

## **Affettività e sessualità nell'esecuzione penale: diritti fondamentali dei detenuti? L'atteggiamento Italiano su una questione controversa.**

di *Martina Salerno*

**Sommario:** 1. La moderna sanzione penale e il principio rieducativo: riflessioni introduttive - 2. I legami affettivi alla prova del carcere - 2.1 Diritti fondamentali e *status detentionis*. Il primato della persona e dei suoi diritti nell'esecuzione penale - 3. Affettività e sessualità come situazioni giuridiche soggettive tutelabili - 3.1 Prospettiva di analisi comparata e di 'best practices' - 4. L'approccio negazionista dell'ordinamento italiano: un difficile dialogo con il legislatore - 5. La logica del bilanciamento: verso una soluzione costituzionalmente orientata

### **1. La moderna sanzione penale e il principio rieducativo: riflessioni introduttive**

Qual è la giusta misura della privazione della libertà durante l'esecuzione della pena, rispetto all'esigenza dei bisogni fondamentali della persona? La risposta a questa domanda necessariamente richiede la risoluzione, in via preliminare, dell'interrogativo circa l'essenza della pena in un ordinamento moderno. Con l'affermarsi del pensiero illuministico e la conseguente nascita dello stato moderno, la concezione primitiva della pena come supplizio crudele ed afflizione fisica e, soprattutto, come fenomeno esemplare da esibire in pubblico, è stata superata per lasciare spazio al concetto di pena come sofferenza psichica realizzata attraverso fenomeni di privazione di diritti, libertà e patrimonio.<sup>1</sup> L'istituzione carceraria, dunque, ha compiuto una trasformazione, passando dall'essere un sistema di tipo punitivo fino ad avere finalità rieducative e risocializzanti.<sup>2</sup> Si è affermata dunque nella cultura giuridica contemporanea la concezione polifunzionale della pena. A tal proposito Beccaria rilevava che 'il più sicuro ma più difficil mezzo di prevenire i delitti si è di perfezionare l'educazione'.<sup>3</sup> In altre parole, accanto ai tradizionali scopi retributivi, preventivi, di dissuasione e di difesa sociale si impone la finalità rieducativa della sanzione penale. A livello nazionale, tale finalità ha trovato espressione nell'art. 27 terzo comma della Costituzione Repubblicana. Tale

---

<sup>1</sup> A. DIDI, *Il diritto del detenuto a coltivare legami intimi con persone esterne al carcere: una questione antica e non (ancora) risolta* in *Processo Penale e Giustizia*, 2013, n 3, p. 99; A. TOSCANO, *La funzione della pena e le garanzie dei diritti fondamentali*, Milano, 2012

<sup>2</sup> S. MILAZZO, B. ZAMMITTI, *Affettività e carcere. Studio qualitativo sulla popolazione in regime di detenzione presso la casa circondariale "Cavadonna" di Siracusa* in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2012, vol. 16, fasc. 2, p. 97

<sup>3</sup> C. BECCARIA, *Dei Delitti e delle pene*, 108 e 112

disposizione, frutto di una nuova sensibilità politica, esprime a chiare lettere l'idea rieducativa e di umanizzazione della pena, prevedendo che *'le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato'*. L'importanza di tali principi è stata espressa anche dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 313 del 1990, la quale ha confermato che *'in uno Stato evoluto, la finalità rieducativa non può essere ritenuta estranea alla legittimazione e alla funzione stessa della pena'* [...] e che *'la tendenza a rieducare indica una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico'*.<sup>4</sup>

Tuttavia, sebbene il principio rieducativo sia ormai da tempo diventato patrimonio della cultura giuridica europea, non deve essere inteso in senso esclusivo ed assoluto, dovendo agire in concorso delle altre funzioni della pena. Come affermava Foucault, la pena "dolce" della detenzione, affermatasi in epoca moderna in contrapposizione ai supplizi, non ha eliminato né il carattere violento, né la punizione dei corpi.<sup>5</sup> Infatti, nei moderni stati di diritto, la pena, in particolare quella detentiva, costituisce una vera "arma a doppio taglio", poiché essa realizza la *'tutela di beni giuridici attraverso la lesione degli stessi'*.<sup>6</sup> In altre parole, la sanzione penale incidendo sui diritti di chi vi è sottoposto sembra conservare ancora oggi un carattere in qualche misura afflittivo. Infatti, se le pene avessero carattere esclusivamente rieducativo, non si avrebbe nessun riferimento al divieto di trattamenti contrari al senso di umanità nella nostra Costituzione, *'perché una funzione che sia essenzialmente rieducativa esclude per sua stessa natura, i trattamenti contrari al senso di umanità, senza bisogno di alcuna dichiarazione esplicita'*.<sup>7</sup> Inoltre, il fatto che *'la pena, nel momento della sua imposizione da parte del legislatore, contenga un minimo edittale dimostra come essa rechi sempre in sé un'ineluttabile componente retributiva'*.<sup>8</sup> Della stessa opinione è la Corte Costituzionale la quale ha precisato che, sebbene l'idea di rieducazione del condannato abbia assunto rango di precetto costituzionale, essa rimane sempre inserita nel trattamento penale vero e proprio. Pertanto, ciò che si rende necessario è individuare i limiti di afflittività della pena, impedendo che essa superi il punto oltre il quale si pone in contrasto col senso di umanità. Rieducazione del condannato, dunque, ma nell'ambito della pena, umanamente intesa ed applicata.<sup>9</sup>

<sup>4</sup> Corte cost., sent. 1990 n. 313; Corte cost., sent. 1974 n. 204; Corte cost., sent. 1997 n. 376

<sup>5</sup> M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire: nascita della prigione*, Torino, 1976; Cfr. anche L. RE, *La sessualità rimossa*, disponibile a <http://www.zeroviolenza.it/archivio-news/item/1217-la-sessualita-rimossa-nelle-carceri-italiane?tmpl=component&print=1>, consultato il 19 dicembre 2016

<sup>6</sup> A. MARTUFI, *Diritti dei detenuti e spazio penitenziario europeo*, Università degli Studi di Ferrara 2012-2014 Tesi di dottorato

<sup>7</sup> G. GULISANO, *Ricerca- Test- Sperimentazione in carcere: ai sensi degli artt. 17 – 27 Ord. Penit. Diritti costituzionali dei detenuti. Diritto alla sessualità dei coniugi*, Università degli Studi di Palermo 2009-2010 Tesi di laurea

<sup>8</sup> DIDI, *Il diritto del detenuto*, p. 106

<sup>9</sup> Corte cost., sent. 1966 n. 12

## 2. I legami affettivi alla prova del carcere

Alla luce di quanto premesso, si può convenire che l'esecuzione della pena deve essere tale da non rappresentare, nelle sue modalità, un peggior castigo di quello che già si realizza per effetto della privazione della libertà, ma deve consentire tutti quei trattamenti che appaiono più idonei al recupero sociale del reo. Infatti, se è vero che il concetto di privazione è connaturato a quello di pena, è anche vero che la perdita della libertà conseguente allo *status detentionis* non deve (o dovrebbe) pregiudicare alcuna esigenza fondamentale dell'uomo, come ad esempio quelle concernenti lo sviluppo della propria sfera affettiva. Tuttavia, è indubbio che l'affettività incontra i limiti propri della restrizione. Infatti, l'esecuzione della pena carceraria rappresenta un evento fortemente traumatico per tutti gli individui che ne vengono coinvolti. Essa incide gravemente sui legami affettivi del detenuto, agendo come un 'proiettile a frammentazione' che lacera il tessuto delle relazioni tra il reo e tutte le persone a lui prossime affettivamente.<sup>10</sup>

