



*Costituzionalismo.it*

Fascicolo 2 | 2015  
I DIRITTI DEI DETENUTI

## L'affettività ristretta

di SILVIA TALINI

# L'affettività ristretta

di SILVATALINI

*Dottore di ricerca in Diritto Costituzionale - Università degli Studi Roma Tre*

## Abstract

In questo contributo l'autrice analizza il diritto all'affettività nell'esecuzione penale, al fine di farne emergere criticità e aspetti di dubbia compatibilità con il dettato costituzionale. Prendendo le mosse da un'indagine normativa e giurisprudenziale, l'analisi si concentra su due diritti che, ancora oggi, presentano diversi profili di dubbia costituzionalità: il diritto alla sessualità e il diritto alla genitorialità in carcere. Il quadro descritto è messo in relazione con le principali esperienze straniere al fine di far emergere - anche in termini comparatistici - l'irragionevolezza di alcune scelte del legislatore italiano in ordine al pieno godimento dei diritti presi in analisi.

In this paper, the author describes the right to affection in prison, in order to bring out critical points and questionable compatibility with the Italian Constitution. Starting from a study of statute law and judicial case-law, the analysis focuses on two rights that, hitherto, show different profiles of uncertain

constitutionality: rights to sexuality and right to parenthood in prison. Finally, the author describes main foreign experiences in order to prove the irrationality of some choices in the Italian law.

**Sommario:** *1. Sfera affettiva e pena detentiva. Riflessioni introduttive e inquadramento dell'indagine - 2. Tutela dei legami affettivi: dalla normativa penitenziaria ai principi giurisprudenziali - 3. Il mantenimento delle relazioni affettive familiari come posizione giuridica soggettiva. Il contributo della giurisprudenza di legittimità - 4. La sessualità intramuraria: un diritto negato - 5. Carcere e rapporto genitoriale: il diritto alla maternità/paternità nell'esecuzione penale - 6. Dall'Europa al Brasile: sistemi normativi a confronto - 7. Brevi riflessioni conclusive: verso una riforma della disciplina del diritto ai legami affettivi*

## **1. Sfera affettiva e pena detentiva. riflessioni introduttive e inquadramento dell'indagine**

In psicologia il termine “affettività” viene tradizionalmente utilizzato per indicare il complesso dinamico di fatti e fenomeni emotivi (sentimenti, emozioni, passioni, ecc.) che caratterizzano le tendenze e le reazioni psichiche dell'individuo[1]. Le varie sfumature in cui la dimensione affettiva può manifestarsi - e le relazioni che si instaurano al suo interno - assumono, in altri termini, una funzione modellatrice in grado di incidere a più livelli sulla relazione che intercorre tra soggetto, società e consociati[2].

Si comprende, allora, l'importanza di un'analisi che guardi a come i rapporti emotivi possano “trasformarsi” da prerogativa umana in diritto soggettivo, trasformazione resa necessaria soprattutto in relazione alle situazioni in cui, per effetto di una sanzione penale, è lo stesso ordinamento giuridico a determinare una cesura degli affetti individuali attraverso l'applicazione di una misura detentiva.

L'indagine sulle conseguenze derivanti da tale distacco forzato si pone, quindi, non solo come un problema di natura medica, antropologica o sociologica ma anche - e soprattutto - come una questione giuridica, incidendo su una posizione soggettiva protetta dal dettato costituzionale: il diritto ai legami affettivi e familiari[3].

Si tratta, qui uno dei nodi maggiormente problematici della questione, di un diritto complesso la cui struttura può facilmente ricondursi alla figura geometrica degli insiemi concentrici legati da rapporti di interdipendenza: si pensi, a titolo esemplificativo, alla tutela della filiazione, della genitorialità e della sessualità. Situazioni giuridiche estremamente diversificate ma funzionalmente rivolte ad apprestare effettiva protezione alla dimensione affettiva; dimensione che all'interno dell'esecuzione penale assume una posizione di preminenza in vista della ricostruzione del percorso individuale del ristretto che dovrebbe consentire, stante il dettato costituzionale, un reinserimento nel consesso sociale.

All'interno di una sfera giuridica e relazionale così complessa, in cui le esigenze punitive si scontrano spesso con la valorizzazione dei legami personali, la bussola del legislatore non può che essere rappresentata dalle indicazioni provenienti da una giurisprudenza costituzionale pressoché costante, secondo cui alle persone private della libertà personale devono essere riconosciuti tutti i diritti costituzionalmente garantiti, la cui compressione può avvenire - esclusivamente - in ragione di comprovate e attuali esigenze di ordine e sicurezza[4]. A venire in gioco è la stessa legittimazione del potere sanzionatorio: se così non fosse, la logica del bilanciamento - che permette di giustificare la prevalenza di uno degli interessi in gioco - risulterebbe violata oltrepassando il punto di estrema tensione che, comportando il totale sacrificio di uno di essi, pregiudicherebbe la sua ineliminabile ragion d'essere[5].

Un'ultima considerazione appare necessaria al fine di cogliere la centralità del tema trattato e le sue implicazioni giuridiche, etiche e politiche. La conformazione del diritto all'affettività del ristretto, in ragione della natura complessa poc'anzi richiamata, può agevolmente essere ricondotta alla categoria dei "diritti sommersi": posizioni giuridiche di vantaggio non espressamente contemplate - o non pienamente previste - dal dato normativo, ma che, ponendosi come diretta espressione del dettato costituzionale, dovrebbero trovare esplicito riconoscimento nel diritto positivo e, conseguentemente, nella realtà penitenziaria.

Lo studio dell'esecuzione penale, infatti, impone necessariamente un'indagine dinamica sui diritti, in cui il ragionamento condotto in termini di elenchi tassativi ceda il passo a un'analisi in progressivo sviluppo anche in riferimento all'evoluzione dei diritti - e alla percezione degli stessi - nella società civile.

Si tratta di un processo inevitabilmente osmotico tra carcere e realtà esterna che impone l'utilizzo di un metodo critico d'analisi, in grado di porre in costante relazione scelte legislative, silenzi normativi e interventi giurisprudenziali. Quanto sinora affermato risulta tanto più significativo se posto in relazione alla dimensione affettiva, a un diritto cioè direttamente incidente sul corpo della persona ristretta, la cui mancata garanzia incide significativamente sulle condizioni psicofisiche, comprimendo gli aspetti più intimi della sfera di garanzia posta dal dettato costituzionale a tutela della dignità umana.

Definite in questi termini le premesse per il corretto inquadramento dell'indagine, appare quanto mai necessario far luce sulla complessa natura del diritto in esame attraverso un'analisi che, prendendo le mosse dal quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento, sappia far emergere la numerose criticità di quella che può definirsi "un'affettività ristretta". Ciò, è utile ricordarlo sin dalle primissime considerazioni, soprattutto alla luce della recente legge delega - attualmente al vaglio del Parlamento - per una riforma organica e strutturale dell'ordinamento penitenziario: nel fissare principi e criteri direttivi, infatti, il legislatore prescrive al potere delegato di operare un generale ripensamento della normativa in tema di affettività, attraverso la fissazione di condizioni generali che rendano concreto ed effettivo l'esercizio di un diritto indissolubilmente connesso al percorso di reinserimento del reo nel consorzio sociale[6].

## **2. Tutela dei legami affettivi: dalla normativa penitenziaria ai principi giurisprudenziali**

Quanto precede consente una prima riflessione prodromica all'analisi sulla natura del diritto in esame: la privazione della libertà personale, conseguente all'applicazione di una misura detentiva, non si traduce esclusivamente in un obbligo di costrizione fisica, intesa come coazione idonea a limitare il movimento del corpo, ma soprattutto in una rilevante compressione dei diritti soggettivi facenti capo all'individuo. Tale compressione, operata in ragione di esigenze di ordine e sicurezza, porta con sé un'ulteriore conseguenza idonea ad incidere sul ristretto: la perdita di una significativa parte del suo potere

decisionale. Il detenuto non è libero di modellare autonomamente le relazioni interpersonali, è la legge a determinare quali legami siano meritevoli di tutela e, in relazione a tale scelta, a definirne tempi e modalità di godimento.

A una coazione sui corpi, quindi, corrisponde una coazione sui diritti che, con riguardo ai rapporti intimi, rischia di trasformare la privazione della libertà personale in privazione affettiva. Valutare come la normativa penitenziaria - nazionale e non - si ponga in relazione a tale dimensione significa, dunque, interrogarsi sulla liceità delle “flessioni in negativo” del diritto idonee a incidere sul corpo ristretto e, conseguentemente, sulle future possibilità di reinserimento.

Con riguardo alla normativa nazionale, essa risponde a un preciso obbligo di adempimento rispetto al dettato costituzionale in tema di esecuzione penale e tutela dei legami affettivi; il convincimento che la sfera relazionale rappresenti un aspetto indispensabile del trattamento, da proteggere dai danni derivanti dalla carcerazione, è ben espresso in diverse disposizioni dell’ordinamento penitenziario e del regolamento di esecuzione[7].

Da un’analisi d’insieme del quadro di riferimento, si evince nitidamente il duplice ruolo che il legislatore del ’75 aveva inteso attribuire al mantenimento dei legami affettivi nel corso dell’esecuzione: per un verso parametro su cui modellare il processo di individualizzazione[8], per l’altro elemento positivo del trattamento. Vi è di più. La progressiva attenzione rivolta dalla normativa alla soggettività del ristretto ha fatto sì che l’antica logica della depersonalizzazione[9] lasciasse progressivamente spazio a una piena valorizzazione degli elementi della personalità del detenuto: gli istituti volti al mantenimento dei legami affettivi prescindono, oggi, da qualsiasi valutazione di tipo premiale svolta in riferimento alla condotta. Si punta così, almeno sul piano formale, alla creazione di un rinnovato sistema sanzionatorio, socialmente costruttivo e variamente diversificato, che consenta di adeguare le conseguenze giuridiche del reato alle caratteristiche individuali dell’autore e alla sua condizione sociale[10].

Nitida espressione di siffatta volontà normativa sono: l’articolo 15 o.p. a norma del quale «il trattamento del condannato e dell’internato è svolto [...] agevolando opportuni contatti con il mondo esterno ed i rapporti con la famiglia» e, in modo ancor più incisivo, l’art. 28 o.p., secondo cui nel corso dell’esecuzione particolare cura dev’essere dedicata a «mantenere, migliorare o ristabilire le relazioni dei detenuti e degli internati con le famiglie»[11].

Emblematico anche l'art. 14 *quater*, comma 4, o.p. a norma del quale le restrizioni derivanti dall'applicazione del regime di sorveglianza particolare<sup>[12]</sup> non possono riguardare i colloqui con i prossimi congiunti.

