meramente retributivo della sfera giuridica del condannato e in un valore afflittivo supplementare rispetto alla privazione della libertà. Il quadro costituzionale, fissato dai principi di cui agli artt. 2, 3, 13 e 27, terzo comma, C, verrebbe, così, inevitabilmente compromesso.

L’impostazione costituzionale, confermata dalla stessa giurisprudenza della Suprema Corte dell’ultimo decennio, trova pieno accoglimento nella nuova veste dell’art. 1 dell’ordinamento penitenziario, così come riformato dal d.lgs. n. 123 del 2018. Segnando definitivamente il passaggio dal trattamento penitenziario a quello rieducativo, l’art. 1 o.p., afferma solennemente che il trattamento deve avvenire nel rispetto dei diritti fondamentali e deve tutelare la dignità umana; ma, soprattutto, per quanto maggiormente interessa in questa sede, stabilisce che le restrizioni possono essere adottate e giustificate solo per ragioni di sicurezza¹⁹.

Eppure, nonostante la pena non può (e non deve) tradursi in un’azione repressiva di tutti gli aspetti dell’individuo, anche quelli corporali - idea annidata ancora nel pensiero di alcuni detenuti, soprattutto “i più anziani”²⁰ - ed il diritto alla sessualità rientra nel novero di quelli inalienabili, quello a cui assistiamo nel nostro sistema penitenziario è una sorta di “castrazione detentiva generalizzata”.

¹⁸ S. TALINI, *Un passo decisivo verso la garanzia della sessualità intramuraria?* in *Sistema Penale*, 3/2023, pag.34

¹⁹ Art. 1 legge 354/1975 - *Trattamento e Rieducazione*: «1. Il trattamento penitenziario deve essere conforme a umanità e deve assicurare il rispetto della dignità della persona (...)si conforma a modelli che favoriscono l’autonomia, la responsabilità, la socializzazione e l’integrazione. 2. Il trattamento tende, anche attraverso i contatti con l’ambiente esterno, al reinserimento sociale ed è attuato secondo un criterio di individualizzazione in rapporto alle specifiche condizioni degli interessati. 3. Ad ogni persona privata della libertà sono garantiti i diritti fondamentali; è vietata ogni violenza fisica e morale in suo danno (...). 4. Negli istituti l’ordine e la disciplina sono mantenuti nel rispetto dei diritti delle persone private della libertà. 5. Non possono essere adottate restrizioni non giustificabili con l’esigenza di mantenimento dell’ordine e della disciplina e, nei confronti degli imputati, non indispensabili a fini giudiziari. (...)»

²⁰ Cfr. S. GRIECO, *Il diritto all’affettività delle persone recluse*, op.cit., pag.176,

In ambito di sessualità intramuraria, è proprio quel bilanciamento tra tutela del diritto ed esigenze di sicurezza, ad essere del tutto assente²¹: il diritto all'intimità-sessualità non viene compresso in ragione a quegli specifici bisogni di "ordine" e "disciplina", richiamati dall'art.1 dell'ordinamento penitenziario; viene negato integralmente, a prescindere da ogni valutazione in riferimento al caso concreto.

Precludendo ogni giudizio di tipo casistico alla magistratura di sorveglianza, si assiste, senza che vi siano esigenze di sicurezza da salvaguardare, alla compromissione di "uno degli essenziali modi di espressione della persona umana"²², la sessualità appunto, che rappresenta diritto inviolabile ed elemento positivo del trattamento, al tempo stesso (art. 15 o.p. e, ancor più specificamente, art. 28 o.p.).

Si potrebbe, così, concludere che la forzata astinenza sessuale intramuraria, applicata in maniera generalizzata a tutta la popolazione detenuta, senza distinzioni di sorta, si traduce in una pena inumana e degradante, in quanto irragionevole poiché non sorretta da specifiche ragioni di sicurezza; irragionevolezza che fa acquisire al trattamento penitenziario i connotati di una violenza fisica e morale, in aperta violazione della Carta costituzionale, dei trattati internazionali e degli stessi principi fondanti dell'ordinamento penitenziario.

3. Il caso italiano nel contesto internazionale

L'inerzia del legislatore italiano sul tema della sessualità in carcere rappresenta, oramai, quasi un *unicum*, se si volge l'attenzione al contesto internazionale.

Sebbene in alcuni ordinamenti penitenziari quello della "visita" venga riconosciuto non come un diritto, bensì come un beneficio subordinato alla buona condotta del detenuto²³, e differenti sono i gradi di articolazione delle cd. *family visits*, restano oramai pochi Paesi europei a negare il diritto all'affettività e alla sessualità dei

²¹ S. TALINI, *Un passo decisivo verso la garanzia della sessualità intramuraria?* op.cit., pag. 35.

²² Cfr. Corte Costituzionale, sentenza n 561/1987.

²³ Corte EDU, 1° luglio 2021, *Lesław Wójcik c. Polonia*, ric..n. 66424/09.

detenuti²⁴. Ben 31 Stati dei 47 che compongono il Consiglio d'Europa autorizzano, sia pure con diverse modalità, le visite "intime" dei detenuti²⁵.

Come evidenziato, puntualmente, dallo stesso Consiglio, nel documento accompagnatorio alle *European Prison Rules*²⁶, le "stanze dell'affettività" rappresentano una realtà consolidata dentro e fuori dall'Europa.

In Italia, nonostante la Carta costituzionale, com'è noto, riservi una particolare attenzione all'istituto della famiglia²⁷ e l'ordinamento penitenziario ponga i rapporti con i familiari fra gli elementi del trattamento²⁸ - stabilendo che "*particolare cura è dedicata a mantenere, migliorare o ristabilire le relazioni dei detenuti e degli internati*"²⁹ con gli stessi - l'affettività³⁰ e la sessualità restano sostanzialmente diritti inattuati.

²⁴ In Croazia e Albania sono previsti colloqui non controllati di 4 ore con il coniuge o il *partner*, con frequenza settimanale. In alcuni *lander* della Germania sono predisposti piccoli appartamenti, in cui i detenuti condannati a lunghe pene possono incontrare i propri cari. Olanda, Norvegia, Danimarca prevedono soluzioni analoghe, con camera matrimoniale, servizi e cucina, senza limiti relativi alla posizione giuridica. Stessa soluzione anche in Finlandia, quanto non è possibile l'ammissione a permessi all'esterno. In Francia e Belgio si assiste a sperimentazioni in appartamenti per periodi prolungati, fino a 48 ore, con l'imputazione dei costi ai parenti dei detenuti. In Svizzera iniziative analoghe sono in atto in Canton Ticino ed in altri cantoni della confederazione. La cattolica Spagna ha istituito visite familiari/intime brevi per tutti i detenuti, quale che sia la posizione giuridica. In alcuni paesi dell'Europa dell'Est e in Russia sono consentite visite in apposite strutture mobili, in cui può trovare accoglienza la famiglia in tutte le sue componenti.