Sykes parla di '*modern pain of imprisonment*' con riferimento alla detenzione, producendo il carcere non solo una privazione della libertà personale, ma anche conseguenze sul piano emotivo e psicologico.<sup>11</sup> L'interruzione forzata di qualsiasi rapporto con il mondo esterno e con la società civile e, a sua volta, l'impossibilità di avere continui e regolari contatti con i propri cari provocano nel detenuto un forte senso di smarrimento, solitudine, esclusione, depressione ed ansia.<sup>12</sup>

La detenzione ha l'effetto, non trascurabile, di produrre una spersonalizzazione del soggetto ristretto, causata dall'abbandono del suo lavoro, della sua abitazione, dalla separazione dagli affetti, dalla perdita del nome e la sua sostituzione con un numero.<sup>13</sup> In tal senso, il carcere si concretizza in una perdita d'identità dell'individuo a seguito del cosiddetto 'processo di prigionizzazione', ovvero quel progressivo processo di adattamento alla subcultura carceraria, indotto, implicitamente o esplicitamente, dall'istituzione penitenziaria che comporta un cambiamento negli schemi di comportamento del soggetto ristretto.<sup>14</sup> Tra gli aspetti più devastanti della prigionizzazione, il 'disadattamento sessuale'.<sup>15</sup>

In una società 'monosessuale', come quella degli istituti penitenziari, l'omosessualità è in larga parte diffusa. Essa tende a generare nei ristretti ansietà ed anomalie sessuali, in quanto rappresenta il risultato non di una scelta consapevole relativa al cambiamento dell'identità sessuale, ma dell'adattamento al contesto carcerario. Si è, dunque, in presenza del fenomeno della cosiddetta 'omosessualità

<sup>10</sup> MILAZZO, ZAMMITTI, *Affettività e carcere*, p. 98

<sup>11</sup> M. G. SYKES, *The society of captives. A study of a maximum security prison*, New Jersey, 1958

<sup>12</sup> J. GORDON, *Are conjugal and familial visitations effective rehabilitative concept? Yes in The Prison Journal*, 1999, 79 (1), p. 119

<sup>13</sup> A. PENNISI, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, Torino, 2002. Cfr anche F. CERAUDO, *La sessualità in carcere in Salute e Territorio*, 2014, fasc. 201, p. 293

<sup>14</sup> D. CLEMMER, *The prison community*, Boston, 1941

<sup>15</sup> BRUNETTI, *Il diritto all'affettività*

temporanea o indotta' che contribuisce a compromettere l'identità individuale e sociale del soggetto.<sup>16</sup> Infine, a complicare ulteriormente il quadro, interviene la diffusa tendenza a stigmatizzare ed emarginare socialmente i familiari del carcerato, considerati *'guilty by association'* dalla società.<sup>17</sup> Lo stato di detenzione, dunque, è in grado di provocare un crollo psicofisico, di cui risente tutta la famiglia.<sup>18</sup>

Sebbene sia evidente che la stabilità dei legami del detenuto con le persone che gli sono care è messa a dura prova durante la reclusione, studi recenti dimostrano che la persona ristretta, durante la carcerazione, sente l'esigenza di coltivare le relazioni affettive. Per questo motivo, il programma trattamentale per il reo dovrebbe basarsi principalmente sulla valorizzazione dei legami familiari.<sup>19</sup> In realtà, in passato, questo bisogno di affettività è stato oggetto di limiti rigorosi, potendo essere soddisfatto solo a titolo di ricompensa, e mai attraverso rapporti sessuali, poiché l'astinenza sessuale era considerata parte integrante della pena che doveva conservare il suo 'carattere di austerità e di moralità'.<sup>20</sup>

Ancora oggi molti ritengono che l'impovertimento dei rapporti familiari, la privazione di momenti di tenerezza ed affettività e l'allontanamento dalle famiglie durante il periodo di detenzione costituiscano una giusta punizione per chi ha infranto la legge, soprattutto considerata l'attuale situazione di generale incertezza e la conseguente domanda di pene più severe.<sup>21</sup> Ciò nonostante, questa limitata tutela della sfera affettiva del detenuto non tiene in considerazione l'idea rieducativa e di umanizzazione della pena affermatasi in epoca moderna, e di conseguenza del tenore dell'art. 27 terzo comma della nostra Costituzione, sopra ricordato. Quest'ultimo infatti sancisce il dovere dello Stato e della comunità civile di proporre percorsi trattamentali socialmente inclusivi, che possano efficacemente aiutare il detenuto a modificare i propri atteggiamenti relazionali ed innescare un processo di reale rivisitazione critica dei reati commessi, favorendo un adeguato inserimento affettivo e sociale una volta espiata la pena.<sup>22</sup> Inoltre, la restrizione delle relazioni affettive e sociali del detenuto con la rete esterna non solo compromette l'equilibrio psico-fisico del ristretto, come accennato sopra, ma

<sup>16</sup> DAP, *Le dimensioni dell'affettività*, in *Le Dispense dell'ISSP* n. 3, Settembre 2013, disponibile a <http://www.bibliotecadap.it/issp/xl/30.pdf> consultato il 10 Gennaio 2017

<sup>17</sup> E. H. MCCONNELL, *Are Conjugal and Familial Visitations Effective Rehabilitative Concepts?: Rejoinder to Jill Gordon*, *The Prison Journal*, 1999, 79 (1), p.132. Cfr anche MILAZZO, ZAMMITTI, *Affettività e carcere*, p. 103

<sup>18</sup> C. BRUNETTI, *Il diritto all'affettività per le persone reclusi* in *Rass. Penit. e Crim.*, 2008, p. 107

<sup>19</sup> MILAZZO, ZAMMITTI, *Affettività e carcere*, p. 99

<sup>20</sup> G. VELOTTI, *Il problema sessuale nelle carceri*, in *Rass. Studi Penit.*, 1974, p. 278. Cfr anche C. D'AMELIO, *L'ambiente carcerario e la sua incidenza sulla personalità del detenuto*, in *Rass. Studi Penit.*, 1973, fasc. 1

<sup>21</sup> E. H. MCCONNELL, *Are conjugal and familial visitation effective rehabilitative concept? No* in *The Prison Journal*, 1999, 79 (1), p. 124

<sup>22</sup> DAP, *Le dimensioni dell'affettività*

aumenta la probabilità di recidiva del reato.<sup>23</sup> Infatti, il venir meno dei legami familiari tende ad aggravare la difficoltà di reinserimento del detenuto che al termine della pena troverà meno risorse e sostegno per compiere il percorso di reinserimento sociale.<sup>24</sup> In questo contesto, come ha sottolineato Livingstone, *'maintaining links between prisoners and the outside world, especially with families, is seen as a vital aspect of the rehabilitation and preparation for release'*.<sup>25</sup>

Considerate, dunque, le ripercussioni che la detenzione produce sui legami familiari e l'importanza di questi ultimi nel processo di reintegrazione sociale del reo, si può affermare che mantenere e coltivare i legami familiari aiuta i detenuti ad affrontare le conseguenze negative della carcerazione.<sup>26</sup> Tuttavia, il ruolo della famiglia nell'assistenza al detenuto incontra un limite oggettivo nella stessa natura del regime carcerario, che non facilita i contatti umani. Anzi, il trattamento rieducativo, del quale un elemento qualificante è costituito proprio dai contatti del detenuto col mondo esterno e, in particolare, con la famiglia, come stabilito anche dall'art. 15 del nostro ordinamento penitenziario, si presenta in una posizione antagonista alla tendenza strutturale della istituzione carceraria, che tende a determinare un adeguamento impersonale del singolo detenuto alle prevalenti esigenze di ordine e di sicurezza. La moderna criminologia ha però dimostrato come incontri frequenti e intimi con le persone con le quali vi è un legame affettivo abbiano un ruolo insostituibile nel difficile percorso di recupero del reo. Da qui l'esigenza di avvicinare, per quanto possibile, il recluso al mondo esterno ed, in particolare, a quello dei suoi affetti.<sup>27</sup>