I principi sinora esposti, lungi dal rappresentare mere enunciazioni formali, fungono da basi normative per altre previsioni riconducibili al mantenimento dei rapporti familiari: si pensi al diritto del detenuto a poter informare immediatamente la famiglia dell'ingresso in istituto o dell'avvenuto trasferimento (art. 29 o.p.); alla possibilità riconosciuta ai prossimi congiunti di richiedere i benefici previsti dalla normativa penitenziaria (art. 57 o.p.); all'attenzione rivolta all'assistenza economica delle famiglie (artt. 23 e 45 o.p.) nonché al ruolo preminente assunto dalla sfera familiare nelle attività svolte dal consiglio di aiuto sociale per l'assistenza penitenziaria e post-penitenziaria (art. 75 o.p.).

Evidente, dunque, come scopo precipuo del descritto assetto normativo fosse la creazione di un apparato giuridico in cui le relazioni familiari continuino a incidere in maniera significativa sulle condizioni psicofisiche del ristretto e sulle sue prospettive di vita futura<sup>[13]</sup>.

Tale convincimento rappresenta - formalmente - uno degli aspetti più innovativi dell'attuale quadro penitenziario in conformità con le indicazioni provenienti dalle fonti sovranazionali. Il riferimento è, *in primis*, agli articoli 8 ("Diritto al rispetto della vita privata e familiare") e 12 ("Diritto al matrimonio") della Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali (di seguito CEDU)<sup>[14]</sup> e, con particolare riguardo alla condizione detentiva, alle due Raccomandazioni riguardanti gli effetti sociali e familiari derivanti dalla detenzione (Racc. n. 1340 del 1997 del Consiglio d'Europa e Racc. R (2006)2 del Comitato dei Ministri agli Stati membri sulle Regole penitenziarie europee, adottate dal Consiglio dei Ministri l'11 gennaio 2006)<sup>[15]</sup>. Nella prima raccomandazione, il legislatore sovranazionale sottolinea la necessità di predisporre all'interno degli istituti luoghi nei quali i detenuti abbiano la possibilità di incontrare i propri visitatori da soli, superando così una delle più gravi restrizioni imposte dall'attuale quadro penitenziario nazionale<sup>[16]</sup>.

La successiva raccomandazione del 2006 specifica che «i detenuti devono essere autorizzati a comunicare il più frequentemente possibile - per lettera, telefono o altri mezzi di comunicazione - con la famiglia, terze persone,

rappresentanti di organismi esterni e a ricevere visite da dette persone»; ancora al comma 4 della Regola n. 24 si specifica che: «le modalità di esecuzione dei colloqui devono permettere ai detenuti di mantenere e sviluppare relazioni familiari il più possibile normali». Tale disposizione, di per sé rilevante per il riferimento alla “normalità” delle relazioni familiari, contiene una specificazione - nel commento in calce - quanto ai tempi di godimento del diritto: «ove possibile devono essere autorizzate visite familiari prolungate» in quanto la brevità del lasso temporale può «avere un effetto umiliante per entrambi i *partner*»[17].

La consapevolezza che il mantenimento dei legami affettivi rappresenti una condizione irrinunciabile per la costruzione di un percorso individuale anche durante l'esecuzione penale, è ben espresso altresì dalle c.d. “Regole di Bangkok”, adottate dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 21 dicembre 2010[18]. Le Regole nn. 23, 26 e 28, in particolare, prescrivono il divieto di adottare, tramite provvedimenti disciplinari, misure in grado di incidere sui contatti con il mondo esterno e, più in generale, sanciscono la necessità di prevedere misure idonee a far fronte alle difficoltà derivanti dalla reclusione in un istituto lontano dal proprio domicilio, in ossequio al principio di territorialità della pena. A questo fine, devono essere incoraggiati colloqui prolungati e, nel caso di madri detenute con figli in affidamento, la normativa deve predisporre meccanismi che facilitino gli incontri, in ragione del preminente interesse del minore che le esigenze di pubblica sicurezza non possono mai intaccare[19].

### **3. Il mantenimento delle relazioni affettive familiari come posizione giuridica soggettiva. il contributo della giurisprudenza di legittimità**

Il diritto all'affettività - inteso come possibilità di coltivare in senso ampio i rapporti che conformano la sfera intima dell'individuo - integra, dunque, una posizione soggettiva giuridicamente rilevante e tutelabile dinnanzi alla magistratura di sorveglianza. Occorre tuttavia rilevare come tale processo di formale previsione del diritto risulterebbe privo di ogni significato - trasformandosi in una mera formulazione statica e astratta - se al riconoscimento della titolarità non corrispondessero effettive forme di tutela idonee a garantire ogni aspetto in cui la sfera affettiva si manifesti.

Se è vero che l'intervento del '75 ha segnato un adeguamento della normativa ai



principi posti dal dettato costituzionale, aprendo la strada a una pena umana, rieducativa e risocializzante in cui il mantenimento dei legami affettivi si erge a elemento positivo del trattamento, è altrettanto vero che un contributo significativo nel percorrere tale strada è giunto dalla giurisprudenza. Nelle riflessioni che seguono, riguardanti i diritti in cui l'affettività si manifesta (genitorialità e sessualità), si concentrerà l'indagine sul contributo offerto dalla giurisprudenza di legittimità, che ha agito a più riprese sul contenuto del diritto - ora definendo i suoi contenuti, ora ampliandone la portata[20]. Con riguardo al primo profilo, la Corte di cassazione ha chiaramente specificato che, dal momento che il mantenimento delle relazioni familiari integra un diritto soggettivo facente parte del trattamento penitenziario, l'adozione di generalizzate restrizioni in ambito affettivo comporta un'ulteriore afflizione nel grado di privazione della libertà personale. Tale aggravio richiede necessariamente il rispetto delle garanzie poste dall'art. 13, comma 2 Cost.; ciò in quanto i rapporti affettivi *«sono tanto più preziosi in quanto costituiscono l'unico ambito nel quale possono trovare riconoscimento istanze fondamentali quali quelle alla, e della, famiglia, comprimibili solo ove ricorrano comprovate e motivate esigenze di ordine e sicurezza»*[21].

Più di recente, la stessa Corte ha espressamente riconosciuto come diritto soggettivo il *«mantenimento delle relazioni affettive familiari, elemento essenziale del trattamento»* che trova nell'istituto dei colloqui la sua principale forma di espressione, costituendo *«la condizione di effettività del diritto stesso»*[22].

Sotto il secondo profilo - definizione del contenuto del diritto - la giurisprudenza di legittimità si è recentemente espressa sulla portata dei limiti alla carcerazione preventiva, a tutela del rapporto genitoriale con i figli minori. Chiamata a pronunciarsi su una questione estremamente delicata[23], la Suprema Corte ha agito sul significato del diritto all'affettività risolvendo il bilanciamento in senso favorevole al minore: in tema di misure cautelari personali, il mantenimento della custodia in carcere *«non può essere giustificato avendo riguardo alla presenza di altri familiari o di strutture assistenziali, in quanto ad essi il legislatore non riconosce alcuna funzione sostitutiva, considerato che la formazione del bambino può essere gravemente pregiudicata dall'assenza di una figura genitoriale, la cui fungibilità deve, pertanto, fin dove è possibile, essere assicurata, trovando fondamento nella garanzia che l'art. 31 Cost. accorda all'infanzia»*[24].

Vi è di più. La Suprema Corte, attraverso un lungo *iter* giurisprudenziale, ha saputo agire sul dato normativo contribuendo al processo di emersione di uno dei diritti maggiormente attinenti alla sfera dell'affettività: il riferimento è alla tutela della paternità (o maternità) per i detenuti sottoposti a regime detentivo speciale attraverso l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita (di seguito PMA)[25]. Prendendo le mosse da una nota pronuncia della Corte costituzionale[26], il Giudice di legittimità - servendosi di un'interpretazione costituzionalmente orientata - giunge ad affermare che nelle situazioni in cui occorre bilanciare sicurezza e garanzia di un diritto «*il principio da applicare [...] non può che essere quello di contemperare interesse personale e detenzione [...], il sacrificio imposto al singolo non deve eccedere quello minimo necessario, e non deve ledere posizioni non sacrificabili in assoluto*»[27]. Ne deriva che i detenuti sottoposti al regime detentivo speciale, affetti da malattie virali con elevato rischio di trasmissione[28] o impeditive della procreazione, possono essere autorizzati al prelievo di liquido seminale al fine di accedere alla PMA poiché «*il diritto alla paternità rappresenta una situazione giuridica soggettiva meritevole di tutela, anche in regime penitenziario speciale*». Lo stato detentivo, quindi, non costituisce - e non può costituire - causa ostativa al godimento di un diritto riconosciuto dal dettato costituzionale senza alcuna distinzione tra liberi e ristretti, purché la limitazione non appaia giustificata da preminenti esigenze di ordine e sicurezza[29].

È anche grazie a tali pronunce che il diritto all'affettività ha assunto un significato più ampio rispetto all'originaria formulazione: attraverso l'ampliamento del suo contenuto la giurisprudenza ha consentito l'ingresso - all'interno dei flessibili confini del diritto - di situazioni originariamente non previste dalla normativa, ma espressione del dettato costituzionale. Si tratta di un processo giurisprudenziale di emersione dei diritti guidato dall'opera della Corte costituzionale, una prassi sviluppatasi in reazione alla frequente inerzia parlamentare o a scelte normative spesso lacunose, incoerenti e lontane dalla realizzazione dei principi costituzionali che la riforma del '75 poneva a tutela della dignità della persona detenuta. Dunque, nonostante ci si muova in un quadro che, come ampiamente illustrato, attribuisce primaria importanza al mantenimento dei legami affettivi, la normativa penitenziaria presenta - ancora oggi - diverse criticità in riferimento al contenuto del diritto all'affettività: è all'interno di tale "cono d'ombra" che si collocano le riflessioni intorno al diritto alla sessualità e alla genitorialità in carcere.

#### **4. La sessualità intramuraria: un diritto negato**

È stato ampiamente messo in luce come il mantenimento della sfera affettiva del ristretto si ponga come elemento funzionalmente volto alla realizzazione dei principi costituzionali. L'allontanamento forzato dai legami affettivi determina cioè profondi cambiamenti nell'identità della persona, tali da poter compromettere il percorso di reinserimento sociale che l'art. 27, comma 3, Cost. pone a fondamento della funzione della pena[30].