²⁵ In Canada, dal 1980 gli incontri arrivano fino a 72 ore e le soluzioni più ampie sono costituite da incontri fino a tre giorni in prefabbricati, siti nel perimetro degli istituti dove viene assicurata, ovviamente, la più completa intimità. Anche negli USA, che vantano il primato mondiale per numero dei detenuti, sono previsti, in alcuni Stati, programmi di visite coniugali o familiari: i detenuti possono incontrare, ogni due settimane, il coniuge e, ogni mese, tutta la famiglia, in una casa mobile posta all'interno del carcere, per tre giorni consecutivi. Vi sono esperienze anche in Israele, India, Messico, Brasile e Venezuela. Si tratta di un elenco certamente incompleto. Cfr. Ufficio di Sorveglianza di Firenze, ordinanza n.1476/2012.

²⁶ Raccomandazione n.6/2006, adottata dal Comitato dei ministri l'11 gennaio 2006 (ultima revisione:1 luglio 2020).

²⁷ Articolo 31 C: "*La Repubblica agevola con misure economiche e altre provvidenze la formazione della famiglia e l'adempimento dei compiti relativi con particolare riguardo alle famiglie numerose. Protegge la maternità, l'infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo*". In virtù di questa norma, dovrebbe essere garantita alle persone detenute la possibilità di mantenere relazioni strette con la propria famiglia e di assicurare l'adempimento del proprio ruolo genitoriale.

²⁸ Art.15 Ordinamento Penitenziario.

²⁹ Art.28 Ordinamento Penitenziario.

³⁰ Il perimetro del termine affettività è molto vasto e sfaccettato e coinvolge tutti elementi associati alle relazioni, alla vicinanza e alle dinamiche con l'altro: dalla genitorialità al legame

Sono innegabili i passi in avanti compiuti dalla legislazione italiana negli ultimi vent'anni in termini di affettività. È aumentato il numero di visite mensili³¹ e favorita una sua dimensione "riservata"³². È stato posto l'accento sul principio della territorialità della pena in termini di prossimità dell'istituto rispetto alla famiglia³³. L'art. 30 ter o.p. ha istituito permessi premio finalizzati al mantenimento degli "interessi affettivi". Sono state introdotte disposizioni in favore delle detenute con figli di età non superiore ai dieci anni³⁴.

con i figli, dalla presenza di bambini in carcere al rapporto con il partner, dalla possibilità di accesso di terze persone fino alla disciplina dei colloqui visivi, delle telefonate, dei permessi.

³¹ Secondo il vecchio Regolamento (così come modificato dal D.P.R. 421/1985 che aveva appunto introdotto gli interventi premiali) erano previsti due colloqui premiali oltre ai quattro colloqui ordinari. Con il nuovo Regolamento penitenziario del 2000, si è portato il limite massimo a sei colloqui al mese, tutti ordinari, cioè svincolati per la loro concessione da ogni valutazione discrezionale sulla condotta e la partecipazione al trattamento. La concessione di ulteriori colloqui per gravi infermità del detenuto o particolari circostanze, viene mantenuta ed ampliata, prevedendo la possibilità che la deroga al limite ordinario sia possibile anche in relazione a circostanze familiari e personali rilevanti, o quando il colloquio si svolge con prole inferiore a dieci anni (art. 37 comma 9° Nuovo Reg. Esec.). Tra le modifiche migliorative deve essere posta in risalto anche la possibilità del prolungamento della durata del colloquio da una a due ore, nei casi in cui questo si svolga con familiari e conviventi residenti in un comune diverso da quello in cui ha sede l'istituto. Il prolungamento non può essere ammesso se il detenuto ha usufruito del colloquio nella settimana precedente, e comunque se risulta incompatibile con le esigenze organizzative dell'istituto (art. 37 comma 10° Nuovo Reg. Esec.). La modifica che desta più perplessità risulta essere l'introduzione da parte del nuovo Regolamento di una differenziazione di regime tra detenuti "comuni" e detenuti per i reati previsti dall'art. 4-bis della legge penitenziaria, prevedendo che i primi possano usufruire di sei colloqui al mese, mentre per i secondi il numero dei colloqui non può essere superiore a quattro. Secondo il comma 8° dell'art. 37 del nuovo Regolamento esecutivo "quando si tratta di detenuti o internati per uno dei delitti previsti dal primo periodo del primo comma dell'art 4-bis della legge e per i quali si applichi il divieto di benefici ivi previsto, il numero dei colloqui non può essere superiore a quattro al mese". I dubbi di legittimità della norma sono stati presto sollevati dai detenuti per i reati previsti dall'art. 4-bis della legge penitenziaria, che hanno presentato numerosi reclami alla magistratura di sorveglianza contro le limitazioni ai colloqui e alla corrispondenza telefonica, introdotte nei loro confronti dall'art. 37 comma 8° e dall'art. 39, comma 2° del nuovo Regolamento esecutivo.

³² Art. 18 Ordinamento Penitenziario: "I locali destinati ai colloqui con i familiari favoriscono, ove possibile, una dimensione riservata del colloquio e sono collocati preferibilmente in prossimità dell'ingresso dell'istituto...Particolare favore viene accordato ai colloqui con i familiari"; art 37 e 37 bis DPR 30 giugno 2000, n. 230.

³³ Art 14 Ordinamento Penitenziario: "I detenuti e gli internati hanno diritto di essere assegnati a un istituto quanto più vicino possibile alla stabile dimora della famiglia o, se individuabile, al proprio centro di riferimento sociale, salvi specifici motivi contrari"; Art.42 Ordinamento Penitenziario: "Nel disporre i trasferimenti i soggetti sono comunque destinati agli istituti più vicini alla loro dimora o a quella della loro famiglia".

³⁴ Art. 21 bis; art. 47 ter, 1, lettere a), b); art. 47 quinquies Ordinamento Penitenziario.

Del resto “lo statuto costituzionale dell’esecuzione penitenziaria, ben espresso dalle norme di cui agli artt. 2, 3, 25, 27 co. 3 C., impone che al centro del rapporto detenuto-Stato si collochi l’individuo”³⁵.

È bene sottolineare come le norme citate si riferiscano tutte all’istituto familiare o, nei casi delle normative più liberali, alle relazioni di convivenza³⁶. Si è giunti, infatti, a riconoscere, in parte, anche l’esistenza di famiglie di fatto, con l’equiparazione delle “persone conviventi” ai congiunti, ai fini dell’ammissione ai colloqui con i detenuti³⁷.

Nessuna norma menziona, in modo esplicito, la sessualità³⁸.

Ad oggi, lo strumento attraverso il quale meglio si realizza la soddisfazione dei bisogni affettivi e sessuali del detenuto, è senz’altro quello del permesso premio, di

³⁵ V. MANCA, *Perché occuparsi della questione “affettività” in carcere?*, in *Giurisprudenza penale*, Fascicolo 2019, 2-bis “Affettività e carcere un binomio (im)possibile?”, p. 7.

³⁶ Sul concetto di nucleo familiare del detenuto nell’ambito della disciplina dei colloqui, cfr. Cassazione Penale, Sez. 1, n. 10298/2022.