## **2.1 Diritti fondamentali e *status detentionis*. Il primato della persona e dei suoi diritti nell'esecuzione penale**

Alla luce delle considerazioni che precedono, ci si chiede, dunque, perché il distacco forzato dagli affetti individuali in seguito all'applicazione della misura detentiva assume rilievo dal punto di vista giuridico? La risposta a tale quesito richiede una precisazione, in via preliminare: lo studio dell'esecuzione penale impone necessariamente un'indagine sui diritti, poiché, come afferma Talini, la pena detentiva non si traduce solo in una coazione dei corpi, ma anche in una

<sup>23</sup> H. CODD, *Prisoners famiglie: issues in law and policy* in *Amicus Curiae*, 2004, 55, p.2. Cfr anche GORDON, *Are conjugal*

<sup>24</sup> MILAZZO, ZAMMITTI, *Affettività e carcere*, p. 102 ss. Cfr anche E. ZEMANS, R. S. CAVAN, *Marital relationships of prisoners* in *The Journal of Criminal Law, Criminology, and Police Science*, 1958, 49 (1), p. 50

<sup>25</sup> S. LIVINGSTONE, T. OWEN, A. MACDONALD, *Prison law*, 3 ed., Oxford, 2003

<sup>26</sup> R. SULLIVAN, *The pros and cons of conjugal visits in prison institutions* in *Journal of Family Law*, 9 (4), 1970. Con riferimento all'introduzione del programma di visite coniugali negli istituti penitenziari del Mississippi, egli sottolinea che *'one of the leading reasons justifying the introduction of conjugal visitation programs was to keep families together'*.

<sup>27</sup> DAP, *Le dimensioni dell'affettività*

compressione dei diritti soggettivi facenti capo all'individuo ristretto.<sup>28</sup> Il principio rieducativo e di umanizzazione della pena hanno portato ad un'affermazione dei diritti dei detenuti in innumerevoli disposizioni nazionali, carte europee dei diritti fondamentali e anche in diverse pronunce della giurisprudenza costituzionale.<sup>29</sup> In particolare, l'idea secondo cui la carcerazione non priva il detenuto dei diritti, ma solo della libertà è stata più volte ribadita sia a livello nazionale che sovranazionale.

In tal senso, la Corte costituzionale ha affermato a chiare lettere che 'la sanzione detentiva non può comportare una totale e assoluta privazione della libertà della persona' [...] 'chi si trova in stato di detenzione, pur privato della maggior parte della sua libertà, ne conserva sempre un residuo, che è tanto più prezioso in quanto costituisce l'ultimo ambito nel quale può spandersi la sua personalità individuale'.<sup>30</sup>

Ed ancora, più di recente, nella sentenza n. 26 del 1999, ha affermato che 'l'idea che la restrizione della libertà personale possa comportare di conseguenza il disconoscimento delle posizioni soggettive attraverso un generale assoggettamento all'organizzazione penitenziaria è estranea al vigente ordinamento costituzionale, il quale si basa sul primato della persona umana e dei suoi diritti'.<sup>31</sup>

In altre parole, il detenuto non subisce alcuna *capitis deminutio* durante il periodo di reclusione. Anzi, conserva la titolarità di tutti quei diritti compatibili con la privazione della libertà personale, nonché la facoltà di esercitarli.<sup>32</sup>

Dunque, in linea con il principio rieducativo, l'esecuzione della pena non può mai consistere in trattamenti penitenziari contrari al riconoscimento della soggettività dei ristretti. Sul piano nazionale, è evidente che legge 26 luglio 1975 n. 354 (*Norme sull'ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure privative della libertà*) si pone in linea di continuità con quanto dichiarato dalla Consulta. Infatti, l'art. 1 si apre con la previsione per cui il trattamento penitenziario '*deve essere conforme ad umanità e deve assicurare il rispetto della dignità della persona*'.

La riforma penitenziaria del '75 ha rappresentato un momento di svolta rispetto al sistema precedente, in quanto ha riconosciuto al detenuto 'una propria soggettività

<sup>28</sup> S. TALINI, *L'affettività ristretta* in *Costituzionalismo.it*, 2015, fasc. 2

<sup>29</sup> GULISANO, *Ricerca- Test- Sperimentazione in carcere*

<sup>30</sup> Corte cost., sent. n. 114 del 1979, sent. n. 349 del 1993. Cfr anche S. TALINI, *Un diritto "sommerso": la questione dell'affettività in carcere approda alla Corte Costituzionale* in *Forum di Quaderni Costituzionali*, Amicus Curiae Rassegna 10/2012

<sup>31</sup> In questa sentenza, la Consulta ebbe modo di chiarire che i principi enunciati all'art. 27 comma 3 della Costituzione '*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*'.

<sup>32</sup> A. GABOARDI, *Trattamento penitenziario e diritti fondamentali alla luce del diritto sovranazionale*, in AA.VV., *Libertà dal carcere, libertà nel carcere. Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale*, Torino, 2013, p. 24; G. M. FLICK, *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. Soc.*, 2012, 1, p. 194 ss



giuridica<sup>33</sup>. Egli viene considerato, infatti, titolare di diritti e aspettative che corrispondono a valori tutelati dalla Costituzione e, in particolare, che trovano espressione nei diritti relativi all'integrità fisica e morale, alla salute mentale e ai rapporti familiari e sociali.

Volgendo lo sguardo al piano sovranazionale, bisogna notare come in origine la giurisprudenza della Commissione e della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo registrava pochissimi casi relativi alle violazioni dei diritti del detenuto, in quanto interferenze in tali diritti erano il più delle volte ritenute *inherent features* della detenzione, e cioè limitazioni inerenti alla stessa applicazione della sanzione detentiva. È solo a partire dalla metà degli anni settanta che si consolida il principio della piena titolarità in capo ai soggetti ristretti dei diritti riconosciuti e tutelati dalla Convenzione.<sup>34</sup> Malgrado i giudici europei abbiano dichiarato che *'it is not the function of the Court to elaborate a general theory of the limitations admissible in the case of convicted prisoners'*, e quindi stabilire i limiti al contenuto della privazione della libertà personale, si è affermato il divieto di sottoporre i diritti delle persone recluse a restrizioni che non siano giustificate dalle 'normali e ragionevoli' esigenze di custodia proprie della detenzione.<sup>35</sup> A tale riguardo, anche la Corte di Strasburgo ha precisato che lo stato di condannato non implica l'eliminazione di una qualunque sfera di libertà. Anzi, le persone ristrette continuano a godere di tutti i diritti e le libertà fondamentali nella misura in cui il loro esercizio non risulti incompatibile con lo stato di detenzione.<sup>36</sup> Considerando nel suo insieme la giurisprudenza della Corte Europea si ricava, ad esempio, come i detenuti, non solo non possono essere maltrattati e sottoposti a punizioni inumane o degradanti, ma devono poter continuare a godere di altri diritti, quali ad esempio il diritto al rispetto della vita privata e familiare.<sup>37</sup>