Se tali affermazioni, almeno in termini generali, sembrano ricadere nell'ovvietà, le stesse considerazioni, in riferimento alla ricerca del nucleo del diritto all'affettività ristretta, assumo primaria rilevanza. In effetti, le eterogenee disposizioni poste a tutela dei legami personali non contemplanò norme a garanzia dell'espressione - anche fisica - dell'affettività. È un silenzio, questo, che di fatto conduce a un'astinenza sessuale coatta per tutti i detenuti - e relativi *partners* - che non possono accedere ai permessi *ex art. 30 ter o.p.*[31].

Il paradosso giuridico si mostra in tutta la sua evidenza: se, per un verso, la garanzia del diritto al mantenimento dei legami familiari assume la qualifica di elemento positivo del trattamento penitenziario - da proteggere dai danni derivanti dalla carcerazione -, per l'altro il silenzio della normativa impedisce l'emersione del diritto alla sessualità intramuraria. Si legittima, così, il degradante fenomeno dei c.d. "matrimoni bianchi", che vedono la celebrazione dell'atto non seguita dalla consumazione dello stesso, e parallelamente una condizione di astinenza sessuale coatta che assume, di fatto, la qualifica di conseguenza accessoria della pena, senza che vi siano esigenze di ordine e sicurezza tali da giustificare siffatta negazione *tout court* del diritto.

La questione, quanto mai delicata, rivela la sua complessità anche in relazione al disinteresse manifestato dalle forze politiche al governo negli ultimi anni: la storia parlamentare dei progetti di legge in materia di affettività-sessualità intramuraria è costellata da numerosi insuccessi, riconducibili alla silente - ma indiscutibilmente consapevole - volontà del legislatore, tesa a impedire l'emersione del diritto[32].

Un'apertura in questo senso era stata tentata durante la XIII legislatura, in occasione dell'approvazione del regolamento penitenziario del 2000; lo schema originario dell'attuale art. 61 prevedeva la possibilità, per il direttore dell'istituto,

di concedere uno speciale permesso volto a consentire ai ristretti di trascorrere con i propri familiari fino a 24 ore continuative in apposite unità abitative, con controllo limitato alla sorveglianza esterna dei locali[33]. La proposta, seppur apprezzabile sul piano del riconoscimento della sessualità in ambiente penitenziario, ha tuttavia incontrato il parere sfavorevole del Consiglio di Stato il quale, nell'adunanza del 17 aprile 2000[34], ha rilevato come l'introduzione fosse concretamente complessa «*stante il forte divario tra modello trattamentale teorico, prefigurato dal nuovo regolamento penitenziario e inadeguatezza del carcere "reale"*» e giuridicamente inidonea in considerazione dell'impossibilità di introdurre norme a favore della sessualità intramuraria mediante fonte regolamentare[35]. L'originaria formulazione, in effetti, era destinata a scontrarsi con l'insormontabile ostacolo gerarchico rappresentato dalla previsione di cui al comma 2 dell'art. 18 o.p., a norma del quale «I colloqui si svolgono in appositi locali sotto il controllo a vista e non auditivo del personale di custodia»[36].

La stessa previsione è apparsa idonea a riportare l'affettività in una dimensione "naturale" anche in una recente questione di costituzionalità sollevata proprio in riferimento all'emersione del diritto alla sessualità intramuraria. Il Tribunale di Sorveglianza di Firenze ha chiesto alla Consulta di censurare l'art. 18, co. 2 o.p. nella parte in cui, imponendo l'obbligatorio controllo visivo del personale di custodia sui colloqui, impedisce di fatto la piena esplicazione del diritto all'affettività, di cui la sfera sessuale costituisce un'imprescindibile modalità di espressione[37]. La scelta normativa si porrebbe in contrasto con diversi parametri costituzionali - primi fra i quali il principio supremo della libertà-dignità[38] consacrato dagli articoli 2 e 3 Cost. - , con l'applicazione di una pena umana, rieducativa e risocializzante imposta dall'art. 27, co. 3 Cost., con il ruolo propulsivo assunto dallo Stato nel favorire, proteggere e agevolare la famiglia e la maternità (artt. 29, co. 1 e 31 Cost.), nonché con la tutela accordata al diritto alla salute ex art. 32 Cost.

Inoltre, il riconoscimento dell'espressione anche fisica dell'affettività, quale specifica declinazione di un diritto fondamentale della persona detenuta, sarebbe costituzionalmente auspicabile anche in relazione alla citata "tendenza normativa del regime europeo"[39] e alla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. In particolare i giudici di Strasburgo, pur escludendo che esista un obbligo positivo in capo agli Stati parte di riconoscere un diritto alla sessualità intramuraria discendente dagli artt. 8 e 12 CEDU ("Diritto al rispetto

della vita privata e familiare” e “Diritto al matrimonio”), hanno più volte manifestato il proprio apprezzamento nei confronti dei movimenti di riforma in tal senso equiparando, sotto il profilo soggettivo, il convivente stabile al coniuge nel godimento del diritto[40].

La Consulta, con la sentenza n. 301 del 2012, ha tuttavia dichiarato inammissibile la questione: la giurisprudenza costituzionale non può spingersi sino a favorire la completa emersione del diritto alla sessualità intramuraria, rendendosi necessario uno specifico intervento legislativo in tal senso[41]. Il *petitum*, in altri termini, sarebbe comunque incongruo rispetto allo scopo perseguito; l'eliminazione del controllo a vista di cui all'art. 18, comma 2 o.p., non comporterebbe l'automatico riconoscimento del diritto alla sessualità, per due ordini di motivi. Da un lato, l'obbligatorietà della sorveglianza trova la sua ragion d'essere nella necessità di apprestare tutela all'ordine e alla sicurezza; la circostanza che tale statuizione renda di fatto impossibili i rapporti affettivi e sessuali è solo un effetto indiretto della norma, che non può giustificare il venir meno di ogni forma di controllo sulla generalità dei colloqui.

Dall'altro, il richiesto intervento ablativo non sarebbe di per sé sufficiente a ottenere il riconoscimento del diritto, presupponendo una serie di scelte discrezionali del legislatore in ordine non solo a modalità e tempi di attuazione, ma anche in riferimento al processo di bilanciamento che vede contrapposti l'esplicarsi del diritto e le esigenze di sicurezza connaturate alla condizione di privazione della libertà personale. Scelta discrezionale che sarebbe compiuta dalla Corte qualora intervenisse con la richiesta sentenza additiva.

La sentenza assume tuttavia un'importante valenza monitoria: una riforma del sistema penitenziario idonea ad apprestare adeguata tutela al diritto alla sessualità, prosegue la Consulta, sarebbe quantomeno auspicabile non solo in riferimento alla più volte ricordata tendenza europea, ma anche - e soprattutto - in relazione al tentativo di valorizzare i principi costituzionali in materia penitenziaria. Se la rieducazione è una delle qualità essenziali della pena, che ne caratterizza il contenuto ontologico[42], essa difficilmente potrà prescindere dall'espressione anche fisica dell'affettività, connotato dell'identità di ogni individuo.

Dalle riflessioni che precedono discende una naturale considerazione conclusiva. Ragionare intorno alla *ratio* della negazione del diritto non significa valutare la previsione della sessualità intramuraria in termini etici o morali,

quanto piuttosto interrogarsi sul bilanciamento tra valori costituzionali. Qui il nucleo della *quaestio*: occorre stabilire quando la preminenza delle esigenze di sicurezza debba ritenersi giustificata, se non si vuole rischiare di relegare le ipotesi di riconoscimento dei diritti costituzionalmente garantiti al rango di mera eccezione.

Se, per quel che concerne la sessualità intramuraria, vi sono ipotesi in cui tale compressione appare inevitabile - si pensi alle limitazioni dei diritti per i soggetti sottoposti a regime speciale - una valutazione complessiva della normativa non può che condurre a differenti conclusioni considerando la sessualità ristretta come posizione giuridica soggettiva nella sua più ampia accezione. In altri termini, generiche esigenze di sicurezza - accompagnate da «*una costante sorveglianza di principio*»[43] - non possono giustificare quella che appare non già come compressione del diritto all'affettività-sessualità, ma negazione *tout court* dello stesso; negazione che appare difficilmente tollerabile in termini di compatibilità con il dettato costituzionale.

## **5. Carcere e rapporto genitoriale: il diritto alla maternità/paternità nell'esecuzione penale**

La normativa penitenziaria, pur non contemplando un diritto alla sessualità intramuraria, attribuisce preminente rilevanza ai legami familiari, affinché questi continuino a incidere sulle prospettive di vita futura del soggetto ristretto. Poste in questi termini le premesse per l'indagine, occorre chiedersi come si ponga tale principio non solo in riferimento alla sessualità intramuraria, ma anche in relazione ad altro diritto afferente alla sfera più intima dell'affettività ristretta: la genitorialità in carcere. Oltre ai citati istituti di carattere generale (colloqui, visite, permessi), la legge penitenziaria dedica numerose disposizioni alla tutela del rapporto con i figli; la più discussa è certamente contenuta nell'art. 11, comma 9 o.p.: «Alle madri è consentito di tenere presso di sé i figli fino all'età di tre anni. Per la cura e l'assistenza dei bambini sono organizzati appositi asili nido»[44]. Non è difficile immaginare come il sovraffollamento carcerario, le rigide regole degli istituti e il contatto forzato con soggetti esterni al nucleo familiare creino una situazione di forte tensione che, ripercuotendosi sullo sviluppo psicofisico del minore, risulta difficilmente compatibile con il quadro costituzionale e internazionale in materia[45]. Il problema, ancora una volta, è calibrare l'intensità della pretesa punitiva tenendo conto dei diversi

bisogni dei periodi dell'infanzia e del ruolo fondamentale che, all'interno di questi, gioca il rapporto con le figure genitoriali di riferimento. Rilevante, in questo senso, il principio della "bigenitorialità" inteso come diritto del figlio a mantenere rapporti con entrambi i genitori: al minore va quindi assicurata la possibilità di intrattenere un rapporto equilibrato e continuativo sia con la figura paterna sia con quella materna, di ricevere cura, educazione, istruzione e assistenza da entrambi e di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e parenti di ciascun ramo genitoriale[46].