³⁷ DPR 30 giugno 2000, n. 230, art. 37 Legge 76/2016, Art. 1 comma 38 Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze: “I conviventi di fatto hanno gli stessi diritti spettanti al coniuge nei casi previsti dall’ordinamento penitenziario”. Cfr. anche, da ultimo, in tema di colloqui telefonici, in modo esplicito e inclusivo, la Legge 70/2020, art 1 quinquies: “È inoltre concessa nei casi in cui si svolga con il coniuge, con l’altra parte dell’unione civile, con persona stabilmente convivente o legata all’internato da relazione stabilmente affettiva”. Per conviventi si intendono coloro che coabitavano col detenuto prima della carcerazione, indipendentemente dalle identità del sesso e dalla tipologia dei rapporti (*more uxorio*, d’amicizia, collaborazione domestica, di lavoro, ecc.)

³⁸ In Italia le stanze dell’affettività esistono solamente in via sperimentale. Nella Casa di Reclusione di Milano Opera, per ottemperare alla norma del controllo visivo da parte degli agenti della Polizia Penitenziaria, e nello stesso tempo tutelare la necessaria riservatezza durante gli incontri, è stata realizzata una stanza provvista di un sistema, altamente sofisticato, di micro-telecamere a circuito chiuso, tale da evitare così, da un lato, la presenza fisica, inevitabilmente invasiva, dell’agente; dall’altro, il vissuto del “controllo” che, spesso, non favorisce la possibilità di una comunicazione significativa. Sempre con riguardo ai luoghi, un progetto architettonico estremamente interessante sul punto, appare l’iniziativa di un gruppo di professori di architettura, coadiuvati dal Prof. Renzo Piano, per dar vita ai progetti G124-2019, prime unità abitative per favorire l’incontro con i familiari, per la Casa di Reclusione di Rebibbia, e, all’esterno, per Milano, Padova e Siracusa. In particolare, presso la struttura di Rebibbia femminile è sorto il M.A.M.A. (acronimo di Modulo per l’Affettività e la Maternità), uno spazio abitativo di 28 mq, composto da una piccola loggia dalla quale si accede ad un unico ambiente interno che raccoglie soggiorno, angolo cottura e zona pranzo, più un piccolo nucleo. Inaugurato solo nel mese di ottobre 2021, è destinato ad accogliere detenuti con minori dai 4 anni. Si tratta di moduli architettonici, realizzati anche con la collaborazione dei detenuti lavoratori, che appaiono “assolutamente replicabili” ma comunque destinati solo agli incontri madri-figli.

cui all'art.30 *ter* o.p., che menziona, espressamente, la finalità di “*coltivare interessi affettivi*”.

Tale beneficio, tuttavia, non costituisce una soluzione al problema, essendo precluso a larga parte della popolazione carceraria, a causa del regime ostativo delineato dall'art. 4 *bis* o.p. con cui il legislatore italiano ha costruito uno statuto differenziale e sfavorevole per i condannati cui attribuisce marcata pericolosità. I dati, inoltre, dimostrano che la concessione dei permessi premio viene accordata difficilmente anche dopo le modifiche apportate dal [D.L. 31 ottobre 2022, n. 162](#) (convertito nella L.30 dicembre 2022, n. 199); riforma volta ad abbattere, almeno nelle intenzioni, il sistema di presunzioni legali correlate alla sola qualità del reato commesso.

Né può venire in soccorso il differente istituto del permesso di necessità, disciplinato dall'art. 30 o.p.. Estraneo alle finalità trattamentali, la sua introduzione nell'ordinamento penitenziario mirava all'esigenza, di rango costituzionale, di garantire una pena umana, riconoscendo l'influenza che assumono per il detenuto il ruolo della famiglia e il contatto diretto con i suoi componenti³⁹. La sua applicazione richiede, tuttavia, un evento non ordinario, del tutto al di fuori della quotidianità, sia per il suo intrinseco rilievo fattuale, sia per la sua incidenza nella vita del detenuto, sempre in relazione alla sua sfera familiare e, conseguentemente, nell'esperienza umana della detenzione carceraria⁴⁰. La sua natura di eccezione lo rende, così, inidoneo allo scopo.

Nei confronti dei detenuti esclusi dall'ammissione ai permessi premio, i colloqui *de visu* avvengono, ai sensi dell'art. 18, comma 2 o.p., in appositi locali, sotto il controllo a vista, e non uditivo, del personale addetto alla custodia. Viene delegato al successivo Regolamento esecutivo (entrato in vigore solo nel 2000), l'onere di dettare le concrete modalità di confronto con i detenuti. All'articolo 37, si stabilisce che gli incontri devono avvenire in locali senza mezzi divisorii o all'aperto, con la

³⁹ Cassazione Penale, Sez. 1, 48284/2017.

⁴⁰ Tale eccezionalità ha escluso la concessione di permessi anche nei casi dei cd. “matrimoni bianchi”, ovvero quei matrimoni celebrati in carcere e non consumati; cfr. Cassazione Penale, Sez. 1, 882/2015.

possibilità di interporre, fra visitatori e visitati, mezzi divisorii, solo se ricorrono particolari ragioni sanitarie o di sicurezza. Come già anticipato, il Regolamento, tuttavia, specifica come il controllo visivo della polizia penitenziaria debba avvenire in *“in ogni caso”*; pertanto, anche a prescindere dalle ragioni di sicurezza.

Al di là della legislazione e delle circolari dell'amministrazione penitenziaria, le pratiche in uso negli istituti penitenziari non solo tendono ancora a configurare come un privilegio ogni incontro del detenuto con il mondo esterno, ma sono sensibilmente difformi le une dalle altre, attesa la grande discrezionalità riconosciuta proprio dal regolamento penitenziario.

L'art. 61, comma 2, del regolamento, ad esempio, fa rientrare nella discrezionalità del Direttore dell'istituto il potere di concedere colloqui *“straordinari”*, così come di accordare la visita con una modalità temporale più ampia, con il permesso di trascorrere parte della giornata in appositi locali, o all'aperto, e di consumare un pasto in compagnia⁴¹. Ciò – si legge nella norma – per supportare il detenuto a superare la crisi conseguente all'allontanamento dal nucleo familiare, rendere possibile il mantenimento di un valido rapporto con i figli, specie in età minore, e per preparare la famiglia al rientro nel contesto sociale.

Anche con riguardo alla tipologia di interlocutori ammessi ai colloqui si registrano esperienze difformi tra i singoli istituti. L'articolo 18 o.p., infatti, stabilisce che i detenuti sono ammessi ad avere colloqui e corrispondenza anche con *“altre persone”*, oltre che con i familiari⁴² e con il Garante dei diritti dei detenuti. La disciplina specifica delle modalità di accesso all'istituto penitenziario e del colloquio sono però stabilite dal Regolamento Esecutivo che, al primo comma dell'art. 37, esige l'esistenza di non meglio identificati *“ragionevoli motivi”*⁴³, per i

⁴¹ Art. 61, D.P.R. 30 giugno 2000, n. 230, *Regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà*.

⁴² L'amministrazione penitenziaria, con la Circolare n. 3478 del 1998, ha ristretto il significato attribuitovi dal codice civile ed ha stabilito che i termini *“familiari”* e *“congiunti”*, usati dalla normativa penitenziaria relativamente ai detenuti *“ordinari”*, si riferiscono ai parenti e agli affini entro il quarto grado, per non ampliare eccessivamente i soggetti legittimati ad avere contatti con il detenuto.

