

**Amare in carcere.
Prospettive di riforma contro il rischio di destrutturazione
soggettiva.**

di *Massimiliano Baroni**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Italia 2018: lacune in prospettiva comparata. Il ruolo della Corte costituzionale. – 3. (*Segue*): Il diritto all'affettività come diritto poliedrico. – 4. Brevi cenni *de iure condendo*. Il “minimo vitale” come aspirazione finalistica dell’ordinamento. – 5. Perché non ci riusciremo: cause apparenti e cause reali.

1. Introduzione.

La riforma dell’ordinamento penitenziario del ’75 fu da più parti salutata con estremo favore, per i numerosi aspetti che ne facevano una riforma intrinsecamente moderna, attenta alle esigenze del tempo e – soprattutto – portatrice di una rinnovata concezione della pena. Con la Legge 26 luglio 1975, n. 354, seguita dalla “legge Gozzini”, in cui si è sancita la necessità di perseguire “*il graduale reinserimento del soggetto nella società*”, la risposta sanzionatoria dello Stato nei confronti del *reo*, sino a quel momento innegabilmente ancorata a caratteri di austerità e di moralità, oltre che di precipua afflittività, subì una decisa (seppur non decisiva, v. *infra*) virata verso il finalismo rieducativo della pena. L’obiettivo, almeno nell’intenzione del legislatore del tempo¹, consisteva nella progressiva sostituzione del carcere, in precedenza inteso come luogo impermeabile, isolato dalla società moderna, con una concezione dinamica della funzione riabilitativa intramuraria, in grado – innanzitutto – di fornire adeguato riscontro alle istanze socializzanti, figlie – tra le altre cose – dell’intervenuto avvicendamento tra il modello statuale classico-liberale e sociale. Nondimeno, la riforma offriva finalmente una lettura costituzionalmente orientata, ai sensi innanzitutto dell’art. 27 Cost.², dell’istituto della carcerazione, candidandosi quale protagonista del

* Laureato presso *Alma Mater Studiorum* Università di Bologna.

¹ I lavori preparatori alla L. 354/75 sono liberamente consultabili sul sito della Camera dei Deputati. Per la discussione finale si veda VI Legislatura, Discussioni-Seduta del 19 dicembre 1974.

² Tale articolo è, senza dubbio, quello che meglio si presta ad essere invocato in tema di detenzione carceraria. Non è, tuttavia, l’unico: vengono in rilievo l’art. 3 Cost., inteso come riconoscimento e garanzia della pari dignità sociale; oltre che l’art. 2 Cost, sede di un moderno principio all’autodeterminazione individuale (per cui, tra le altre, Corte cost., sent. n. 561/87, in cui i giudici costituzionali descrivono la sessualità come “*uno degli essenziali modi di espressione della persona umana*”); ovvero l’art. 32 Cost., per ciò che attiene alla concreta esplicitazione del diritto alla salute nell’ambiente carcerario (per cui *infra*, § 3).

pensionamento – pur tardivo – del regolamento carcerario classe 1931, modellato su concezioni e bisogni risalenti all’epoca fascista, e per questo non più attuali (oltre che, per certi profili, del tutto anacronistici).

Ciononostante, è oggi sufficiente uno sguardo cursorio alla dottrina costituzional-penalistica inerente la tematica dell’attuale condizione individuale nelle carceri per comprendere come la riforma in parola abbia costituito per il nostro Paese, con tutta probabilità, l’ennesimo esempio di occasione persa. Da più parti, infatti, viene ribadita la centralità della funzione rieducativa della pena, della necessità di un ambiente risocializzante per il *reo*, della valenza sociale che dovrebbe essere propria del percorso detentivo. Ebbene, l’impressione è che la – persistente – rivendicazione di tali tematiche sottintenda, in realtà, la mancata, piena applicazione pratica dei principi cui la riforma del 1975 si ispirava (anche nella titolazione originaria)³ e della cui realizzazione effettiva doveva essere, in definitiva, il primo strumento. Che bisogno ci sarebbe, invero, di riaffermare verbalmente i criteri direttivi cui la vita carceraria dovrebbe aspirare (ed ispirarsi), se questi fossero già parte costituente dell’ordinamento penitenziario⁴?

Certo, sarebbe inverosimile pensare che sia sufficiente la promulgazione di una legge, per quanto “rivoluzionaria”, a modificare, ed anzi innovare profondamente, le radici di ciò che, per la propria vastità tematica e per le proprie complessità – organizzative, di interazione sociale ed economiche, oltre che etico morali – può senza timore di smentita definirsi un universo a sé stante; ma non è forse, a ben vedere, altrettanto inverosimile (o inaccettabile?) che a più di tre decenni da ciò che poteva costituire un cambiamento di rotta, l’Italia sia stata condannata di fronte alla Corte europea dei diritti umani per violazione dell’art. 3 CEDU⁵, o che ancora nel 2012 la Corte costituzionale abbia dovuto sottolineare, con chiara valenza monitoria, come il «*permettere alle persone sottoposte a restrizione della libertà*

Tra gli altri, sul punto, M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino, 2002.

³ Ne è dimostrazione la titolazione originaria del dd. 2798/C (ddl della futura “legge Orlando”), presentato alla Camera in data 23 dicembre 2014 e che espressamente finalizzava le modifiche ivi contenute alla “*effettività rieducativa della pena*”. Per un approfondimento si veda P. BRONZO, *La delega per la riforma dell’ordinamento penitenziario*, in www.lalegislazionepenale.it.