La progressiva preminenza assunta dagli interessi del minore rispetto alle esigenze punitive dello Stato è ben espressa, seppur con diverse ombre, nella recente legge di riforma n. 62 del 2011[47] nata dall'intento, esplicitato nei lavori preparatori, di superare i limiti applicativi emersi dall'esperienza precedente e il degradante fenomeno dei "bambini detenuti"[48]. Tra le modifiche apportate al codice di rito e all'ordinamento penitenziario[49], la legge prevede l'istituzione di nuove strutture - Istituti a custodia attenuata (di seguito ICAM) e case famiglia protette - introdotti nel tentativo di evitare che i minori soffrano l'esperienza della carcerazione forzata, attraverso la predisposizione di luoghi alternativi al carcere nei quali sia possibile tutelare il rapporto con il genitore che si trovi in stato di privazione della libertà personale[50]. Nonostante gli indiscutibili passi avanti raggiunti attraverso tale intervento di riforma, il legislatore non ha tuttavia attribuito alla tutela dell'infanzia una posizione di assoluta preminenza, tale da eliminare il fenomeno delle sezioni nido all'interno degli istituti: la disciplina non è infatti applicabile nei confronti dei condannati per uno dei reati ostativi elencati dall'art. 4 *bis* o.p., con la conseguenza che in questo caso tornerà a essere applicabile l'esecuzione in istituto a norma dell'art. 11, co. 9 o.p.[51].

Ne deriva che, almeno in questo caso, il legislatore non ha attribuito alla tutela del diritto all'infanzia una posizione di assoluta preminenza; il bilanciamento sarà allora affidato all'opera della giurisprudenza che dovrà, utilizzando un metodo casistico, valutare in che relazione si ponga la tutela della maternità (e del minore) con le esigenze punitive dello Stato. È quanto avvenuto nella recentissima sentenza della Corte costituzionale n. 239 del 22 ottobre 2014. La questione, sollevata dal Tribunale di Sorveglianza di Firenze, riguardava l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 *bis*, comma 1, o.p. nella parte in cui estende il divieto di concessione dei benefici penitenziari, stabilito nei confronti dei detenuti e degli internati per taluni gravi delitti che non collaborino con la

giustizia, anche alla misura della detenzione domiciliare speciale[52] a favore delle condannate madri di prole di età inferiore a dieci anni[53]. La Consulta, attraverso una puntuale ricostruzione del rapporto che lega regime speciale e tutela dei rapporti affettivi, ritiene la questione fondata, attribuendo alle esigenze di protezione dell'infanzia una posizione di preminenza. In particolare, facendo leva sulla doppia natura sottesa all'introduzione della detenzione domiciliare speciale - misura alternativa e strumento di garanzia a favore «*di un soggetto debole, distinto dal condannato e particolarmente meritevole di protezione*» (il minore) - la Corte rileva come la misura non possa essere ragionevolmente assoggettata agli stessi limiti previsti dal regime di cui al 4 bis o.p. in relazione agli altri benefici penitenziari.

La stessa finalità di prevenzione, perseguita dalla norma oggetto del giudizio, non può valere a legittimare il divieto d'accesso *tout court* alla misura: subordinare la concessione a un indice legale del "ravvedimento" del condannato, infatti, non è giustificabile «*quando al centro della tutela si collochi un interesse "esterno" ed eterogeneo, del genere di quello che al presente viene in rilievo*». Tuttavia, proprio in ragione della necessità di muovere all'interno di un delicato bilanciamento di valori costituzionali, la Consulta chiarisce espressamente come nemmeno l'interesse del minore a fruire in modo continuativo dell'affetto e delle cure materne, malgrado il suo elevato rango, «*forma oggetto di protezione assoluta, tale da sottrarlo ad ogni possibile bilanciamento con esigenze contrapposte, pure di rilievo costituzionale, quali quelle di difesa sociale, sottese alla necessaria esecuzione della pena inflitta al genitore*». In ogni caso, affinché l'interesse del minore possa venire sacrificato alle esigenze di protezione della società dal crimine «*occorre che la sussistenza e la consistenza di queste ultime venga verificata in concreto [...] e non già collegata ad indici presuntivi - quali quelli prefigurati dalla norma censurata - che precludono al giudice ogni margine di apprezzamento delle singole situazioni*».

L'illegittimità costituzionale, dunque, non risiede nella mancata possibilità di concedere la misura oggetto del giudizio, ma nell'aver reso tale preclusione generale e automatica, impedendo al giudice di far emergere la funzione di garanzia del minore che sottende alla previsione. Funzione, questa, posta dall'ordinamento a tutela dell'interesse primario dell'infanzia che, solo nelle ipotesi in cui ricorrano esigenze determinate a carattere eccezionale, può conoscere limitazioni in ragione della pretesa punitiva dell'apparato statale[54].



## **6. Dall'Europa al Brasile: sistemi normativi a confronto**

L'irragionevolezza della scelta negazionista del legislatore italiano in ordine al diritto all'affettività/sessualità si coglie in tutta la sua evidenza anche in termini comparatistici. La possibilità di incontrare i propri familiari in spazi adeguati e senza il controllo visivo del personale di custodia è consolidata da tempo in diverse esperienze, anche al di fuori dell'area comunitaria.

Si passa da realtà normative in cui la sfera affettiva è garantita attraverso la semplice concessione di colloqui prolungati e non controllati (è il caso della Croazia[55] e dell'Albania[56]) a soluzioni più complesse, in cui l'esplicazione del diritto passa attraverso la predisposizione di apposite strutture.

In diversi paesi del nord Europa - come Olanda, Norvegia e Danimarca - la normativa garantisce la più ampia intimità, mettendo a disposizione di tutti i ristretti, indipendentemente dalla posizione giuridica, strutture con camere matrimoniali, servizi e cucina[57]; l'intento è ricreare una condizione quanto più possibile tendente alla "normalità" della vita relazionale, in cui detenuto e *partner* possano manifestare liberamente il proprio rapporto affettivo. Oltre alle illuminate esperienze del Nord Europa, sono undici i Paesi dell'Unione Europea che hanno introdotto una specifica disciplina in materia sia di affettività sia di sessualità carceraria. In Spagna, nella regione della Catalogna, sono concesse due visite al mese senza sorveglianza, ciascuna della durata di un'ora e mezza: una con la famiglia, l'altra con il *partner* (c.d. visita intima)[58]. Tali incontri si configurano come un elemento necessario del trattamento penitenziario, prescindendo da qualsiasi valutazione sulla condotta del soggetto. La legge penitenziaria spagnola prescrive, inoltre, il diritto dei detenuti a comunicare con familiari, amici e rappresentanti di associazioni accreditate due volte alla settimana, anche contemporaneamente, per un numero di massimo quattro persone a incontro.

In Francia e Belgio sono in corso sperimentazioni simili a quelle appena richiamate; in particolare in Francia sono state istituite in tutti gli istituti - anche se attualmente realizzate solo in 29 su 191 - le Unità di Visita Familiare (UVF). Si tratta di appartamenti arredati e composti da diversi ambienti, comprensivi di uno spazio esterno, ove i ristretti possono ricevere familiari e amici per un periodo di tempo che va dalle sei alle settantadue ore senza la

presenza del personale di custodia. Nelle “stanze per le visite”, che in alcuni istituti sostituiscono le UVF per l'impossibilità di modificare la struttura carceraria, i detenuti possono ricevere i familiari senza sorveglianza ogni tre mesi per mezza giornata: si tratta di spazi piuttosto ampi, dotati di diversi servizi tra cui doccia, tavolo, divano letto, bollitore o caffettiera.

In Svizzera, le visite senza controllo visivo del personale sono state introdotte già nei primi anni '80, svolgendosi in appositi spazi simili a monocali arredati. L'unica forma di sorveglianza è prevista all'esterno: l'agente deve tuttavia tenere una distanza pari ad almeno quindici metri rispetto alla struttura, così da garantire la massima intimità alla coppia. Tali permessi si configurano come benefici penitenziari: l'accesso è subordinato all'aver scontato almeno due anni di pena, oppure, a discrezione del direttore, almeno diciotto mesi[59].

Ancora, in Inghilterra, Galles e Scozia è stato previsto un piano di assistenza finanziaria per consentire alle famiglie a basso reddito di visitare i parenti in carcere: il piano prevede il rimborso delle spese di viaggio, vitto e pernottamento per le persone con le quali il detenuto viveva in rapporto continuativo e consolidato nel periodo immediatamente precedente alla detenzione, per un finanziamento massimo di due visite ogni ventotto giorni e ventisei in un anno. A ciò si aggiunge che in Scozia, per far fronte alle difficoltà relazionali dei detenuti reclusi lontani dal luogo di origine, un servizio di video-chiamata della durata di un'ora in aggiunta al numero ordinario dei colloqui.

L'ampio riconoscimento a livello europeo del diritto all'affettività ristretta testimonia come sia largamente diffusa la convinzione che, solo attraverso la sua garanzia, possa essere tutelata la sfera più intima della dignità di ogni individuo, favorendo non solo l'integrità del nucleo familiare ma anche la sfera psicofisica del detenuto, in vista di un suo positivo reinserimento sociale.

Anche al di fuori dell'area europea sono diverse le esperienze volte a un pieno riconoscimento del diritto all'affettività/sessualità intramuraria. Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, alla realtà canadese, in cui viene riconosciuta ai detenuti la possibilità di incontrare le famiglie all'interno di prefabbricati siti all'interno degli istituti anche per tre giorni consecutivi. Analogamente, alcuni degli Stati USA[60] hanno introdotto - tra la fine degli anni '70 e l'inizio degli '80 - i c.d. “*Coniugal o Family Visitation Programs*”, permessi che consentono ai detenuti di incontrare il coniuge (ogni due settimane) e la famiglia (ogni mese), in appartamenti mobili siti all'interno del carcere, anche qui per tre

giorni consecutivi[61].

Da ultimo vale la pena ricordare come l'affettività venga considerata componente ineliminabile della vita del detenuto persino in sistemi che, per diversi aspetti, si pongono in un difficile rapporto con la tutela internazionale dei diritti umani: è il caso del Brasile dove, nonostante le condizioni di detenzione particolarmente severe, la normativa riconosce alla generalità dei reclusi il diritto a un incontro intimo a settimana - della durata di un'ora - con chi desidera, indipendentemente cioè da precedenti rapporti di convivenza accertati dallo Stato.

## **7. Brevi riflessioni conclusive: verso una riforma della disciplina del diritto ai legami affettivi**

Alla luce delle considerazioni sinora esposte, appare evidente come la questione relativa alla tutela del diritto all'affettività intramuraria meriterebbe di essere rivista; ciò in chiave di un più generale ripensamento degli spazi carcerari che sappia garantire l'effettiva operatività dei principi costituzionali. In tal senso, l'accento non può che essere posto su quanto sancito dalla giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo nella pronuncia *Torreggiani e a. c. Italia*[62]. Come noto, in tale occasione i giudici di Strasburgo avevano offerto al legislatore italiano un'importante occasione: ridisegnare gli spazi della pena che, in conformità al dettato costituzionale, avrebbero dovuto garantire un'esecuzione umana, rieducativa e risocializzante. Si trattava, in altri termini, di operare un ripensamento dell'ambiente carcerario in grado di apprestare adeguata tutela sia ai diritti positivamente riconosciuti - ma sostanzialmente negati (è il caso del diritto alla genitorialità) - sia a quelli che, pur essendo diretta espressione del dettato costituzionale, sono tuttora ignorati dalla normativa (si pensi al diritto alla sessualità).