⁴³ Circolare DAP n.3478 dell'8 luglio 1998 dove si stabilisce che, nella discrezionalità delle direzioni nell'individuazione dei ragionevoli motivi, occorre far riferimento a *“ragioni affettive,*

colloqui con le altre “*persone diverse dai congiunti e dai conviventi*”⁴⁴, generando ulteriore eccessiva discrezionalità delle direzioni delle strutture penitenziarie nell’individuazione dei destinatari esterni dei colloqui.

L’adozione di prassi non uniformi rappresenta un elemento di forte criticità, in quanto conferisce alle singole direzioni degli istituti di giocare un ruolo cruciale nell’esercizio del diritto all’affettività dei singoli detenuti.

4. I tentativi di riforma

In Italia diverse sono state le proposte di legge volte ad introdurre la previsione di locali idonei o apposite aree senza controllo visivo per gli incontri e/o la possibilità di trascorrere mezza giornata al mese in aree al di fuori degli spazi comuni. Tentativi riformatori che rappresentavano un “timido” approccio verso le “stanze dell’affettività” sopra richiamate, al pari delle *Unités de vie familiale francesi* (introdotte in via sperimentale nel 2003 e legiferate nel 2005) o delle *Comunicaciones íntimas de convivencia* spagnole.

Già in occasione del rifacimento del Regolamento d’esecuzione dell’ordinamento penitenziario nel 2000, si era tentata una soluzione. Era l’11 marzo del 1999 e il progetto di riforma del Regolamento - elaborato sotto la responsabilità dell’allora Sottosegretario alla Giustizia, Franco Corleone, e del capo dell’amministrazione penitenziaria, Alessandro Margara - amplificava, all’articolo 58, il tema dell’affettività “*nell’ambito dei rapporti con la famiglia*” come “*uno degli elementi del trattamento previsto dall’articolo 28 della legge penitenziaria*”. Nel quadro di tali rapporti, veniva introdotto un particolare permesso intramurario (la possibilità per i detenuti di trascorrere con i propri familiari fino a ventiquattro ore consecutive in apposite “unità abitative” realizzate all’interno del carcere) attribuito alla competenza del direttore dell’istituto penitenziario, che manteneva una certa

di studio e di lavoro”, nell’ottica di un equilibrio con le ragioni di sicurezza. I “ragionevoli motivi” possono essere inerenti anche al supporto morale o di sostegno materiale (es. generi di conforto). È necessario non essere coindagati.

⁴⁴ Art. 37, D.P.R. 30 giugno 2000, n. 230, *Regolamento recante norme sull’ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà*.

discrezionalità, concedibile se la pena detentiva superava i sei mesi, in un numero complessivo non superiore a dodici in un anno. Il Consiglio dei Ministri, dopo l'intervento del Consiglio di Stato, dovette stralciare dalla legge proprio la parte che riguardava la questione. Le obiezioni del Consiglio di Stato vertevano su due profili. Da una parte, si obiettava il *"forte divario fra il modello trattamentale teorico"*, prefigurato nel nuovo Regolamento penitenziario, e l'inadeguatezza del *"carcere reale"*. Dall'altra, si sosteneva che *"il diritto all'affettività non è scelta che possa essere legittimamente effettuata in sede regolamentare attuativa o esecutiva"*. Si rinviava, così, l'introduzione di norme a favore del diritto all'affettività a scelte legislative e non al Regolamento di esecuzione della legge penitenziaria: *"(...) nel silenzio della legge"*, si disse. Si tratta dello stesso *"argomento procedurale"* utilizzato dalla Consulta, con la nota sentenza 301/2012, per rigettare la questione sollevata dall'ufficio di Sorveglianza di Firenze, circa la costituzionalità dell'art. 18 o.p., (cfr. *infra*).

La riforma dell'ordinamento penitenziario italiano dettata dalla Legge 103/2017, meglio conosciuta come Riforma Orlando, nell'imporre il riconoscimento del *"diritto all'affettività"* all'interno delle mura del carcere, con la regolamentazione delle modalità concrete del suo esercizio, sembrava evocare la necessità di consentirne, entro certi limiti, l'espressione fisica.

L'impianto riformatore era stato preceduto dall'imponente lavoro degli *Stati Generali sull'esecuzione penale*. In particolare, i Tavoli 6 (*Mondo degli affetti e territorializzazione della pena*) e 14 (*Esecuzione penale: esperienze comparative e regole internazionali*) offrivano interessanti spunti in proposito. Tra le soluzioni ipotizzate figuravano, in particolare, la previsione di momenti di incontro variamente denominati della durata di alcune ore con il coniuge, il convivente, ed eventualmente con altra persona con la quale intercorresse *"una relazione affettiva di comprovata stabilità"*; oppure, ancora, con tutti i soggetti ammessi ai colloqui ordinari, autorizzati dal direttore dell'istituto. Tali incontri sarebbero dovuti avvenire con cadenza mensile o bimestrale, e da riservarsi, a seconda delle opinioni, ai soli condannati che non fruissero di benefici extramurari o, in alternativa, da estendersi all'intera popolazione detenuta. Numerosi e controversi

apparivano gli aspetti di dettaglio, circa l'individuazione dei destinatari, del novero dei soggetti ammessi agli incontri, della durata di questi ultimi; la loro definizione veniva demandata, in ultima battuta, alla discrezionalità legislativa.

Veniva, inoltre, prospettata l'introduzione di specifici "permessi di affettività", concedibili al di fuori dei presupposti di cui agli articoli 30 e 30-ter o.p. ed ulteriori rispetto a questi ultimi, "al fine di coltivare specificamente interessi affettivi".

La successiva commissione ministeriale, presieduta dal prof. Glauco Giostra ed incaricata di elaborare il decreto legislativo delegato in attuazione della legge n. 103 del 2017, aveva recepito le indicazioni provenienti dal tavolo di esperti. In una prospettiva di valorizzazione degli istituti finalizzati ad incentivare i contatti con l'ambiente esterno, la Commissione progettava una modifica legislativa dell'art. 18 o.p. che consentisse ai detenuti di intrattenere relazioni intime con i loro congiunti, limitatamente al coniuge e al convivente di fatto⁴⁵. Lo Schema di decreto legislativo, prevedeva una profonda riforma dell'esecuzione intramuraria della pena detentiva con lungo elenco di criteri che, a dire il vero, apparivano, fin da subito, più delle affermazioni di principio che non vere e proprie direttive.

Tra questi, al comma 85, lettera N), faceva il suo ingresso il riconoscimento del diritto all'affettività; si evidenziava l'importanza di garantire un supporto (assistenziale, ma anche economico) verso il nucleo familiare del recluso e si affermava il principio di prossimità dell'istituto penitenziario alla famiglia (art 42 O.P.); oltretutto l'espunzione delle preclusioni per le concessioni di permessi premio ed ordinari.

Nonostante queste incoraggianti premesse, i decreti attuativi tradivano le indicazioni, lasciando nuovamente fuori un tema non di poco per le persone private della libertà.

In particolare, all'interno delle "Disposizioni in tema di vita penitenziaria" contenute nel d.lgs. 123/2018, si rinviene solo un generico obbligo per l'amministrazione penitenziaria di favorire una riservatezza del colloquio, i cui locali devono essere

⁴⁵ C. MARZAGALLI, *Procedimento ed esecuzione penale dopo la riforma Cartabia*, in *LegalePenale*, III edizione, Maggioli, 2023.