A questo punto, è necessario rispondere alla domanda posta in apertura del paragrafo. Se è vero che la pena detentiva non vale di per sé ad annullare la titolarità dei diritti del detenuto, è indubbio che l'imposizione del titolo detentivo va, di fatto, ad incidere negativamente su quei diritti che costituiscono 'manifestazioni della libertà della persona' a livello fisico e psichico, e quindi sulla possibilità del detenuto di coltivare relazioni affettive. In considerazione di ciò si

<sup>33</sup> GULISANO, *Ricerca- Test- Sperimentazione in carcere*, p. 44

<sup>34</sup> MARTUFI, *Diritti dei detenuti*, p. 131

<sup>35</sup> Corte EDU, sent. 21 febbraio 1975, *Golder c. Regno Unito* §39

<sup>36</sup> Corte EDU, sent. 13 gennaio 2013, *Torregiani c. Italia*, § 65; Corte EDU, sent. 6 ottobre 2005, *Hirst c. Regno Unito*, § 69 e 70. In quest'ultima pronuncia, la Corte afferma che *'Prisoners in general continue to enjoy all the fundamental rights and freedoms guaranteed under the Convention save for the right to liberty, where lawfully imposed detention expressly falls within the scope of Article 5 of the Convention. For example, prisoners may not be ill-treated, subjected to inhuman or degrading punishment or conditions contrary to Article 3 of the Convention, they continue to enjoy the right to respect for family life; [...] Any restrictions on these other rights must be justified, although such justification may well be found in the considerations of security, in particular the prevention of crime and disorder, which inevitably flow from the circumstances of imprisonment.'*

<sup>37</sup> Corte EDU, sent. 12 novembre 2002, *Ploski c. Polonia*, § 30-31

può dedurre che gli effetti della carcerazione sugli affetti individuali assumono rilievo giuridico nella misura in cui essa lede una posizione giuridica protetta a livello sovranazionale, e specificamente in Italia dal dettato costituzionale: la tutela dei rapporti affettivi e familiari.<sup>38</sup> Se, dunque, esiste un incompressibile nucleo di libertà residuale che la detenzione non intacca, ma che anzi è necessario presupposto per l'esercizio di quelle posizioni soggettive di cui il ristretto resta titolare anche durante l'esecuzione della pena, bisogna stabilire quale sia il catalogo dei diritti non comprimibili dalla potestà punitiva dell'amministrazione penitenziaria.<sup>39</sup> In particolare, se la dimensione dell'affettività, anche con specifico riferimento alla sfera della sessualità, sia collocabile tra i diritti fondamentali dell'essere umano meritevoli di tutela.

### 3. Affettività e sessualità come situazioni giuridiche soggettive tutelabili

Al fine di chiarire se può riconoscersi la sussistenza, in capo ai detenuti, di un vero e proprio diritto soggettivo all'affettività e alla sessualità, è necessario verificare se in una moderna concezione della pena sia possibile individuare un massimo di sofferenza tollerabile che salvaguardi l'affettività, intesa in senso lato, come pretesa giuridicamente tutelabile.<sup>40</sup> La sfera dei diritti individuali delle persone private della libertà personale ha richiamato una sempre maggiore attenzione da parte dell'ordinamento comunitario ed internazionale. Per questo motivo, la questione richiede una sintetica analisi delle nuove regole in materia penitenziaria del Consiglio d'Europa e della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e della relativa giurisprudenza della Corte EDU. Queste fonti assumono particolare rilievo, poiché forniscono indicazioni relative a quelle che dovrebbe essere considerate le basi normative per il riconoscimento e la tutela del diritto all'affettività dei detenuti a livello sovranazionale.

Con riferimento alle Regole penitenziarie europee, particolare rilievo assumono le due raccomandazioni del Consiglio d'Europa riguardanti gli effetti sociali e familiari derivanti dalla detenzione: la Racc. 1340/1997 e la Racc. 2/2006 adottata

<sup>38</sup> A. DELLA BELLA, *Riconoscimento del diritto all'affettività delle persone detenute: uno sguardo all'esperienza francese*, disponibile a [https://www.giustizia.it/resources/cms/documents/SGEP\\_tavolo14\\_allegato3.pdf](https://www.giustizia.it/resources/cms/documents/SGEP_tavolo14_allegato3.pdf) consultato il 13 gennaio 2017; E. NICOSIA, *Trattamento penitenziario e diritti fondamentali alla luce del diritto sovranazionale*, in AA.VV., *Libertà dal carcere, libertà nel carcere. Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale*, Torino, 2013; Cfr. anche D. VAN ZYL SMIT and S. SNACKEN, *Principles of european prison law and policy*, 1 ed., Oxford, 2011; L. LAZARUS, *Conceptions of liberty deprivations*, in *Modern Law Review*, 2006, 69 (5), p. 738

<sup>39</sup> D. NOTARO, *I diritti in carcere, tra utopia, tutela giuridica e Realpolitik* in AA.VV., *Libertà dal carcere, libertà nel carcere. Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale*, Torino, 2013, p.44; MARTUFI, *Diritti dei detenuti*, p. 85. Cfr anche L. LAZARUS, *Contrasting Prisoners' Rights. A Comparative Examination of England and Germany*, Oxford, 2004

<sup>40</sup> DIDDI, *Il diritto del detenuto*, p.104



dal Consiglio dei Ministri l'11 gennaio 2006.<sup>41</sup> All'art. 6 della prima raccomandazione, il legislatore sovranazionale invita gli stati membri a migliorare le condizioni previste per le visite da parte delle famiglie, predisponendo all'interno degli istituti penitenziari luoghi nei quali i detenuti abbiano la possibilità di incontrare i propri visitatori da soli.

La raccomandazione del 2006 specifica invece 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 il comma 4 della Regola n. 24 chiarisce che *'le modalità di esecuzione dei colloqui devono permettere ai detenuti di mantenere e sviluppare relazioni familiari il più possibile normali'*. Notevole rilievo assume il commento in calce a tale Regola, che contiene una precisazione in merito ai tempi di godimento del diritto, laddove si legge che *'ove possibile devono essere autorizzate visite familiari prolungate'* nella convinzione che *'visite coniugali più brevi autorizzate a questo fine possono avere un effetto umiliante per entrambi i partner'*.<sup>42</sup>

Queste due raccomandazioni, benché non vincolanti, esprimono chiaramente l'esigenza di predisporre a livello nazionale *'strumenti idonei a garantire la piena esplicazione dell'individualità del detenuto, inclusa la sfera affettiva e sessuale'*.<sup>43</sup>

Ad 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 i diritti da garantire ai detenuti quello ad avere *'una vita affettiva e sessuale attraverso la predisposizione di misure e luoghi appositi'*.<sup>44</sup>

Il diritto all'affettività e alla sessualità dei ristretti trova affermazione anche nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e nella giurisprudenza dei giudici di Strasburgo.<sup>45</sup> In particolare, la Corte EDU individua negli artt. 8 e 12, che tutelano

<sup>41</sup> TALINI, *L'affettività ristretta*; ID. *Un diritto "sommerso"*

<sup>42</sup> DELLA BELLA, *Riconoscimento del diritto*. Cfr. anche A. LA VILLA, *Diritto all'affettività e alla sessualità: la realtà del Canton Ticino tra prassi e norma*, in *La dimensione dell'affettività in carcere. Uno studio sulla sessualità, la genitorialità e possibilità di procreazione nel sistema penitenziario*, in *Quaderni ISSP*, n. 13, Giugno 2015, p. 73 ss.