A poco più di un anno dalla scadenza del termine offerto da Strasburgo (28 maggio 2014), può dirsi che il legislatore italiano non abbia saputo cogliere l'occasione. Nell'affrontare la sfida dell'adeguamento della normativa penitenziaria alle istanze sollecitate sia dalla Corte Europea sia dai moniti della Consulta, gli ultimi interventi normativi sembrano mossi da logiche quasi esclusivamente deflative, mirate a una riduzione numerica della popolazione carceraria; lasciando così in secondo piano il tentativo di ridisegnare uno spazio

della pena capace di garantire la piena espressione del diritto all'affettività, attraverso la predisposizione di spazi e strutture idonee al suo effettivo godimento. In effetti, la natura troppo spesso emergenziale degli interventi posti in essere rende le scelte del legislatore nazionale ancora inadeguate a operare efficacemente - e in modo duraturo - nella direzione suggerita dal Consiglio d'Europa.

Nel senso di una metamorfosi della normativa vigente sembra tuttavia muovere il richiamato disegno di legge delega n. 2798 - presentato alla Camera lo scorso 23 dicembre - per la riforma dell'ordinamento penitenziario e l'apertura degli Stati generali dell'esecuzione penale. La volontà di apprestare organicità ai molti provvedimenti varati negli ultimi anni, attraverso un riassetto sistematico della materia, tocca anche - all'ottavo punto della delega - il riconoscimento del diritto all'affettività delle persone detenute e la fissazione delle condizioni generali per il suo esercizio[63]. Tuttavia, pur essendo certamente apprezzabile l'intento del governo in tal senso, la formulazione del disegno di legge, genericamente riferita al diritto all'affettività, lascia presagire il mantenimento del "cono d'ombra" rappresentato dal riconoscimento della sessualità intramuraria. Bisognerà dunque attendere la conclusione degli Stati generali dell'esecuzione penale, e la successiva formulazione del testo di riforma, per capire se effettivamente l'Italia saprà cogliere le sollecitazioni offerte in tal senso da Consulta e Corte E.D.U., adeguando la propria normativa al quadro sovranazionale in materia.

L'auspicio, dunque, non può che dirigersi verso un'ampia riforma del sistema penitenziario. Riforma che - partendo dalle criticità attuative della normativa di settore interpretata secondo i principi espressi dalla giurisprudenza - sappia ispirare anche le scelte legislative future, diventando motore di un cambiamento politico e culturale nel modo di concepire genitorialità e sessualità nella dimensione detentiva e, più in generale, le relazioni che si instaurano all'interno delle mura penitenziarie.

[1] G. Devoto, G. C. Oli, *Dizionario della lingua italiana*, Le Monnier, Firenze, 2014, 39.

[2] Seppur con notevoli differenze, due tra i più importanti psichiatri del '900 inserirono la sfera affettiva tra gli elementi idonei a incidere sul funzionamento

della psiche umana: S. Freud, *L'Io e l'Es* (1922), Bollati Boringhieri, Torino, 1985 e H. Hartmann (1939), *Psicologia dell'Io e problema dell'adattamento*, Franco Angeli, Milano, 2006.

Nel senso che la privazione della sfera affettiva aumenti il sentimento di oppressione ed emarginazione come conseguenza dei processi di regressione e deresponsabilizzazione, numerosi sociologi: Cfr. F. Ceraudo, *La sessualità in carcere: aspetti ambientali, psicologici e comportamentali*, in A. Sofri, F. Ceraudo, *Ferri battuti*, Pisa, Archimedia, 1999; M. Gresham, *The society of Captives. A study of a Maximum Security Prison*, Princeton, Princeton Classic Editions, 1958; D. Clemmer, *The Prison Community*, Boston, The Christopher Publishing House, 1941.

[3] Rilevano a tal riguardo gli artt. 2 e 3 della Costituzione, espressione del principio supremo della libertà-dignità (Così A. Baldassarre *Libertà (problemi generali)*, in *Enc. Giur*, XIX, Roma, 1990, 20; F. Modugno, *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1995, 107), la tutela della famiglia e della maternità di cui agli artt. 29, 30 e 31 e, con specifico riguardo alla condizione detentiva, l'art. 27, comma 3 della Costituzione che, come noto, impone il rispetto del principio di umanizzazione e del finalismo rieducativo durante l'esecuzione penale. Si tratta di un quadro normativo indirettamente destinato a esplicitare i suoi effetti non solo nei confronti della dimensione affettiva del ristretto ma anche verso i familiari; ciò in ragione della forza "bilaterale" che la pena assume in questo contesto (Così Cfr. J. Matthews, *Forgotten Victims. How prison affects the family*, London, Nacro, 1983).

[4] Si vedano, tra le tante, le sentt. nn. 114/1979; 349/1993 e n. 26/1999. In riferimento all'ultima delle pronunce citate, i giudici della Consulta ebbero modo di chiarire che i principi di cui al comma 3 dell'art. 27 Cost. - umanizzazione e rieducazione «*si traducono non soltanto in norme e direttive obbligatorie rivolte all'organizzazione e all'azione delle istituzioni penitenziarie, ma anche in diritti di quanti si trovino in esse ristretti*». L'esecuzione, dunque, non può consistere «*in trattamenti penitenziari che comportino condizioni incompatibili col riconoscimento della soggettività di quanti si trovano nella restrizione della loro libertà*». La restrizione della libertà personale, dunque, non può tradursi in una *capitis deminutio* di fronte alla discrezionalità dell'autorità preposta alla sua esecuzione poiché «*la dignità della persona (...) anche in questo caso - anzi: soprattutto in questo caso, il cui dato distintivo è la precarietà degli individui, derivante dalla mancanza di libertà, in condizioni di*

*ambiente per loro natura destinate a separare dalla società civile - è dalla Costituzione protetta attraverso il bagaglio degli inviolabili diritti dell'uomo che anche il detenuto porta con sé lungo tutto il corso dell'esecuzione penale».*

Per un'attenta disamina sul concetto di dignità in relazione allo stato di detenzione si veda M. Ruotolo, *Dignità e carcere*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, 19 ss.

[5] R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1992, 81.

[6] Si tratta del Disegno di Legge n. 2798 presentato alla Camera il 23 dicembre u.s. recante “Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale per il rafforzamento delle garanzie difensive e la durata ragionevole dei processi e per un maggiore contrasto al fenomeno corruttivo, oltre che all’ordinamento penitenziario per l’effettività rieducativa della pena” mediante il quale il Parlamento delega il Governo ad adottare, entro un anno dalla data di entrata in vigore della legge, decreti legislativi per la riforma dell’ordinamento penitenziario. L’art. 26 fissa i principi e i criteri direttivi per l’esercizio della delega prescrivendo una particolare disciplina con riguardo all’utilizzo dei collegamenti per favorire le relazioni familiari (lett. g) e il riconoscimento del diritto all’affettività delle persone detenute e delle condizioni generali per il suo esercizio (lett. h). Si inserisce in questo clima di rinnovo l’apertura degli Stati generali dell’esecuzione penale; un percorso semestrale di riflessione e approfondimento sulle tematiche carcerarie in vista dell’articolazione di un ampio progetto di riforma. Durante la giornata inaugurale, tenutasi il 19 Maggio 2015 presso il carcere di Bollate, il Ministro Orlando ha parlato di «sei mesi di ampio e approfondito confronto che dovrà portare concretamente a definire un nuovo modello di esecuzione penale e una migliore fisionomia del carcere, più dignitosa per chi vi lavora e per chi vi è ristretto. (...). L’articolazione avverrà attraverso 18 tavoli tematici a cui contribuiranno innanzitutto coloro che operano nell’esecuzione penale ai diversi livelli, dalla polizia penitenziaria agli educatori, agli assistenti sociali, a chi ha compiti amministrativi o di direzione e di coordinamento del sistema. Contribuiranno inoltre anche tutti coloro che studiano questo sistema o che di esso si occupano su base volontaria (...)». Gli argomenti dei diciotto tavoli di lavoro sono interamente pubblicati sul sito del Ministero della Giustizia, [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it).

[7] Rispettivamente legge n. 354 del 1975 “Norme sull’ordinamento

penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà” e d.p.r. n. 230 del 2000 “Regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà”.

[8] A norma dell'art. 13, comma 1, o.p. (“Individualizzazione del trattamento”): “Il trattamento penitenziario deve rispondere ai particolari bisogni della personalità di ciascun soggetto. Nei confronti dei condannati e degli internati é predisposta l'osservazione scientifica della personalità per rilevare le carenze fisiopsichiche e le altre cause del disadattamento sociale. L'osservazione é compiuta all'inizio dell'esecuzione e proseguita nel corso di essa”.

[9] Logica che al contrario caratterizzava il primo Regolamento di Esecuzione dell'Ordinamento penitenziario adottato con d.p.r. n. 431/1976 il quale, alla lettera b) dell'art. 76, comma 2, annoverava le visite tra le ricompense che il direttore poteva discrezionalmente concedere ai detenuti particolarmente meritevoli, si pensi ad esempio all'assidua partecipazione alle attività del trattamento.

[10] C. Roxin, *I compiti futuri della scienza penalistica, Lectio magistralis*, in *Riv. ita. proc. pen.*, 2000, 9 ss.

[11] Rispettivamente rubricati “Elementi del trattamento” e “Rapporti con la famiglia”.

[12] In relazione al regime detentivo speciale e alla compressione dei diritti dei detenuti ad esso sottoposti si rinvia a A. Pugiotto, *Quattro interrogativi (e alcune considerazioni) sulla compatibilità costituzionale del 41 bis*, in *Volti e maschere della pena - Opg e carcere duro, muri della pena e giustizia riparativa*, a cura di F. Corleone, A. Pugiotto, Roma, Edizioni Ediesse, 2013; P. Corvi, *Trattamento penitenziario della criminalità organizzata*, Padova, Cedam, 2010; A. Della Bella, *Il regime detentivo speciale del 41 bis: quale prevenzione speciale nei confronti della criminalità organizzata?*, Milano, Giuffrè, 2012; S. Ardita, *Il regime detentivo speciale 41 bis*, Roma, Giuffrè, 2007, M. Ruotolo, *Quando l'emergenza diventa quotidiana. Commento alle modifiche agli artt. 41 bis dell'ordinamento penitenziario*, in *Studium Iuris*, 2003, 420.