“collocati preferibilmente in prossimità dell’ingresso dell’istituto”, tali da favorire una maggiore intimità. Una “dimensione riservata” che, nonostante il tentativo di alcuni autori di salvataggio in un ambito possibile di interpretazione evolutiva⁴⁶, pare destinata a restare poco più di un manifesto. Pur suggerendo un’indicazione di riforma e di prassi amministrativa virtuosa, per il potenziamento di momenti di incontro e di intimità, la nuova formulazione non ha, di fatto, generato un reale impatto sull’organizzazione delle strutture: non solo perché non ha trovato attuazione attraverso una modifica del Regolamento penitenziario, ma per la clausola di invarianza finanziaria che l’ha accompagnata.

Solo nel contesto minorile il legislatore è riuscito là dove, in quello adulto, ha fallito. Con l’art. 19 del d.lgs. n. 121⁴⁷, varato anch’esso in attuazione della stessa legge delega n. 103 del 2017, è stato insolitamente introdotto l’istituto delle “visite prolungate” per le persone detenute minori di età. Si è prospettata la possibilità di incontri riservati, preoccupandosi di disciplinare termini e modalità di esplicazione del diritto, come puntualmente suggerito dai giudici costituzionali proprio con la sentenza 301/2012.

Nonostante nel *Tavolo 5 degli Stati Generali*, dedicato ai “Minorenni autori di reato”, non si sia rivolto alcun accenno all’istituto, il legislatore, alquanto singolarmente, sembra aver traslato la proposta di introdurre le “visite”, dagli adulti ai minori autori di reato. Una norma disegnata per i primi e attuata per i secondi che, a ben guardare, ha condotto ad un’irragionevole disparità di trattamento, evidentemente

⁴⁶ M. BORTOLATO, *Luci ed ombre di una riforma a metà: i decreti legislativi 123 e 124 del 2 ottobre 2018*, in *Questione Giustizia*, 9, 2018. L’autore afferma che “La norma va salutata con estremo favore in quanto apre in qualche modo ad una maggiore considerazione dell’esercizio, tutto “privato”, del diritto all’affettività in ambito carcerario ed apre scenari imprevedibili implicando una possibile sottrazione, seppur limitata, al controllo permanentemente visivo dei colloqui familiari”.

⁴⁷ Art. 19 del decreto, statuisce infatti che “Al fine di favorire le relazioni affettive, il detenuto può usufruire ogni mese di quattro visite prolungate della durata non inferiore a quattro ore e non superiore a sei ore, con una o più delle persone di cui al comma 1. 4. Le visite prolungate si svolgono in unità abitative appositamente attrezzate all’interno degli istituti, organizzate per consentire la preparazione e la consumazione di pasti e riprodurre, per quanto possibile, un ambiente di tipo domestico. 5. Il direttore dell’istituto verifica la sussistenza di eventuali divieti dell’autorità giudiziaria che impediscono i contatti con le persone indicate ai commi precedenti. Verifica altresì la sussistenza del legame affettivo, acquisendo le informazioni necessarie tramite l’ufficio del servizio sociale per i minorenni e dei servizi socio-sanitari territoriali. 6. Sono favorite le visite prolungate per i detenuti che non usufruiscono di permessi premio.”.

non giustificata dalla minore o giovane età degli ospiti degli istituti penali per minori.

Per esigenze di completezza, occorre evidenziare come, tra le recenti proposte di modifica elaborate dalla “Commissione per l’innovazione del sistema penitenziario”, non viene contemplato l’istituto degli “incontri intimi”, rivolto a consentire il possibile esercizio della sessualità. Nella Relazione finale della Commissione si legge, tuttavia, che “(...) si tratta di opzione pienamente compatibile con gli indirizzi emersi nei lavori della Commissione, pur riferiti al miglioramento della quotidianità penitenziaria, che, in ipotesi, potrebbe essere seguita riprendendo quanto già elaborato dalla Commissione Giostra”.

Tale scelta è legata, presumibilmente, ad un approccio di coerenza verso la *mission* dell’incarico ricevuto, che non è stata quella di introdurre nuovi istituti, incidendo sulla normativa primaria, ma di migliorare l’esistente, con suggerimenti concreti, utili a risolvere, o almeno ad attenuare, le criticità presenti nonché ad adeguare i contenuti del Regolamento ai cambiamenti tecnologici, sociali e culturali e alle indicazioni provenienti dalla giurisprudenza costituzionale e delle Corti europee.

Il tema della sessualità in carcere continua, di fatto, a non trovare una sua disciplina⁴⁸.

Si tratta, pertanto, di un diritto non vietato espressamente ma di un silenzio che, secondo autorevole dottrina, si tramuta “per ciò che realmente è: [...] l’apparente anomia in tema di diritto alla sessualità intramuraria celandosi, in realtà, un operante dispositivo proibizionista”⁴⁹.

L’inadeguatezza di strumenti normativi e amministrativi, accompagnata alla mancanza di spazi fisici, continua a rappresentare il maggiore ostacolo alle costruzioni di relazioni condivise e non patologiche, idonee ad alleviare lo stato di sofferenza, attraverso la predisposizione di canali adeguati di contatto e di

⁴⁸ A. TONEGATO, *Amore e carcere*, relazione al Convegno dal titolo *Carcere: salviamo gli affetti*, Casa di Reclusione “Due Palazzi” di Padova, 10 maggio 2002.

⁴⁹ A. PUGIOTTO, *Della castrazione di un diritto. La proibizione della sessualità in carcere come un problema di legalità costituzionale* in *Giurisprudenza Penale*, 2019 2-bis.

vicinanza con l'esterno; in particolar modo, con la famiglia, gli affetti "non ristretti" e, tuttavia, parimenti vittima della dimensione "bilaterale" della pena⁵⁰.

La giurisprudenza italiana tende per lo più a negare l'esistenza di un collegamento diretto fra relazioni familiari e sessualità e, più in generale, a preporre la preoccupazione per la sicurezza alle esigenze affettive dei detenuti. Unico passaggio maggiormente "degnò di nota" nel dibattito vigente, in tema di sessualità, è quello compiuto dalla Corte Costituzionale, con la risalente e già citata sentenza 301 del 19 dicembre 2012⁵¹ (cfr. *par.* 5).

È opportuno sottolineare come il controllo visivo non è un *vulnus* attinente alla "sola" sfera sessuale. Il diritto alla conservazione delle relazioni affettive presuppone il riconoscimento della libertà di comunicare segretamente; solamente modalità di contatto che assicurino la riservatezza della comunicazione, possono consentire di sviluppare e mantenere legami affettivi "il più normali" possibili, secondo le indicazioni che provengono anche dalla Corte Europea dei diritti dell'Uomo (cfr. *infra*).

4.1.I disegni di legge dei consigli regionali di Toscana e Lazio

Due sono i disegni di legge volti a riconoscere e regolamentare il diritto all'affettività e alla sessualità delle persone ristrette depositati alle Camere durante la scorsa legislatura.