<sup>43</sup> TALINI, *L'affettività ristretta*, p.18. Si noti che l'importanza di mantenere legami affettivi come condizione irrinunciabile per la costruzione di un percorso individuale durante l'esecuzione penale, è espresso altresì dalle c.d. *'Regole di Bangkok'*, adottate dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 21 dicembre 2010. In particolare, le Regole nn. 23, 26 e 28, 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.

<sup>44</sup> *ibid*

<sup>45</sup> DELLA BELLA, *Riconoscimento del diritto*

rispettivamente il diritto al rispetto della vita privata e familiare e il diritto al matrimonio, la base normativa di tale diritto. Alla luce dei limiti intrinseci a queste disposizioni, la Corte è orientata nel senso da escludere che esista un obbligo positivo in capo agli stati parte di riconoscere ai detenuti un diritto assoluto ed incondizionato a godere di spazi ove consumare rapporti intimi con il proprio partner (diritto alla sessualità intramuraria).<sup>46</sup> Infatti, la Corte ritiene che sia questa un'area in cui gli stati godono di ampia discrezionalità, venendo in considerazione questioni legate alle necessità e risorse dei singoli ordinamenti nazionale.<sup>47</sup> Per questo motivo, essa individua quale principio generale quello secondo cui, allo stato attuale, restrizioni alla riservatezza nel corso delle visite possono essere giustificate per il mantenimento dell'ordine e della sicurezza, a tutela della vittima dei reati ovvero per ragioni di prevenzione penale.<sup>48</sup> A tal proposito, è opportuno precisare che le regole penitenziarie europee, in particolare la Regola n. 24 comma 2, prevede che tali limitazioni devono sempre garantire un 'contatto minimo accettabile' e 'il mantenimento e lo sviluppo di relazioni familiari il più possibile normali'.<sup>49</sup> Nonostante l'approccio prudente, è opportuno evidenziare che la Corte Europea non ha mancato di esprimere approvazione per i percorsi di riforma attuati in diversi stati europei in favore del regime delle '*conjugal visits*', tese al miglioramento delle condizioni detentive e al reinserimento sociale del reo per mezzo del mantenimento dei legami familiari.

### 3.1 Prospettiva di analisi comparata e di '*best practices*'

Già negli anni Ottanta, direttive europee invitavano gli stati appartenenti alla comunità, ad adottare misure necessarie a tutelare la vita intima dei detenuti. Da allora molti paesi si sono adeguati in tal senso.<sup>50</sup> Allargando lo sguardo oltre i confini nazionali, è possibile osservare come il diritto ad una vita affettiva e sessuale in carcere, non solo ha trovato riconoscimento nelle sopra citate fonti

<sup>46</sup> Corte EDU, sent. 4 dicembre 2007, *Dickson c. Regno Unito*; Corte EDU, sent. 29 luglio 2003, *Aliev c. Ucraina*. DIDI, *Il diritto del detenuto*, p.108. Cfr. anche T. GRIECO, *La Corte costituzionale sul diritto dei detenuti all'affettività ed alla sessualità* in *Dir. Pen. Cont.*, Gennaio 2013; H. CODD, *The slippery slope to sperm smuggling: prisoners, artificial insemination and human right*, in *Medical Law Review*, 2007, 15(2), p. 220

<sup>47</sup> In *Dickson c. Regno Unito*, inizialmente la Corte si pronunciò contro la violazione dei diritti del detenuto che chiedeva la possibilità di fecondare in vitro, giustificando tale decisione sulla base di ragioni legate alla natura violenta del reato commesso e al benessere del nascituro. È interessante notare che nel 2007 la Grande Camera ha dato segni di apertura, ribaltando la precedente decisione. Essa ha rilevato che '*the inability to have a child was not an inevitable consequence of imprisonment*' data la disponibilità di strumenti di inseminazione artificiali, considerato anche che il fine rieducativo della pena ha assunto sempre maggiore importanza.

<sup>48</sup> Commissione EDU, sent. 22 ottobre 1997, *E.L.H. e altro c. Regno Unito*; Commissione EDU, sent. 10 luglio 1980, *Draper c. Regno Unito*; Commissione EDU, sent. 3 ottobre 1978, *X. e altro c. Svizzera*

<sup>49</sup> MARTUFI, *Diritti dei detenuti*, p. 90

<sup>50</sup> CERAUDO, *La sessualità in carcere*, p.292

sovrnazionali, ma viene ormai garantito, in varie forme e con diversi limiti, anche in molteplici paesi sia europei, che al di fuori dell'area comunitaria.

Si passa da esperienze normative in cui la sfera affettiva è garantita attraverso la semplice concessione di colloqui prolungati e non controllati, a soluzioni più complesse in cui l'esplicazione del diritto passa per la predisposizione di strutture preposte.<sup>51</sup> Senza pretesa di esaustività, è significativo esaminare sommariamente la normativa penitenziaria di alcuni di questi stati europei ed extra-europei, che, come vedremo, si pongono in linea di netta contrapposizione con l'approccio negazionista del legislatore italiano.

Con riferimento al panorama europeo, in Croazia sono consentiti colloqui non sorvegliati di quattro ore con il coniuge o il partner. In Germania, alcuni Lander hanno predisposto piccoli appartamenti in cui i condannati a pene lunghe possono incontrare i propri cari. Nei paesi del Nord Europa, la normativa penitenziaria invece garantisce la più ampia intimità mettendo a disposizione dei ristretti strutture che mirano a ricreare una condizione quanto più possibile 'normale' e intima, in cui il detenuto e il partner possano manifestare liberamente il proprio rapporto affettivo. Ad esempio, in Olanda, Norvegia e Danimarca vengono predisposti piccoli appartamenti, immersi nel verde, forniti di camera matrimoniale, servizi e cucina. Il diritto di visite non prevede esclusioni relative alla posizione giuridica dei reclusi. Tale diritto in Finlandia è riconosciuto solo a coloro che non possono usufruire di permessi. In Albania, una volta alla settimana, sono previste visite non sorvegliate per i detenuti coniugati. Mentre, in Francia e in Belgio sono in corso revisioni del regolamento penitenziario, che prevedono l'attuazione di un programma sperimentale: la famiglia può far visita al detenuto in un appartamento di tre stanze con servizi, anche per la durata di 48 ore consecutive; il costo dell'iniziativa è a carico dei parenti.<sup>52</sup> In Canton Ticino (Svizzera), chi non fruisce di congedi esterni può contare su una serie articolata di colloqui anche intimi in un'apposita casetta, la cd. Silva.<sup>53</sup> Nella cattolicissima Spagna, in particolare in Catalogna, si distinguono i 'vis a vis', incontri in apposite strutture attrezzate per accogliere familiari e amici, mentre nell'ospedale

---

<sup>51</sup> TALINI, *Un diritto "sommerso"*

<sup>52</sup> In merito alla soluzione adottata nell'ordinamento francese, cfr. DELLA BELLA, *Riconoscimento del diritto*. L'istituto delle 'visite familiari' è stato introdotto nell'ordinamento francese nel 2003, in via sperimentale; solo nel 2009, alla luce dei buoni risultati prodotti, è stato 'istituzionalizzato'. La *ratio* di questo istituto è di garantire uno spazio riservato ed un tempo disteso nel quale consentire che le relazioni del detenuto con il partner o con altri membri della famiglia possano svolgersi in modo significativo, contribuendo, al tempo stesso, al processo di responsabilizzazione del detenuto. Per lo svolgimento delle visite, la legge prevede la costruzione da parte dell'Amministrazione penitenziaria di apposite strutture: le *Unitès de Vie Familiale* e i *Parloirs familiaux*.