La giurisprudenza costituzionale in materia è amplissima, si vedano tra le tante le sentenze nn. 349/1993, 351/1996, 212/1997, 376/1997, 26/1999, 417/2004, 341/2006, 38/2009, 190/2010, 56/2011 e 143/2013.

[13] Riflesso dell'ordinamento penitenziario sono le indicazioni contenute negli articoli 37 ("Colloqui") e 61 ("Rapporti con la famiglia e progressione nel trattamento") dell'attuale regolamento di esecuzione. Gli istituti volti a migliorare, ristabilire e mantenere le relazioni affettive prescindono da una valutazione del comportamento del reo durante l'esecuzione e si ergono a strumenti del trattamento che l'amministrazione ha l'obbligo di garantire. Alle richiamate norme si aggiungono, in un elenco non esaustivo, l'art. 14 in tema di ricezione, acquisto e possesso di oggetti e generi alimentari e l'art. 73 che non esclude la possibilità per il detenuto in isolamento di fruire dei colloqui e della corrispondenza telefonica con i propri familiari.

Deve altresì richiamarsi l'eliminazione dei pannelli divisorii durante i colloqui, la soppressione dell'obbligo di comunicare all'ispettore distrettuale l'elencazione degli incontri con persone diverse dai congiunti o conviventi; l'aumento del numero dei colloqui da quattro a sei mensili (con la possibilità di superare tale limite quantitativo nei casi previsti dallo stesso regolamento) e la scomparsa della previsione relativa ai due incontri supplementari la cui concessione era subordinata ad una valutazione premiale rimessa al direttore.

Particolarmente critica appare la disciplina in tema di corrispondenza telefonica ed epistolare (art. 39) rilevandosi nella prassi numerose difficoltà in ordine all'accesso. Si pensi alla necessità di inoltrare istanza scritta all'autorità competente per il rilascio dell'autorizzazione, alle procedure per la verifica della rispondenza tra numero telefonico e nominativo nonché alla necessità di effettuare la chiamata sotto il controllo del personale penitenziario. Sono criticità che aumentano in riferimento ai detenuti stranieri per i quali la corrispondenza telefonica rappresenta l'unico strumento per mantenere i contatti con il nucleo familiare; a questo proposito va menzionata la necessità di un'autorizzazione da parte delle autorità consolari e di avvalersi dell'ausilio di un interprete iscritto negli albi del tribunale nel cui circondario ha sede l'istituto (circolare DAP n. 3254/5704 del 1988).

Deve altresì richiamarsi l'eliminazione dei pannelli divisorii durante i colloqui, la soppressione dell'obbligo di comunicare all'ispettore distrettuale l'elencazione degli incontri con persone diverse dai congiunti o conviventi; l'aumento del numero dei colloqui da quattro a sei mensili (con la possibilità di superare tale limite quantitativo nei casi previsti dallo stesso regolamento) e la scomparsa della previsione relativa ai due incontri supplementari la cui concessione era subordinata ad una valutazione premiale rimessa al direttore.



[14] Sulla portata delle disposizioni contenute nella Convenzione e sull'efficacia delle decisioni della Corte di Strasburgo nel sistema interno, Cfr. *ex plurimis*: V. Zagrebelsky, *La Corte dei diritti dell'uomo dopo sessant'anni. Pensieri di un giudice a fine mandato*, in *Il foro it.*, 2012, V, 29; G. Silvestri, *Fonti interne, fonti esterne e tutela integrata dei diritti fondamentali*, in M. Ruotolo, *Studi in onore di Franco Modugno*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011; E. Lamarque, *Gli effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo secondo la Corte costituzionale italiana*, in *Corr. giur.*, 2010; M. Cartabia, *La Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo e l'ordinamento italiano*, in A. Balsamo, R. R. Kostoris, *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Torino, Giappichelli, 2008.

[15] Si tratta di atti che, seppur privi di forza vincolante, ben esprimono l'esigenza di predisporre strumenti normativi idonei a garantire la piena esplicazione dell'individualità del detenuto anche attraverso la protezione della sua sfera affettiva.

[16] L'attuale formulazione dell'art. 18, comma 2, o.p. ("Colloqui"), infatti, prevede l'obbligatorietà del controllo a vista del personale di custodia per tutta la durata degli incontri. Come si avrà modo di specificare, la norma è stata oggetto di una recente questione di legittimità costituzionale riguardante l'annosa tematica del diritto alla sessualità intramuraria (*Infra*, par. 4).

[17] A ulteriore conferma della tendenza del regime penitenziario europeo, l'art. 1 lett. c) della Raccomandazione del Parlamento europeo n. 2003/2188 (INI) del 2004, annovera tra le posizioni da garantire ai detenuti il diritto ad avere «una vita affettiva e sessuale attraverso la predisposizione di misure e luoghi appositi».

[18] "Regole delle Nazioni Unite per il trattamento delle donne detenute e le misure non detentive per le donne autrici di reati".

[19] Così la regola n. 52.

[20] Del ruolo assunto dal Giudice delle Leggi si dirà nelle riflessioni operate nei paragrafi successivi, come filo conduttore dell'intera trattazione giurisprudenziale riguardante il diritto all'affettività ristretta.

[21] Cass. Sez. Un., sent. n. 6754/2003. La stessa Corte ha più recentemente affermato che i provvedimenti idonei ad incidere sulle istanze riguardanti i

colloqui, potendosi risolvere in un inasprimento del grado di afflittività della pena, incidono sui diritti soggettivi risultando pertanto ricorribili in Cassazione (Cass. Sez. I, sentt. nn. 26835/2011 e 47326/2011). In riferimento al regime detentivo speciale, la stessa Corte ha stabilito che il colloquio mensile possa essere prolungato fino a due ore qualora i familiari, purché residenti in un comune diverso da quello dell'istituto di detenzione, non abbiano fruito dell'incontro nel mese precedente alla richiesta (Cass. Sez. I, sentt. nn. 52545/2014, 39537/2013, 49732/2013, 49733/2013, 49734/2013).

[22] Cass. Sez. I, sent. n. 52544/2014.

[23] Il ricorrente, padre di tre figli di cui uno infraseenne e un altro di quindici anni affetto da patologia tale da non renderlo autonomo, aveva chiesto al Tribunale di Sorveglianza la revoca - o la sostituzione - della custodia cautelare atteso che la moglie, anch'essa affetta da grave patologia, non era in grado di occuparsi del figlio infraseenne essendo le sue energie interamente assorbite nelle cure prestate al figlio disabile.

[24] Cass. sent. n. 4748/2013. Nel senso di attribuire una posizione di preminenza all'interesse del minore rispetto alle esigenze punitive anche Cass, II Sez., sent. n. 541/2012 e Cass., Sez. V, n. 41626/2007. Occorre tuttavia rilevare come l'orientamento della prima sezione penale si muova in direzione diametralmente opposta in materia di regime detentivo speciale. Lo dimostra la recentissima sentenza n. 28250/2014 in cui la Corte afferma espressamente l'inderogabilità della disposizione che prevede l'allontanamento dei familiari del minore durante l'incontro diretto tra il detenuto e il figlio senza vetro divisorio.

[25] L'accesso alla PMA è attualmente disciplinato dalla legge n. 40 del 2004, "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita". Ai sensi del primo comma dell'art. 4 ("Accesso alle tecniche"): "Il ricorso è consentito solo quando sia accertata l'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione ed è comunque circoscritto ai casi di sterilità o di infertilità inspiegate documentate da atto medico nonché ai casi di sterilità o di infertilità da causa accertata e certificata da atto medico".

[26] Si tratta della già citata sentenza n. 26 del 1999.

[27] Considerazioni peraltro recentemente ribadite dalla stessa Corte nella sentenza n. 46728 del 2011.

[28] Cass. sent. n. 11259/2009.

[29] Occorre tuttavia rilevare come la Cassazione abbia assunto un atteggiamento diametralmente opposto in riferimento al diritto alla sessualità itramuraria (*Infra* par. 4) dichiarando che «*non costituisce motivo grave che, se accertato, può legittimare la concessione di permesso al detenuto[...] la necessità di trascorrere un breve periodo di tempo con il coniuge al fine di consumare il matrimonio celebrato in carcere*»[29]. L'istituto normativamente preposto a offrire tutela all'esigenza sessuale sarebbe piuttosto il permesso premio; in ragione di ciò «*non vi è alcuna illegittimità costituzionale di una norma che ha come scopo ben altro che non un'esigenza naturale ed affettiva, sacrificata per lo stato di detenzione [...]. Tra gli eventi di particolare gravità può rientrare tutto ciò che ha il carattere dell'eccezionalità e non il diritto ad avere rapporti sessuali, che per sua natura, non ha alcun carattere di eccezionalità*» (Cass., Sez. 1, sent. n. 48165/2008 in linea di continuità con la giurisprudenza precedente: sentt. nn. 1553 e 1524 del 1992) .

[30] Sulla funzione della pena M. Ruotolo, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino, Editoriale Scientifica, 2002, 1 ss. Quanto all'evoluzione della giurisprudenza costituzionale sentt. nn. 12/1966, 22/1971, 264/1974, 282/1989, 313/1990 e 129/2008.

[31] Si tratta dei permessi all'esterno in grado di riportare la sessualità in una dimensione di "normalità". Occorre tuttavia rilevare il carattere meramente residuale degli stessi, dovuto all'inapplicabilità nei confronti dei soggetti in attesa di giudizio e alle scelte normative del legislatore tese a ridurre drasticamente la concessione delle misure premiali. A questo proposito si veda la l. n. 251/2005 ("Modifiche al codice penale e alla legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di attenuanti generiche, di recidiva, di giudizio di comparazione delle circostanze di reato per i recidivi, di usura e di prescrizione"). In particolare, l'art. 7 modifica la normativa in relazione a permessi premio e misure alternative della semilibertà e della detenzione domiciliare.

In riferimento alla giurisprudenza costituzionale, la Consulta ha affermato che essi rappresentano «*un incentivo alla collaborazione del detenuto con l'istituzione carceraria*» e, allo stesso tempo, «*strumento di rieducazione, in consentendo un iniziale reinserimento del condannato in società, essendo quindi parte integrante del trattamento rieducativo*» (Corte cost. sent. n. 118/1990).