Entrambi sono il frutto di iniziative regionali⁵²; entrambi prendono spunto dal prezioso lavoro degli *Stati Generali sull'Esecuzione penale* e della successiva *Commissione Giostra*.

⁵⁰ L. AMERIO, V. MANCA, *Forma attiva e passiva del verbo amare: riflessioni a margine delle prime applicazioni del D.lgs. n.123/2018 in materia di affettività e sessualità*, in *Giurisprudenza penale*, 2019, pag. 2.

⁵¹ Cfr. Corte costituzionale, sentenza n.301/2019 si afferma che "ogni attenzione da parte del legislatore, anche alla luce delle indicazioni provenienti dagli atti sovranazionali richiamati dal rimettente (...) e dell'esperienza comparatistica, che vede un numero sempre crescente di Stati riconoscere, in varie forme e con diversi limiti, il diritto dei detenuti ad una vita affettiva e sessuale intramuraria: movimento di riforma nei cui confronti la Corte europea dei diritti dell'uomo ha reiteratamente espresso il proprio apprezzamento (...)".

⁵² Atto Senato n. 1876 -18ma Legislatura ad iniziative del Consiglio regionale della Toscana; Atto Camera. 3488 e Atto Senato. 2543 -18ma Legislatura ad iniziativa del Consiglio regionale

Mentre il progetto legislativo del Consiglio regionale della Toscana è volto ad introdurre più specificatamente il diritto alla sessualità - apportando modifiche agli articoli 28 e 30 dell'ordinamento penitenziario - quello laziale presenta un raggio di intervento più ampio, sia in termini oggettivi che soggettivi. Quest'ultimo, nato dai risultati di una ricerca di campo effettuata in quattro istituti della Regione Lazio, è destinato a riformare le principali "modalità di contatto" dei ristretti con i propri affetti, sia fuori che dentro il carcere, ed è rivolto anche ai detenuti sottoposti al regime speciale del 41-bis e/o condannati cd. ostativi. Il campo d'interesse del presente contributo, tuttavia, richiede l'analisi dei soli articoli dedicati alla sessualità.

Prima di illustrarne le coordinate principali, è doverosa una precisazione di fondo che possa sgombrare il campo da alcuni equivoci in cui spesso ci si imbatte.

Se il diritto alla sessualità (e, più in generale, quello all'affettività) va inteso come posizione soggettiva costituzionalmente riconosciuta (anche) al detenuto, in quanto coesistente alla persona umana (cfr. *par.2*), il suo riconoscimento deve prescindere da una logica premiale.

Trattare la sessualità al pari degli sconti di pena, dei benefici penitenziari, delle misure alternative alla detenzione, o di tutti gli altri strumenti approntati dal nostro legislatore per la risocializzazione del reo, significa, né più né meno, ammettere che la sua amputazione è parte integrante della pena detentiva, giuridicamente riconosciuta ed ammessa dall'ordinamento.

Il diritto alla sessualità, al netto di speciali esigenze di sicurezza, deve trovare un riconoscimento per la generalità della platea dei detenuti, a prescindere dalla loro partecipazione al trattamento o dalla regolarità della condotta, e senza quei limiti e restrizioni imposti ai detenuti imputati e condannati per i reati cd. "ostativi". Valutazioni di tipo premiale potranno entrare in gioco, semmai, per incrementarne

del Lazio. Sulla proposta di legge della Toscana Cfr. S. ANASTASIA, F. CORLEONE, *Il carcere dei diritti scommette sulla sessualità*, in *Quaderni di Ricerca – Habitat e Affettività*, a cura del Garante delle Persone private della libertà personale Regione Campania, con la collaborazione dell'Osservatorio Regionale sulla vita detentiva, <https://www.cr.campania.it/>, 16 giugno 2021, pag.38 e ss. Sulla proposta di legge del Lazio Cfr. S. GRIECO, *Il diritto all'affettività delle persone recluse*, *Appendice*, op.cit, pagg.99 e ss.

la fruizione, non per precluderne la concessione, così da tenere insieme entrambe le valenze della pena: umanità e rieducazione.

La relativa disciplina, di conseguenza, va impostata correttamente: in analogia a quanto già accade per gli istituti volti a salvaguardare le relazioni affettive familiari già esistenti (corrispondenza, telefonate, colloqui), anche le ulteriori modalità ordinamentali, introdotte per rendere possibile l'espressione della dimensione intima finora negata, dovrebbero escludere valutazioni sulla condotta del detenuto che ne farà richiesta.

Fatta questa doverosa premessa, nei disegni di legge trovano compiuta cittadinanza le visite intime, accompagnate, oltre che dalla mancanza di controllo visivo, da tempi e spazi adeguati.

Come opportunamente sottolineato dalla Consulta, infatti, la sola eliminazione del controllo visivo continuo, nel corso dei colloqui, si sarebbe rivelata, di per sé, insufficiente a realizzare le condizioni per consentire l'esercizio della sessualità, in condizioni di riservatezza dei soggetti detenuti⁵³. Tale facoltà deve, necessariamente, trovare una disciplina per quanto concerne *“termini e modalità di esplicazione del diritto di cui si discute: in particolare, occorrerebbe individuare i relativi destinatari, interni ed esterni, definire i presupposti comportamentali per la concessione delle visite intime, fissare il loro numero e la loro durata, determinare le misure organizzative”*⁵⁴.

Sulla scorta delle indicazioni della Consulta, sono stati, così, combinati due fattori spazio-temporali ispirati al raggiungimento dell'auspicata *“maggiore normalità possibile”* nei rapporti, invocata dalle *European prison rules* (cfr. *infra*).

Sono state previste unità abitative appositamente attrezzate all'interno degli istituti penitenziari, con percorsi dedicati ed esterni alle sezioni, senza controlli visivi e auditivi e collocate preferibilmente in prossimità dell'istituto. È stato fissato un

⁵³ Le considerazioni della consulta trovano riscontro nel sentire comune di molti detenuti che, intervistati, hanno dichiarato di non sapere rispondere se essere favorevoli o meno all'introduzione delle visite intime in quanto molto dipende dai luoghi e dai tempi previsti per questo genere di incontri; cfr. S. GRIECO, *Il diritto all'affettività delle persone recluse*, *Appendice*, op.cit., 185.

⁵⁴ Corte costituzionale, sentenza 301/2012.

tempo sufficiente per il mantenimento della relazione detenuto-affetti, pari ad una volta al mese, dalle 6 alle 24 ore.

Con riguardo a quelli che la Corte ha definito “destinatari esterni”, devono includersi tutte le persone “autorizzate” ai colloqui, senza distinzioni tra familiari, conviventi e “terze persone”.

Per quanto concerne la disciplina dei permessi, si riprende l'intervento di riforma dell'art. 30 o.p., sulla scorta delle indicazioni del *Tavolo 6* degli *Stati Generali*, con l'eliminazione del requisito dell'eccezionalità tra i presupposti per la concessione del beneficio e la sostituzione del requisito della “gravità” con quello della “rilevanza”. La nuova formulazione consente di ampliare, in maniera considerevole, il margine di discrezionalità del Magistrato di Sorveglianza e di ricomprendere, così, eventi familiari importanti, anche positivi. Si raccoglie il prezioso lavoro della giurisprudenza, volto ad allargare le maglie di applicazione, al di là del dato letterale della norma.