<sup>53</sup> Con riferimento all'esperienza del Canton Ticino, cfr. LA VILLA, *Diritto all'affettività*, p. 81

penitenziario di Madrid, un progetto prevede l'istituzione di tre camere, fornite di servizi, 'per le relazioni affettive'.<sup>54</sup>

Spostandoci in ambito extra-europeo, in Québec, come nel resto del Canada, i detenuti incontrano le loro famiglie nella più completa intimità all'interno di prefabbricati, siti nel perimetro degli istituti di pena, per 3 giorni consecutivi. Pur rigidamente normativizzata, la possibilità di coltivare i propri affetti è prevista anche in alcuni Paesi degli USA, precisamente in Mississippi, New York, California, Washington e New Mexico. Tra gli anni '70 e '80, negli istituti di pena sono stati introdotti i cd. 'coniugal' o 'family visitation programs'. Questi programmi permettono ai detenuti di incontrare ogni due settimane il proprio coniuge e ogni mese tutta la famiglia, in una casa mobile sita all'interno del carcere, per tre giorni consecutivi.<sup>55</sup> In Brasile, nonostante le dure condizioni detentive, ogni recluso ha diritto, ogni settimana, ad un incontro affettivo di un'ora con chi desidera, indipendentemente da precedenti rapporti di convivenza riconosciuti dallo Stato. Nel carcere femminile di Caracas in Venezuela, vi sono cinque piccole camere con servizi dove le detenute possono ricevere, ogni 15/30 giorni, il marito o il fidanzato.<sup>56</sup>

Alla luce della tendenza del regime penitenziario europeo, della giurisprudenza dei giudici di Strasburgo e dell'esperienza comparatistica, è possibile concludere che l'affettività e la sessualità debbano rientrare nel catalogo dei diritti che spettano al detenuto, pur trovandosi in una situazione di privazione della libertà personale in forza della sentenza di condanna.<sup>57</sup> In questo contesto, è interessante soffermarsi sulla scelta del legislatore italiano, che si colloca in posizione antitetica rispetto al quadro sopra delineato. Come vedremo, negli anni sono state presentate diverse proposte di legge in materia e numerosi sono stati gli studi in merito. Tuttavia, ad

<sup>54</sup> D. FORNI, *Sessualità in carcere: l'umanità negata e le sue conseguenze* disponibile a <http://fascinointellettuale.larionews.com/sessualita-in-carcere-lumanita-negata-e-le-sue-conseguenze/>, consultato il 19 dicembre 2016. Forni nota che, nei paesi più avanzati, nel caso in cui il detenuto sia solo e non possa quindi ricevere la propria moglie o compagna viene data la possibilità di incontrare una prostituta. Tuttavia, queste sperimentazioni vengo accolte dalla *public opinion* con malizia, sottolineando come a una persona che ha commesso degli sbagli più o meno gravi non sia giusto 'concedere il privilegio' della sessualità e, più in generale, dei rapporti umani.

<sup>55</sup> A. GOETTING, *Conjugal association in prison: issues and perspectives*, in *Crime & Delinquency*, 1982, 28 (1), p. 141; D. C. ENGLAND, *States that allow conjugal visits*, disponibile a <http://www.criminaldefenselawyer.com/resources/criminal-defense/state-felony-laws/states-that-allow-conjugal-visits#> consultato il 10 Gennaio 2017; V. CAVALIERE, *How conjugal visits work*, disponibile a <http://www.vocativ.com/underworld/sex/conjugal-visits-work/>, 24 Maggio 2016, consultato il 10 Gennaio 2017

<sup>56</sup> P. BALBO, *Sesso e carcere*, in G. GULOTTA, S. PEZZATI (a cura di) *Sessualità, diritto e processo*, Milano, 2002, pp. 90-92; CERAUDO, *La sessualità in carcere*, p.292; BRUNETTI, *Il diritto all'affettività*, p. 121

<sup>57</sup> F. FIORENTIN e L. DELLI PRISCOLI, *I diritti fondamentali delle persone detenute fra giurisprudenza nazionale e disciplina europea*, in *Rivista Penale*, 2010, n. 3; NOTARO, *I diritti in carcere*, p.45

oggi, sembra che in Italia il diritto all'espressione dell'affettività e sessualità all'interno dell'istituzione penitenziaria stenti a trovare un suo concreto riconoscimento.<sup>58</sup> Per questo motivo, si è parlato di 'diritti sommersi' per individuare

'quelle posizioni giuridiche soggettive di vantaggio non espressamente previste dal dettato normativo, ma che, ponendosi come diretta espressione del dettato costituzionale, dovrebbero trovare esplicito riconoscimento nel diritto positivo e, conseguentemente, nella realtà penitenziaria'.<sup>59</sup>

#### **4. L'approccio negazionista dell'ordinamento italiano: un difficile dialogo con il legislatore**

In ossequio ai principi di umanizzazione e rieducazione della pena, l'ordinamento italiano pone tra i suoi molteplici obiettivi quello di mantenere vivo il legame con la dimensione extracarceraria, riservando grande importanza al rispetto e al mantenimento delle relazioni familiari.<sup>60</sup> Ciò attraverso una serie di disposizioni, prima tra tutte l'art. 29, comma 1, Cost., il quale prescrive che *'la Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio'*. Ad essa si aggiunge il baluardo della tutela dei rapporti familiari per il soggetto ristretto in ambito penitenziario, l'art. 28 o.p., il quale richiede che 'particolare cura' venga dedicata a mantenere, migliorare o ristabilire le relazioni dei detenuti e degli internati con le famiglie. Sempre alla famiglia fa riferimento l'art. 15 o.p. che include l'agevolazione dei contatti col mondo esterno e i rapporti con la famiglia tra gli elementi del trattamento del condannato; mentre, con riferimento all'assistenza post-penitenziaria, l'art. 45 o.p. statuisce che *'il trattamento dei detenuti e degli internati è integrato da un'azione di assistenza alle loro famiglie. Tale azione è rivolta anche a conservare e migliorare le relazioni dei soggetti con i familiari e a rimuovere le difficoltà che possono ostacolare il reinserimento sociale [...]'*. I rapporti con la famiglia, dunque, costituiscono un elemento fondamentale del trattamento, poiché facilitano l'iter rieducativo e risocializzante del detenuto.<sup>61</sup> I rapporti affettivi con la famiglia, dunque, rappresentano un elemento fondamentale del trattamento, poiché facilitano l'iter rieducativo e risocializzante del detenuto. Ciò premesso, la scelta normativa negazionista del legislatore italiano rischia di far rimanere tale riconoscimento un'enunciazione meramente formale. Cosa impedisce, dunque, la piena realizzazione, almeno in via sperimentale, di un sistema normativo che permetta ai detenuti di mantenere e coltivare legami affettivi ed intimi con i propri cari?