[32] Menzione particolare merita l'ultimo disegno di legge in materia (n. 3420) presentato il 24 luglio 2012, su iniziativa dei senatori Della Seta e Ferrante. La proposta era tesa a un rinnovamento del quadro normativo mediante la modifica dell'art. 28 o.p., con l'introduzione di una visita al mese - della durata minima di sei ore e massima di ventiquattro - in locali appositamente adibiti senza controlli auditivi e visivi; prevedeva altresì la modifica dell'art. 30 o.p. attraverso la concessione dei c.d. "permessi di necessità" per eventi familiari di particolare rilevanza nonché dell'art. 30 *ter* o.p., attraverso un ulteriore permesso di dieci giorni ogni semestre per coltivare specificatamente interessi affettivi.

Nella stessa direzione erano mosse le precedenti proposte di legge: n. 1503, d'iniziativa dell' On. Folena, presentata il 13 giugno 1996; n. 3331, d'iniziativa del l' On. Pisapia, presentata il 28 febbraio 1997; n. 3020, d'iniziativa degli On. li Boato e Ruggieri, presentata il 12 luglio 2002; n. 3801, d'iniziativa degli On. li Schirru e Codurelli, presentata il 21 ottobre 2010 e n. 63, d'iniziativa del senatore Malabarba, presentata il 28 aprile 2006.

[33] Così P. Canevelli, *Il commento al Nuovo regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà*, in *"Diritto Penale e Processo"*, 10, 2000, 1321.

[34] Parere n. 61/2000.

[35] Sulla scia di tali considerazioni, era difficilmente ipotizzabile che il diritto alla sessualità intramuraria trovasse spazio nella recente "Carta dei diritti e dei doveri dei detenuti e degli internati" di cui all'art. 69, comma 2 del Regolamento, il cui contenuto è stato stabilito con decreto del Ministro della Giustizia il 5 dicembre 2012, in attuazione del d.p.r. n. 136 dello stesso anno. Pur trattandosi di un intervento che ha avuto sicuramente il pregio di consentire al detenuto una maggiore consapevolezza delle regole applicate nell'ambiente detentivo, le disposizioni volte al mantenimento dei rapporti con la società esterna restano pressoché invariate. Con riguardo alla disciplina dei colloqui la Carta, oltre a mantenere la previsione dei sei incontri mensili, ribadisce che gli stessi si svolgono in appositi locali senza mezzi divisorii ma inderogabilmente sotto il controllo visivo (non anche auditivo) del personale di sorveglianza.

[36] Va peraltro rilevato come, alla luce di tale articolo, spetterebbe alle

direzioni dei singoli istituti dotarsi di aree idonee allo svolgimento dei colloqui: luoghi e modalità di godimento assumono infatti una rilevanza primaria per la creazione di una situazione favorevole all'espressione dell'affettività di ciascun individuo (si pensi all'importanza di predisporre aree all'esterno degli istituti in grado di diminuire - soprattutto in relazione all'incontro con i figli - l'impatto potenzialmente traumatico con la realtà carceraria). A questo proposito deve rilevarsi come l'amministrazione penitenziaria, con la circolare n. 3478 del 1998, abbia stimolato la realizzazione di spazi all'aperto sottolineando come «*non vi sia alcuna ragione ordinamentale che impedisca lo sviluppo delle aree verdi come modalità generalizzata di svolgimento di colloqui e che veda la partecipazione di tutto il nucleo familiare o di altre persone che abbiano un vincolo significativo*». Occorre tuttavia precisare che - in concreto - l'inadeguatezza delle strutture penitenziarie (spesso ospitate in vecchi edifici) e le scarse risorse economiche, rendano difficile la realizzazione di spazi all'esterno effettivamente idonei a favorire il mantenimento delle relazioni affettive, creando spesso una disparità di trattamento a seconda del luogo di detenzione.

Sulla disciplina dei colloqui in generale e suoi rapporti con la famiglia Cfr. E. Bertolotto, *Art. 18*, in *Ordinamento penitenziario*, a cura di V. Grevi, G. Giostra, F. Della Casa, Padova, Cedam, 2011, 227 ss; P. Corso, *I rapporti con la famiglia e con l'ambiente esterno: colloqui e corrispondenza*, in *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Bologna, Zanichelli, 1981, 175 ss. e M. Ruotolo, *Diritti dei detenuti*, op. cit., 75 ss..

[37] Ordinanza di rimessione n. 132 del 2012. Per un approfondimento sull'ordinanza: C. Renoldi, *Il diritto all'affettività delle persone detenute: la parola alla Corte costituzionale*, in *Quest. giust.*, 2012, n. 4, 215 ss. e sia consentito altresì un rinvio a S. Talini, *Un diritto "sommerso": la questione dell'affettività in carcere approda alla Corte costituzionale*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).

[38] Così A. Baldassarre, *Libertà (problemi generali)*, op. cit., 20; F. Modugno, *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale*, op. cit., 107.

[39] Ci si riferisce gli artt. 3 e 8, co. 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e alle due Raccomandazioni del Consiglio d'Europa n. 1340/1997, sugli effetti sociali e familiari della detenzione, e alla regola n. 24.4 sulle regole penitenziarie europee del 2006. A conferma di tale "tendenza" l'art.

1 lett. c) della Raccomandazione del parlamento europeo n. 2003/2188 (INI) del 2004, annovera tra i diritti da riconoscere ai detenuti quello ad avere «una vita affettiva e sessuale prevedendo misure e luoghi appositi».

La tendenza appare altresì confermata dai sistemi penitenziari di numerosi paesi anche al di fuori dell'area comunitaria (*Infra* par. 6).

[40] Corte EDU, 4 dicembre 2007, *Dickson contro Regno Unito*, ricorso n. 44362/04; Commissione EDU, 22 ottobre 1997, *E.L.H. e altro contro Regno Unito*, ricorsi n. 32094/96 e 32568/96; Commissione EDU, 10 luglio 1980. Sull'equiparazione del convivente stabile Corte EDU, 22 maggio 2008, *Petrov contro Bulgaria*, ricorso n. 15197/02.

In riferimento alla tutela della dignità umana nella giurisprudenza delle Corti europee: V. Zagrebelsky, M. De Salvia, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia delle Comunità europee*, Milano, Giuffrè, 2006, 46 ss. e M. Di Ciommo, *Dignità umana e stato costituzionale. La dignità umana nel costituzionalismo europeo, nella Costituzione italiana e nelle giurisprudenze europee*, Firenze, Passigli, 2010, 201 ss.

Occorre tuttavia precisare che, al contrario, la giurisprudenza di legittimità italiana è tesa ad avallare la mancata previsione del diritto alla sessualità intramuraria in ragione di preminenti esigenze di ordine e sicurezza (Cass., Sez. 1, sent. n. 48165/2008; Cass., Sez. 1, sent. n. 1553/1992; Cass., Sez. 1, ord. n. 1524/1992).

[41] Occorre tuttavia rilevare come il primo motivo di inammissibilità risieda nell'assoluta mancanza di una descrizione adeguata della fattispecie concreta e delle ragioni che hanno condotto il rimettente a ritenere applicabile la norma al caso di specie stante il principio di autosufficienza dell'ordinanza di rimessione (Corte Cost. sent. n. 338/2011 e ord. n. 93 e 127 del 2012 e n. 260/2011).

[42] Così la Corte costituzionale nella nota, e già citata, sentenza n. 313/1990.

[43] Così il Tribunale di Firenze nell'ordinanza di rimessione.

[44] Fortunatamente il numero dei minori in carcere è relativamente esiguo: nel corso degli anni ha oscillato tra le 40 e le 75 unità. I dati sono costantemente aggiornati sul sito del Ministero della Giustizia

([www.giustizia.it](http://www.giustizia.it)).

[45] Quanto alle fonte costituzionale le norme di riferimento sono, ancora una volta, gli articoli 30, 31 e 32 volti alla salvaguardia della maternità, dell'infanzia, dell'integrità psico-fisica dei minori e della loro salute. A livello sovranazionale significativa è la Convenzione Internazionale delle Nazioni Unite sui Diritti dell'Infanzia del 1989, ratificata dall'Italia nel maggio 1991 (l. n. 176/1991); l'art. 3, comma 1, stabilisce che «in tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza delle istituzioni pubbliche o private, dei tribunali o degli organi legislativi (...) l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente». Rilevante altresì il rapporto sulla violenza contro le donne presentato all'Assemblea Generale dell'ONU nel giugno 2012 in cui, con specifico riferimento all'Italia, vengono indirizzate alcune raccomandazioni sul piano delle riforme politiche e legislative; ciò al fine di «promuovere l'utilizzo delle esistenti misure cautelari alternative alla detenzione, degli arresti domiciliari e di carceri a bassa sicurezza per le donne con figli minori, tenuto conto che la maggior parte di esse si trovano detenute per reati che non sono di violenza nei confronti della persona e tenuto conto dell'interesse preminente del minore». Si ricorda, infine, la Risoluzione del Parlamento europeo del 16 gennaio 2008 a proposito della necessità di adottare una strategia comune dell'Unione europea sui diritti dei minori (2007/2093(INI)).

[46] Il diritto è posto dalla legge n. 54 del 2006 “Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli” e dal successivo decreto legislativo n. 154 del 2014 “Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'art. 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219”.

Del resto il diritto-dovere di assistenza morale e materiale nei confronti dei figli, sancito dal primo comma dell'art. 30 Cost., nonché dagli articoli 147 (“Doveri verso i figli”) e 315 *bis* (Diritti e doveri del figlio) del codice civile, risulta inequivocabilmente rivolto ad entrambi i genitori (ai “genitori” senza distinzioni si riferisce, infatti, la citata norma costituzionale; di “ambedue i coniugi” parla l'art. 147 c.c. e di nuovo “ai genitori” si riferisce letteralmente l'art. 315 *bis* c.c.).

Degna di nota è altresì la sentenza della Corte costituzionale n. 215 del 1990 che, spostando il punto di bilanciamento in una posizione sempre più favorevole alle esigenze di sviluppo del minore, ha posto le basi per l'affermazione del principio di parificazione genitoriale nella concessione dei benefici penitenziari.

[47] Titolata “Modifiche al codice di procedura penale e alla legge 26 luglio 1975, n. 354, e altre disposizioni a tutela del rapporto tra detenute madri e figli minori”. Su cui, più ampiamente, F. Fiorentin, *Tutela del rapporto tra detenute madri e figli minori*, in *Giur. di merito*, 2011, 2616 ss.