Tuttavia, il beneficio, anche nella sua nuova formulazione, perderebbe sì la sua attuale caratteristica di eccezionale applicazione, ma resterebbe comunque ancorato alla sua connotazione originaria di evento “non ordinario”, collocato al di fuori della quotidianità. Come rilevato già durante la discussione in seno al *Tavolo 6*, l'istituto dei permessi di necessità non sembra idoneo alla funzione trattamentale che ad esso si vuole attribuire, in quanto rimane - al netto delle modifiche apportabili - destinato a rispondere a situazioni che, seppur riconducibili al contesto familiare, restano estemporanee e contingenti.

In tale prospettiva, si è resa indispensabile l'introduzione di una fattispecie del tutto nuova, con la specifica finalità di consentire all'individuo ristretto di coltivare (ripristinare o mantenere) le proprie relazioni affettive. Nel progetto di riforma laziale, viene, così, introdotto l'istituto di nuovo conio dei permessi familiari. I nuovi permessi⁵⁵ sono sottratti a rigide preclusioni premiali di carattere soggettivo

⁵⁵ “*Permessi Familiari*”. Introduzione dell'articolo 30 *quinquies* della legge n. 354 del 1975: “*Fuori dei casi previsti dagli articoli 30 e 30 ter, ai condannati il magistrato di sorveglianza può concedere un ulteriore permesso, della durata non superiore a dieci giorni per semestre di carcerazione, al fine di coltivare specificamente interessi affettivi e da trascorrere con i soggetti autorizzati al colloquio. Il*

o oggettivo. In particolare, la quota di pena residua perde ogni rilevanza. È una riformulazione che ha anche l'ulteriore pregio di porre fine al carattere discriminatorio e illogico insito nell'art. 30 *ter* o.p., che penalizza i soggetti chiamati a scontare pene più lunghe, laddove, proprio per chi ha un orizzonte temporale di detenzione più lungo, un contatto diretto con i familiari sarebbe di sicuro aiuto a mantenere, in concreto, il rapporto affettivo.

Non sono, inoltre, richiesti eventi particolari che giustifichino la concessione dei permessi, a differenza di quelli ordinari ex art 30 o.p..

Il necessario contemperamento dell'esigenza di tutela del diritto alla affettività, con le istanze di sicurezza - ribadito anche dal Giudice delle Leggi del 2012 - trova comunque attuazione nella nuova disposizione: è rimessa al magistrato di sorveglianza la verifica della pericolosità in concreto del soggetto interessato, caso per caso.

A ben guardare, le iniziative di riforma legislativa appena descritte si collocano in linea non solo con la concreta attuazione dell'art. 18, co. 2 o.p., nella sua nuova formulazione, in combinato disposto con l'art. 61 del Regolamento penitenziario, ma anche con le principali indicazioni provenienti dalla Carte sovranazionali⁵⁶.

Oltre agli articoli 3 e 8, comma 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, due sono le Raccomandazioni internazionali con cui l'"astinenza sessuale" si pone in contrasto.

In particolare, la raccomandazione del Consiglio d'Europa n. 1340 del 1997, sugli effetti sociali e familiari della detenzione, all'art. 6, invita gli Stati membri a *"migliorare le condizioni previste per le visite da parte delle famiglie, in particolare mettendo a disposizione luoghi in cui i detenuti possano incontrare le famiglie da soli"*.

In modo ancora più puntuale, la Raccomandazione del Parlamento europeo del 9 marzo 2004, n. 2003/2188(INI), sui diritti dei detenuti nell'Unione europea -

permesso non è concesso quando vi è il pericolo che il condannato, durante il periodo di permesso, possa commettere nuovi reati ovvero che, allo scadere del periodo di permesso, non rientri in istituto. Il provvedimento è soggetto a reclamo presso il tribunale di sorveglianza secondo le procedure di cui all'articolo 30 bis".

⁵⁶ Cfr. M. E. SALERNO, *Affettività e sessualità nell'esecuzione penale: diritti fondamentali dei detenuti? L'atteggiamento Italiano su una questione controversa*, in *Giurisprudenza penale Web*, 2017,1.

nell'invitare il Consiglio a promuovere, sulla base di un contributo comune agli Stati membri dell'Unione europea, l'elaborazione di una Carta penitenziaria europea comune ai Paesi membri del Consiglio d'Europa - menziona specificamente, all'art. 1, lettera c), *“il diritto ad una vita affettiva e sessuale prevedendo misure e luoghi appositi”*.

Infine, alla Regola 24 delle già citate *European Prison rules*, rubricata *Contatti con l'esterno*, si stabilisce che *“le modalità delle visite devono permettere ai detenuti di mantenere e sviluppare relazioni familiari il più possibile normali”*. Il concetto di *“normalità”* evoca anche i profili affettivi e sessuali, come emerge dal *Commento* a detta regola, che precisa: *“ove possibile, devono essere autorizzate visite familiari prolungate”*, le quali *“consentono ai detenuti di avere rapporti intimi con il proprio partner”*, posto che le *“visite coniugali”* più brevi autorizzate a questo fine possono avere un effetto umiliante per entrambi i partner”. Sempre le *European Prison Rules* alla lettera 1 c), sanciscono *“il diritto ad una vita affettiva e sessuale, prevedendo misure e luoghi appositi”*.

Oltre alla *“normalizzazione”* – criterio con cui si punta ad organizzare la vita in carcere in maniera da renderla la più simile possibile a quella esterna - altro principio cardine delle *Regole Penitenziarie*, che entra in gioco anche in ambito di esercizio alla sessualità, è la *“responsabilizzazione”*. Spesso trascurato nel dibattito sul tema, la mancanza di controllo visivo durante gli incontri con gli affetti, rappresenta una notevole opportunità per il detenuto di assumere responsabilità personali nella vita penitenziaria quotidiana.

Benché non vincolanti per i Paesi aderenti, in quanto fonti del diritto di *soft law*, le raccomandazioni indicano chiaramente quale sia la tendenza del regime penitenziario europeo: predisporre nuovi strumenti idonei a garantire la piena esplicazione dell'individualità del detenuto, inclusa la sfera affettiva e sessuale. Le *Regole* vengono, inoltre, riconosciute come la razionalizzazione dei principi cardine in materia penitenziaria sanciti dalla giurisprudenza europea e sottolineati

all'interno delle relazioni del Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti⁵⁷.

I dettami delle carte internazionali trovano riscontro anche nelle recenti aperture della Corte EDU sul tema. Nonostante l'atteggiamento sempre prudente tenuto in tema di sessualità⁵⁸ e il mancato riconoscimento di un *consensus* europeo sulle *family visits*, i Giudici di Strasburgo hanno riconosciuto, esplicitamente, un dovere di "positive obligations" in capo agli Stati contraenti - derivante proprio dal diritto al rispetto della vita privata e familiare, sancito all'art. 8 CEDU - inteso come assistere i detenuti nella creazione e nel mantenimento dei legami extra-murari⁵⁹. Tale obbligo è strettamente connesso all'esplicitazione delle ragioni del divieto da parte degli Stati, che deve essere fondato non sul richiamo a generici e astratti rischi per la sicurezza ma ad esigenze di tutela specifiche, riferite al caso concreto.