Nell'interrogarsi sulla *ratio* di tale approccio restrittivo, la Corte costituzionale, nella recente sentenza n. 301 del 2012, ha affermato che 'l'impedimento dei rapporti affettivi e sessuali tra il recluso e il suo partner deriva come conseguenza

<sup>58</sup> LA VILLA, *Diritto all'affettività*; CERAUDO, *La sessualità in carcere*

<sup>59</sup> TALINI, *L'affettività ristretta*

<sup>60</sup> ID. *Un diritto sommerso*

<sup>61</sup> DAP, *Le dimensioni dell'affettività*

di fatto dall'esigenza di assicurare condizioni di sicurezza nelle carceri e, più in generale, ordine e sicurezza pubblica, e di prevenzione dei reati'.<sup>62</sup> Tale dichiarazione si inserisce nell'ambito della *quaestio legitimitatis* sollevata dal Tribunale di Sorveglianza di Firenze, in relazione al comma 2 dell'art. 18 o.p. che esige il controllo a vista del personale di custodia sui colloqui. Secondo il giudice *a quo*, tale scelta normativa si porrebbe in contrasto con diversi parametri costituzionali – in particolare con gli artt. 2 e 3, art.27 comma 3, artt. 29 comma 1 e 31 e art. 32 della Costituzione.<sup>63</sup> Pur risolvendosi in una dichiarazione di inammissibilità, la sentenza merita di essere segnalata. In particolare, tralasciando la questione processuale relativa ai requisiti delle ordinanze di remissione, ed in particolare alla formulazione del *petitum*, preme soffermarsi su quanto è, di fatto, statuito 'nel merito'.<sup>64</sup>

In via preliminare, vale la pena notare che le relazioni affettive sono normativamente tutelate dalla regolamentazione penitenziaria, mentre la dimensione sessuale dell'affettività non è normativizzata, pur non sussistendo un espresso divieto in ordine alla possibilità di intrattenere rapporti intimi in ambito detentivo. Allo stato attuale, nell'ordinamento penitenziario italiano, il diritto a coltivare interessi affettivi con persone estranee all'ambiente carcerario trova una risposta soltanto parziale attraverso l'istituto dei permessi premio di cui all'art. 30 ter o.p., e dei colloqui di cui all'art. 18 o.p.<sup>65</sup> I primi, pur riportando la sessualità 'in una situazione di libertà con il ritorno nei propri ambiti personali e socio familiari', hanno un carattere residuale, in quanto la fruizione è preclusa a larga parte della popolazione carceraria in considerazione dei presupposti oggettivi e soggettivi richiesti dallo stesso art. 30 o.p.<sup>66</sup> I secondi, pur dovendo essere accordati con 'particolare favore', hanno luogo in appositi locali ed in numero prefissato dall'art. 37 reg. ord. penit. e, comunque, variabile in ragione condanna. Inoltre, svolgendosi sempre sotto il controllo visivo del personale di custodia, non consentono una libera e piena esplicazione degli interessi affettivi.<sup>67</sup>

<sup>62</sup> F. FIORENTIN, *Affettività e sessualità in carcere: luci ed ombre di una pronuncia che rimanda al difficile dialogo con il legislatore*, in *Giur. cost.*, 2012, fasc. 6, p. 4727

<sup>63</sup> TALINI, *L'affettività ristretta*

<sup>64</sup> GRIECO, *La Corte costituzionale*. È opportuno sottolineare che l'illustrazione del vizio concernente la formulazione del *petitum* dell'ordinanza di remissione si è di fatto tradotta in una valutazione pertinente al merito della questione di legittimità costituzionale.

<sup>65</sup> DIDI, *Il diritto del detenuto*; DELLA BELLA, *Riconoscimento del diritto*; DAP, *Le dimensioni dell'affettività*; GRIECO, *La Corte costituzionale*.

<sup>66</sup> Infatti, ai sensi dell'art. 30 o.p., i permessi premio possono essere concessi solo ai condannati che, oltre ad aver tenuto una regolare condotta e a non risultare socialmente pericolosi, siano stati condannati all'arresto ovvero alla reclusione non superiore a tre anni, perché, in tutti gli altri casi, la concessione del beneficio è subordinata alla espiazione di una parte (variamente quantificata secondo il quantum di pena inflitta e il tipo di reato per il quale si è proceduto) della condanna.

<sup>67</sup> Tale controllo visivo sussiste anche qualora i colloqui avvengono nelle forme di cui all'art. 61, comma 2, lett. b), reg. ord. penit., in base al quale possono essere autorizzate «visite» che consentono di trascorrere parte della giornata, in appositi locali o all'aperto, e di consumare un pasto in compagnia delle persone ammesse ai colloqui.



Tornando alla portata dell'art. 18, comma 2, o.p., la Consulta ha posto in evidenza come la richiesta di intervento ablativo - volto, cioè, ad una pronuncia che rimuova il controllo visivo del personale di custodia sui colloqui dei detenuti e degli internati - si rivelerebbe *'eccedente lo scopo perseguito e, per altro verso, insufficiente a realizzarlo'*. Infatti, secondo il Giudice delle leggi, l'eliminazione del controllo a vista non comporterebbe l'automatico riconoscimento del diritto all'affettività e sessualità per due ordini di motivi. Da un lato, come già sottolineato, l'obbligatorietà della sorveglianza trova la sua ragion d'essere nell'esistenza di condizioni oggettive, ovvero nella necessità di tutelare l'ordine e la sicurezza. La circostanza che quanto previsto da tale disposizione renda di fatto impossibili i rapporti affettivi e sessuali è un effetto indiretto della norma, che non può giustificare il venir meno di ogni forma di controllo sulla generalità dei colloqui. Dall'altro lato, il Giudice costituzionale osserva come neppure l'eventuale eliminazione del controllo a vista sui colloqui consentirebbe di praticare la sessualità in condizioni di riservatezza, presupponendo questa una serie di scelte discrezionali del legislatore volte a disciplinare modalità e tempi di attuazione.<sup>68</sup>

Tuttavia, la sentenza in questione ha assunto un'importante valenza monitoria. Una riforma del sistema penitenziario idonea ad apprestare adeguata tutela all'espressione anche fisica dell'affettività sarebbe auspicabile, specialmente alla luce delle indicazioni provenienti dagli atti sovranazionali, dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e dell'esperienza comparatistica.<sup>69</sup> Se la rieducazione è una delle funzioni essenziali della pena, che ne caratterizza il contenuto ontologico, essa difficilmente potrà prescindere dall'espressione anche fisica dell'affettività, parte integrante dell'identità di ogni individuo. Dalla motivazione emerge chiaramente come l'esigenza di garantire ai detenuti relazioni affettive intime, anche a carattere sessuale, sia reale e fortemente avvertita e pertanto merita ogni attenzione da parte del legislatore. Si rende, dunque, necessario uno specifico intervento legislativo, non potendo la giurisprudenza costituzionale spingersi sino a favorire la completa emersione del diritto all'affettività e ai legami familiari, di cui la sfera sessuale costituisce una rilevante modalità di espressione. Come rileva Fiorentin, il rischio è di *'una dilatazione sine die* dei tempi per l'auspicata riforma della disciplina normativa in materia, con l'ulteriore pericolo di frustare ulteriormente le aspettative di un allineamento del diritto interno alle più avanzate realtà degli ordinamenti penitenziari vigenti negli altri paesi'.<sup>70</sup>

Che l'adeguamento della normativa penitenziaria spetti al legislatore emerge a chiare lettere anche dalle parole del Consiglio di Stato, chiamato a pronunciarsi sulla Proposta del nuovo Regolamento di Esecuzione Penitenziaria. Questa proposta segnava una svolta nella concezione dei rapporti affettivi con la famiglia, nella misura in cui prevedeva la possibilità di mantenere tali rapporti attraverso

<sup>68</sup> MARTUFI, *Diritti dei detenuti*; TALINI, *L'affettività ristretta*

<sup>69</sup> DELLA BELLA, *Riconoscimento del diritto*; DIDDI, *Il diritto del detenuto*