[48] Tra i principali interventi di riforma in materia: l. n. 663 del 1986 (c.d. “Gozzini”); l. n. 165 del 1998 e, soprattutto, l. n. 40 del 2001 (c.d. “Finocchiaro”). Con particolare riguardo a quest’ultimo intervento, si evidenzia come le novità introdotte non siano applicabili nei confronti della maggior parte delle madri in carcere: straniere senza residenza, tossicodipendenti e detenute in attesa di giudizio. Sull’evoluzione storica della condizione delle donne detenute e per affrontare il tema in una prospettiva di genere, Cfr. A. Roscioli, *La condizione della donna detenuta*, in *Autonomie locali e servizi sociali*, Bologna, 2007, n. 3, 459 ss.

[49] Per un’indagine sulle modifiche apportate, F. Petrangeli, *Tutela delle relazioni familiari ed esigenze di protezione sociale nei recenti sviluppi della normativa sulle detenute madri*, in *Rivistaaic.it*, n. 4, 2012.

[50] In estrema sintesi può dirsi che - in assenza di indicazioni legislative - i futuri ICAM dovrebbero avere le caratteristiche dell’unico istituto già attivo in Italia, che opera come sezione distaccata del carcere di San Vittore (a cui si aggiungono le caratteristiche degli Istituti a custodia attenuata per il trattamento dei tossicodipendenti, c.d. ICATT): strutture arredate in modo familiare, dotate dei necessari sistemi di sicurezza ma prive dei tratti caratteristici dell’edilizia carceraria (sbarre, celle chiuse e così via); numero ristretto di posti, spazi tendenzialmente aperti con libertà di circolazione, presenza di operatori specializzati in grado di sostenere le detenute nella cura dei figli, agenti di Polizia penitenziaria in borghese e possibilità per i bambini di frequentare il nido di zona così favorendo relazioni diversificate.

Il decreto del Ministero della Giustizia del 26 luglio 2012 ha invece definito le caratteristiche tipologiche delle case famiglia protette: strutture tali da consentire una vita quotidiana ispirata a modelli comunitari, tenuto conto del prevalente interesse del minore; un massimo di sei nuclei familiari per istituto; predisposizione di spazi da destinare al gioco e agli incontri al fine di favorire il ripristino dei legami affettivi. Per un approfondimento sulle caratteristiche dei nuovi istituti P. Corso, *Il trattamento dei condannati*, in *Manuale della esecuzione penitenziaria*, Milano, 2013, 78 ss.



[51] A ciò si aggiunge il rilevante problema relativo al finanziamento delle nuove strutture: la legge e il decreto attuativo dispongono esplicitamente che la costruzione dovrà avvenire senza oneri per l'amministrazione penitenziaria, sia sotto il profilo della realizzazione sia sotto il profilo della gestione. Inoltre, l'esiguo numero di istituti che - si presume - verranno realizzati, si pone in un difficile rapporto di coerenza con il principio di territorialità della pena (In questo senso F. Petrangeli, *Tutela delle relazioni familiari*, op. cit., 5 ss).

Emerge infine, un'ingiustificata disomogeneità di disciplina tra fase cautelare e momento esecutivo; discrepanza che, non trovando alcuna razionale giustificazione, è con ogni probabilità riconducibile ai numerosi e non coordinati interventi legislativi in materia, svariatamente succedutesi e stratificatesi nel tempo (così G. Bellantoni, *I limiti alla carcerazione in ragione della tutela del rapporto genitoriale con figli minori*, in *Giurisprudenza Italiana*, 7, 2014, 1761).

[52] Si tratta di una misura introdotta dalla legge n. 40 del 2001 e oggi prevista dall'art. 47 *quinquies* o.p.: quando non ricorrono le condizioni di cui all'art. 47 *ter* o.p., le madri condannate, con prole di età non superiore ad anni dieci, se non sussiste un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti e se vi è la possibilità di ripristinare la convivenza con i figli possono essere ammesse ad espriare la pena nella propria abitazione, o in altro luogo di privata dimora, ovvero in luogo di cura, assistenza o accoglienza, al fine di provvedere alla cura e all'assistenza dei figli, dopo l'espiazione di almeno un terzo della pena, ovvero dopo l'espiazione di almeno quindici anni nel caso di condanna all'ergastolo. Al compimento del decimo anno di età del figlio, su domanda del soggetto già ammesso alla detenzione domiciliare speciale, il Tribunale di Sorveglianza può disporre la proroga del beneficio, se ricorrono i requisiti per l'applicazione della semilibertà. Può altresì disporre l'ammissione all'assistenza all'esterno dei figli minori di cui all'articolo 21 *bis* o.p., tenuto conto del comportamento dell'interessato nel corso della misura, desunto dalle relazioni redatte dal servizio sociale nonché della durata della misura e dell'entità della pena residua.

[53] Secondo la ricostruzione offerta dal rimettente, la norma violerebbe il principio di ragionevolezza (art. 3 Cost.), assoggettando la detenzione domiciliare speciale al medesimo regime restrittivo stabilito per altre misure alternative, senza tener conto dei suoi marcati tratti differenziali. In altri termini, la misura non costituirebbe solo un beneficio tendente al reinserimento del condannato, ma tutelerebbe il preminente interesse del figlio minore a

recuperare al più presto un normale rapporto di convivenza con la madre al di fuori dell'ambiente carcerario. La norma si porrebbe altresì in contrasto con gli artt. 29, 30 e 31 Cost., contraddicendo l'imperativo costituzionale di tutelare la famiglia come società naturale, con il diritto-dovere dei genitori di educare i figli, il corrispondente diritto di questi di essere educati e con l'obbligo di protezione dell'infanzia.

[54] Occorre rilevare come l'Amministrazione penitenziaria si sia dimostrata in taluni casi attenta - almeno nella prassi - alla salvaguardia del rapporto tra figli e genitori detenuti. Negli ultimi anni, infatti, sono numerose le associazioni volte a offrire un sostegno in questo settore attraverso l'apertura di sportelli d'ascolto e finanziamento di progetti all'interno di diversi istituti italiani (ne è esempio l'Associazione "Bambinisenzasbarre" che opera da più di dieci anni negli istituti di San Vittore, Bollate e Opera). Muovendosi in questa direzione è stata approvata, nel marzo 2014, la "Carta dei figli dei genitori detenuti" che riconosce ai minori il diritto a mantenere in modo continuativo il legame affettivo con il genitore ristretto.

[55] La normativa penitenziaria consente colloqui non sorvegliati di quattro ore con il coniuge o *partner*.

[56] Il Regolamento penitenziario albanese prevede otto telefonate e quattro colloqui mensili in ambienti riservati, uno dei quali è prolungato fino a cinque ore per i detenuti sposati con figli.

[57] In Finlandia, al contrario, tale visita è riservata a coloro che non possono usufruire di permessi.

[58] L'ordinamento spagnolo accoglie una definizione ampia del termine "*partner*" che indica, genericamente, la persona che si presenta regolarmente ai colloqui ordinari durante il fine settimana legata al detenuto da un rapporto di natura sentimentale.

[59] Particolarmente degna di nota è l'esperienza del Canton Ticino: ai detenuti che non possono fruire di congedi esterni è riconosciuto l'accesso a una serie articolata di colloqui, che vanno dal c.d. "colloquio gastronomico", con la possibilità di pranzare con i propri cari, al c.d. "colloquio pollicino" volto a mantenere i rapporti tra detenuto e figli. Per un approfondimento sull'esperienza del Cantone S. Privera, *L'esperienza Svizzera, in particolare quella del Cantone Ticino*, in [www.ristretti.it](http://www.ristretti.it).

[60] Si tratta degli Stati del Mississippi, New York, della California, Washington e New Mexico.

[61] C. Hensley, *Prison Sex. Practice & Policy*, Lynne Rienner Publishers, London, 2002.

[62] Adottata l'8 gennaio 2013, ricorsi nn. 4357/09, 46882/09, 55400/09; 57875/09, 61535/09, 35315/10, 37818/10. La pronuncia assume un'importanza particolare - per il diritto in analisi - non tanto in riferimento all'oggetto quanto alla sua qualifica giuridica: scegliendo di adottare una sentenza pilota (prevista dall'art. 46 CEDU, co. 1 e dall'art. 61 del Regolamento della CtEDU), la Corte aveva messo in mora lo Stato italiano fissando in un anno il termine entro il quale doveva provvedere ad adottare provvedimenti a carattere strutturale idonei a far fronte all'endemico fenomeno del sovraffollamento carcerario.

[63] Lo stesso Ministro della Giustizia Orlando, in occasione del convegno "Carceri: materiali per la riforma" dello scorso 7 maggio, ha affermato che: «si tratta di un principio che vuole dare risposta all'esigenza reale e fortemente avvertita di permettere alle persone sottoposte a restrizione della libertà personale di avere relazioni affettive che consentano una reale opportunità di dare continuità ai legami personali. E l'analisi comparata delle soluzioni accolte in altri Paesi europei potrà su questo punto dare un contributo significativo». L'intervento è interamente è pubblicato sul sito [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it).

Sulle proposte di riforma in materia di affettività intramuraria in seguito alla presentazione del disegno di legge, si veda il contributo di numerosi Autori in *Carceri: materiali per la riforma*, in corso di pubblicazione, *Diritto penale contemporaneo*.



# *Costituzionalismo.it*

*Fondatore e Direttore dal 2003 al 2014* Gianni **FERRARA**

## Direzione

*Direttore* Gaetano **AZZARITI**

Francesco **BILANCIA**  
Giuditta **BRUNELLI**  
Paolo **CARETTI**  
Lorenza **CARLASSARE**  
Elisabetta **CATELANI**  
Pietro **CIARLO**  
Claudio **DE FIORES**  
Alfonso **DI GIOVINE**  
Mario **DOGLIANI**  
Marco **RUOTOLO**  
Aldo **SANDULLI**  
Massimo **VILLONE**  
Mauro **VOLPI**

Email: [info@costituzionalismo.it](mailto:info@costituzionalismo.it)

Registrazione presso il Tribunale di Roma

ISSN: 2036-6744 | [Costituzionalismo.it](http://Costituzionalismo.it) (Roma)

## Redazione

Alessandra **ALGOSTINO**, Marco **BETZU**, Gaetano **BUCCI**, Roberto **CHERCHI**, Giovanni **COINU**, Andrea **DEFFENU**, Carlo **FERRAJOLI**, Luca **GENINATTI**, Marco **GIAMPIERETTI**, Antonio **IANNUZZI**, Valeria **MARCENO'**, Paola **MARSOCCI**, Ilenia **MASSA PINTO**, Elisa **OLIVITO**, Luciano **PATRUNO**, Laura **RONCHETTI**, Ilenia **RUGGIU**, Sara **SPUNTARELLI**, Chiara **TRIPODINA**