Si apre, pertanto, la necessità di una valutazione individuale, di natura casistica, circa le restrizioni poste all'accesso degli istituti funzionali al raggiungimento di tale scopo⁶⁰.

Un passo avanti considerevole sulla strada del riconoscimento del diritto alla sessualità, che i progetti di riforma appena delineati soddisfano in pieno.

5. La nuova *quaestio* al vaglio della Corte Costituzionale

Il diritto alla sessualità dei detenuti sarà nuovamente all'attenzione della Consulta, grazie all'ordinanza n. 23 del 12 gennaio 2023, con cui il Magistrato di Sorveglianza

⁵⁷ E.V. SARDINA, *Le nuove regole penitenziarie del Consiglio d'Europa. Aspetti teorici e limiti pratici di applicabilità*, in *Diritto Penale e uomo*, 10/2020.

⁵⁸ Sul punto occorre senz'altro ricordare come i giudici di Strasburgo, in decisioni piuttosto risalenti, abbiano affermato che dai richiamati articoli convenzionali non discenda un automatico obbligo in capo agli Stati Parte di riconoscere, all'interno delle proprie normative, il diritto alla sessualità intramuraria, restando tale scelta rimessa alle valutazioni del legislatore nazionale; Cfr. Corte EDU, 4 dicembre 2007, *Dickson c. Regno Unito*, ric. n. 44362/04; Corte EDU, 29 luglio 2003, *Aliev c. Ucraina*, ric. n. 41220/08; da ultimo, Cfr. Corte EDU, 1° luglio 2021, *Lestaw Wójcik c. Polonia*, , ric.n. 66424/09, dove si riconosce la scelta dell'ordinamento polacco di interpretare la visita come beneficio e non come diritto.

⁵⁹ Corte EDU, 30 giugno 2015, *Khoroshenko c. Russia*, ric. n. 41418/04. Nella sentenza Corte EDU, 7 marzo 2017, *Polyakova e altri c. Russia*, ric. nn. 35090/09 e altri, la Corte ha ribadito che "the States should aim at maintaining and promoting prisoners' contacts with the outside world", §101; Corte EDU, Grande Camera, 4 aprile 2018, *Correira De Matos c. Portogallo*, ric. 56402/12.

⁶⁰ S. TALINI, *Un passo decisivo verso la garanzia della sessualità intramuraria?* op.cit., pag. 39.

di Spoleto ha sollevato questione di legittimità costituzionale del citato art.18 OP *“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, per contrasto con gli art. 2, 3, 13, commi 1 e 4, 27, comma 3, 29, 30, 31, 32 e 117, comma 1 Cost., quest’ultimo in rapporto agli art. 3 e 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo”*.

La *quaestio*, calendarizzata per il prossimo 5 dicembre, torna oggetto di vaglio costituzionale dopo un lasso temporale di dieci anni. La Consulta, con la summenzionata sentenza 301/2012, pur dichiarandola inammissibile, aveva espressamente riconosciuto l’esistenza di un diritto alla sessualità, anche intramuraria, richiamando le garanzie già espresse dal diritto internazionale e, segnatamente, dalla Corte Europea dei Diritti dell’Uomo. Nel riconoscere (*rectius*: ammettere) tale diritto, aveva, altresì, evidenziato che la possibilità per i detenuti di vivere l’intimità con i propri cari fosse (e, del resto, tuttora è) *“una esigenza reale e fortemente avvertita”*, che *“merita ogni attenzione da parte del legislatore”*⁶¹. Dunque: un diritto esistente e compatibile con la realtà carceraria ma che, come spesso accade, necessita di un mirato intervento legislativo per essere cristallizzato, attesa l’inadeguatezza dell’istituto del colloquio, per tempi, luoghi e controllo visivo. Sollecitava, così, il legislatore ad intervenire.

⁶¹ Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 301, cit., p. 9: *“L’ordinanza di remissione evoca, in effetti, una esigenza reale e fortemente avvertita, quale quella di permettere alle persone sottoposte a restrizione della libertà personale di continuare ad avere relazioni affettive intime, anche a carattere sessuale: esigenza che trova attualmente, nel nostro ordinamento, una risposta solo parziale nel già ricordato istituto dei permessi premio, previsto dall’art. 30-ter della legge n. 354 del 1975, la cui fruizione – stanti i relativi presupposti, soggettivi ed oggettivi – resta in fatto preclusa a larga parte della popolazione carceraria. Si tratta di un problema che merita ogni attenzione da parte del legislatore, anche alla luce delle indicazioni provenienti dagli atti sovranazionali richiamati dal rimettente (peraltro non immediatamente vincolanti, come egli stesso ammette) e dell’esperienza comparatistica, che vede un numero sempre crescente di Stati riconoscere, in varie forme e con diversi limiti, il diritto dei detenuti ad una vita affettiva e sessuale intramuraria: movimento di riforma nei cui confronti la Corte europea dei diritti dell’uomo ha reiteratamente espresso il proprio apprezzamento, pur escludendo che la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali – e in particolare, gli artt. 8, paragrafo 1, e 12 – prescrivano inderogabilmente agli Stati parte di permettere i rapporti sessuali all’interno del carcere, anche tra coppie coniugate”* (Corte EDU, 4 dicembre 2007, *Dickson c. Regno Unito* e 29 luglio 2003, *Aliev contro Ucraina*)”.

La cd. ordinanza Gianfilippi, dal nome del Magistrato di Sorveglianza remittente, non si limita a ritornare sui rilievi di incostituzionalità già posti ma evidenzia i molteplici elementi di novità intervenuti rispetto alla precedente pronuncia costituzionale.

Sul fronte interno, vengono poste in risalto le citate modifiche legislative introdotte dall'intervento riformatore del 2017, evidenziando la dimensione riservata dei colloqui e l'introduzione dell'istituto delle cd. "visite prolungate" nell'ordinamento penitenziario minorile.

Sul piano internazionale, è valorizzata la cornice sovranazionale, sia con riguardo alle carte internazionali che alla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, con le sue recenti aperture.

Il Magistrato di Sorveglianza è consapevole della "tecnica dilatoria" più volte utilizzata, negli ultimi anni, dal Giudice delle Leggi⁶² di fronte a profili di discrezionalità legislativa così ampi da inibire un intervento risolutore della Corte. Tuttavia, nell'ordinanza, da un lato, si evidenzia la lunga inerzia del legislatore rispetto al monito della Corte del 2012, nonostante le indicazioni della *Commissione Giostra*, i principi della Legge delega n. 103/2017 e i numerosi progetti-pilota sperimentati in vari contesti detentivi. Dall'altro, viene rimarcato lo stato di particolare sofferenza in cui versa il sistema penitenziario, unitamente all'elevato tasso di suicidi e di gesti di autolesionismo che affligge le nostre carceri.

Una condizione drammatica e urgente che non rende possibile tollerare ulteriori pronunce dilatorie e che i Giudici costituzionali non potranno ignorare.

⁶² Cfr. ordinanza n. 207/2018, cd. *Caso Cappato*, in tema di agevolazione al suicidio e ordinanza n.132/2020 sulla diffamazione a mezzo stampa, <https://www.cortecostituzionale.it/>.