<sup>70</sup> FIORENTIN, *Affettività e sessualità*, p. 4729

istituti diversi dai colloqui ordinari, in particolare la visita e il permesso interno.<sup>71</sup> L'obiettivo era quello di tutelare, *in primis*, l'affettività *lato sensu*, prevedendo ambienti più vivibili ove era possibile consumare pasti insieme e trascorrere tempo con i propri familiari, e, *in secundis*, il diritto alla sessualità delle persone ristrette al fine di consolidare il rapporto, anche fisico e sessuale, di coniugio.<sup>72</sup> Tale progetto non superò il vaglio del Consiglio di Stato che, con parere n. 61 del 2000, ne diede valutazione negativa, rilevando che 'nel silenzio della legge, il diritto all'affettività non è scelta che possa essere legittimamente effettuata in sede regolamentare attuativa o esecutiva, in quanto postula piuttosto l'intervento del legislatore, al quale solo spetta il potere di adeguare sul punto una normativa penitenziaria che sembra diversamente orientata'.<sup>73</sup>

A dire il vero sono stati presentati diversi progetti di legge di iniziativa parlamentare, volti ad introdurre la possibilità per il soggetto detenuto di mantenere, consolidare e coltivare i propri affetti all'interno dell'istituzione carceraria.<sup>74</sup> In linea di massima, tutte queste proposte prevedono un serie di strumenti, spesso molto simili, volti a meglio implementare l'affettività in ambito penitenziario ed novellare la legge del 1975, con previsioni finalizzate a rendere possibile rapporti, affettivi ma anche sessuali, del ristretto con il proprio partner o coniuge. In particolare, degne di nota sono le proposte di legge 'Boato' e 'Della Seta' che, propugnando la novella dell'art. 28 o.p., hanno previsto l'inserimento di un vero e proprio diritto all'affettività.<sup>75</sup> Questi progetti di legge, presentati e calendarizzati per la discussione, non hanno mai avuto seguito, impedendo così l'emersione di questo 'diritto ancora sommerso'.<sup>76</sup> Anche tali proposte, infatti, postulano l'intervento del legislatore, unico addetto all'adeguamento sul punto della normativa penitenziaria. Di sicuro ad esse va riconosciuto il merito di aver sollevato questo delicato problema e indotto ad un'attenta riflessione su un tema di estrema attualità.

## **5. La logica del bilanciamento: verso una soluzione costituzionalmente orientata**

In Italia, il riconoscimento e la conseguente tutela del diritto all'affettività e sessualità dei detenuti è stato oggetto di molteplici polemiche, dovute soprattutto a

<sup>71</sup> PENNISI, *Diritti del detenuto*, p. 171

<sup>72</sup> DAP, *Le dimensioni dell'affettività*, p. 36

<sup>73</sup> P. CANEVELLI, *Il commento al Nuovo regolamento recante norme sull'Ordinamento penitenziario sulle misure privative e limitative della libertà*, in *Diritto Penale e Processo*, 2000, n. 10, p. 1321

<sup>74</sup> p.d.l. Senato 31 luglio 2014, n. 1587; d.d.l. Senato 24 luglio 2012, n. 3420; p.d.l. Camera 21 ottobre 2010, n. 3810; d.d.l. Senato 28 aprile 2006, n. 63; p.d.l. Camera 12 luglio 2002, n. 3020; p.d.l. Senato 15 dicembre 1998, n. 3701; p.d.l. Senato 17 giugno 1997, n. 2530; p.d.l. Senato 9 maggio 1997, n. 2422; p.d.l. Camera 28 febbraio 1997, n. 3331; p.d.l. Camera 13 giugno 1996, n. 1503

<sup>75</sup> DAP, *Le dimensioni dell'affettività*, p. 28

<sup>76</sup> TALINI, *L'affettività ristretta*; CERAUDO, *La sessualità in carcere*

ragioni ambientali ed etico-morali. Le prime fanno riferimento alla situazione reale delle carceri italiane e, quindi, alla mancanza di strutture logistiche in un contesto di preoccupante sovraffollamento. Condizioni di questo tipo potrebbero provocare una riduzione degli ordinari controlli, con il conseguente rischio di indirettamente facilitare, ad esempio, l'ingresso e il contrabbando di oggetti illeciti e droga all'interno delle strutture penitenziarie. Da un punto di vista etico-morale, se il diritto all'affettività e sessualità è considerato un diritto ineliminabile di tutti, come garantire tale diritto a quella numerosa fetta di detenuti composta da celibi e stranieri?<sup>77</sup> Inoltre, si è rilevato come la cultura esterna al carcere tenda a considerare le relazioni affettive ed intime una sorta di premio o privilegio, non un diritto fondamentale di cui anche i ristretti sono titolari.<sup>78</sup> Ciò non si verifica nei paesi in cui la sfera sessuale dell'affettività nell'ambiente carcerario è una realtà consolidata. In questi casi è diffusa, infatti, nell'opinione pubblica la consapevolezza della positiva influenza che i rapporti affettivi hanno sul detenuto e, di riflesso, sulla società nel suo complesso.

Tuttavia, ragionare intorno alla *ratio* della negazione di questo diritto non significa fare valutazioni in termini etici o morali, quanto piuttosto ragionare secondo la logica del bilanciamento tra i valori costituzionali in gioco. La *vexata quaestio* è stabilire quando la preminenza delle esigenze di sicurezza sociale su quelle trattamentali della persona condannata debba ritenersi giustificata.<sup>79</sup> È incontestabile che il mantenimento e lo sviluppo delle relazioni affettive e sessuali si collochi tra i diritti inviolabili, riconducibili all'art. 2 Cost.. Ciò nonostante, si è più volte ribadito che nell'esecuzione della pena detentiva esigenze punitive e di tutela dell'ordine e della sicurezza si scontrano con la tutela dei diritti fondamentali dell'individuo. In questo contesto, è opportuno sottolineare che restrizioni del pieno esercizio delle facoltà inerenti alla persona detenuta sono ammesse negli stretti limiti in cui siano effettivamente presenti, nel singolo caso concreto, elementi dai quali desumere un concreto pericolo per l'ordine e la sicurezza e per la prevenzione dei reati.<sup>80</sup> Infatti, il principio del minimo sacrificio della sfera soggettiva delle persone detenute rappresenta un punto cardinale della normativa penitenziaria costituzionalmente orientata. Sulla base delle considerazioni che precedono, è opportuno concludere che una negazione *tout court* della sfera dell'affettività, anche sotto il profilo sessuale, appare difficilmente tollerabile.<sup>81</sup>

Nel tentativo di elaborare una disciplina, che risulti adeguata alle caratteristiche del nostro sistema penitenziario, occorre dunque muovere dalla constatazione che il riconoscimento del diritto all'affettività e sessualità dei detenuti impone necessariamente un'operazione di bilanciamento con gli interessi pubblici connessi all'esecuzione penale e, *in primis*, con la necessità di tutela dell'ordine e della

<sup>77</sup> CERAUDO, *La sessualità in carcere*, p. 293

<sup>78</sup> DAP, *Le dimensioni dell'affettività*, p. 30

<sup>79</sup> MILAZZO, ZAMMITTI, *Affettività e carcere*, p. 102

<sup>80</sup> FIORENTIN, *Affettività e sessualità*, p. 4732; TALINI, *Un diritto sommerso*

<sup>81</sup> DELLA BELLA, *Riconoscimento del diritto*

sicurezza.<sup>82</sup> In un'ottica *de iure condendo*, l'auspicio è che l'eccessivo rigore formale che caratterizza l'attuale scelta negazionista del nostro ordinamento e che sacrifica valori certamente meritevoli di considerazione, segua le orme dell'esperienza comparatistica, lasciando spazio ad un approccio 'empirico', che preveda un periodo di sperimentazione e di conseguente valutazione dei risultati ottenuti, in termini di agevolazione del reinserimento sociale del reo e recidiva.

---

<sup>82</sup> FIORENTIN, *Affettività e sessualità*; BRUNETTI, *Il diritto all'affettività*