⁴ Così P. BRONZO, *ibid.*

⁵ Corte EDU, Sez. II, *Torreggiani e altri c. Italia*, 8 gennaio 2013, in cui – con decisione unanime – la Corte ha condannato l’Italia per trattamenti contrari al senso di umanità, statuendo altresì che “*la carcerazione non fa perdere al detenuto il beneficio dei diritti sanciti dalla Convenzione. Al contrario, in alcuni casi, la persona incarcerata può avere bisogno di una maggiore tutela proprio per la vulnerabilità della sua situazione e per il fatto di trovarsi totalmente sotto la responsabilità dello Stato*”. Il principio di diritto, per cui lo *status* di detenuto non comporta né può comportare l’annullamento dei diritti inalienabili, era stato già enunciato da Corte cost. sent. n. 26/1999.

Il filosofo Margalit parla di “istituzioni decenti”, ove “*decente è una società in cui le istituzioni non umiliano le persone*”. In A. MARGALIT, *The decent society*, Guerini & Associati, Milano, 1996.

personale di continuare ad avere relazioni affettive intime, anche a carattere sessuale fosse una “esigenza reale e fortemente avvertita”⁶»?

2. Italia 2018: lacune in prospettiva comparata. Il ruolo della Corte costituzionale.

Le brevissime considerazioni sopra riportate richiederebbero, per poterne sviscerare le singole, innumerevoli chiavi di lettura, ben altro spazio. Tra le numerose questioni su cui ci si potrebbe soffermare, tuttavia, uno spazio di assoluto rilievo spetta necessariamente al tema introdotto dall’ultima giurisprudenza richiamata (Corte cost. 301/2012). L’affettività in carcere è, senza dubbio, questione per antonomasia classificabile tutt’oggi come un tabù, che l’esperienza penalistica (italiana) fatica ancora a superare, tanto da poter essere elevata a simbolo di una generale carenza sistemica dell’ordinamento carcerario nel suo complesso (forse, pari per rilevanza solo al problema del sovraffollamento, rispetto al quale conserva comunque un impatto mediatico certamente superiore).

Una situazione, si noti bene, che persiste nonostante l’ormai raggiunta, piena cittadinanza su cui il diritto all’affettività e alla sessualità può contare a livello sovranazionale ed europeo: è solo il caso di ricordare, a tal proposito, la Conferenza internazionale delle Nazioni Unite sui diritti dell’uomo (Teheran 1968), in cui per la prima volta venne messa nero su bianco la piena corrispondenza esistente tra “diritti umani” e “diritti riproduttivi” (espressione in seguito ripresa anche dalla Conferenza Internazionale delle donne a Città del Messico, 1975), nonché la Conferenza Internazionale del Cairo (1994), oltre alle c.d. Regole di Bangkok⁷, adottate nel 2010 in seno alle Nazioni Unite.

Tali affermazioni hanno poi trovato una declinazione ulteriore sul fronte strettamente europeo, in cui il generale “diritto all’affettività e alla sessualità” è stato sviscerato con specifico riferimento ai detenuti. Il ruolo di protagonista spetta alle Raccomandazioni del Consiglio (Racc. 1340/1997 e Racc. 2/2006), che, nell’ambito delle Regole penitenziarie europee, invitano rispettivamente gli Stati membri a predisporre misure che possano consentire ai detenuti di incontrare i propri familiari in un ambiente rispettoso della *privacy* e a permettere loro di “*mantenere e sviluppare relazioni familiari il più possibile normali*”⁸. Ancora più perentorio è il testo della Raccomandazione del Parlamento europeo n. 2003/2188 (INI), che testualmente parla di “vita affettiva e sessuale” dei detenuti,

⁶ Corte cost., 301/2012.

⁷ All’interno del cui compendio positivo possono ricordarsi, tra le altre, le disposizioni ispirate al principio di territorialità della pena, volte a limitare i disagi arrecati alle famiglie dei detenuti a causa del trasferimento da un istituto penitenziario all’altro (tema particolarmente delicato e che viene altresì affrontato dalla prospettiva della prole del detenuto, oltre che del coniuge). Per una disamina più completa si vedano, in particolare, gli artt. 23, 26, 28 delle Regole.

⁸ Regola n. 24 comma 4, Racc. 2/2006.

prescrivendo agli stati membri di mettere in campo ogni misura necessaria, anche spaziale, per poter garantire effettività a tale diritto.

A tali enunciazioni ha fatto seguito, quantomeno nell’esperienza comparata, una vera e propria istituzionalizzazione del diritto, attraverso cui si è potuto normativizzare il bisogno di affettività del detenuto, tanto come mantenimento delle relazioni del ristretto con soggetti (a lui cari) esterni, quanto nelle vesti della sessualità vera e propria⁹. Tra gli esempi maggiormente significativi possono ricordarsi il caso tedesco, con la riconosciuta possibilità – per i condannati a pene particolarmente lunghe e gravose – di incontrare gli affetti in veri e propri piccoli appartamenti; o la situazione nelle repubbliche nord-europee, in cui l’ambiente carcerario è quanto di più lontano vi sia rispetto alla concezione italiana¹⁰, o l’esperimento francese delle “*Unitès de Vie Familiale*”, grazie al quale alcuni detenuti possono trascorrere con i propri famigliari, in stanze adibite allo scopo e prive di sorveglianza, sino a 48 ore consecutive. Senza soffermarsi, poi, sugli esempi svizzero, spagnolo, canadese e persino venezuelano (in questo caso, tra l’altro, pensato per le detenute donne)¹¹. L’elenco è lungo, e potrebbe continuare.

Nulla di tutto questo, tuttavia, trova spazio nell’ordinamento penitenziario italiano, in cui ancora fatica ad affermarsi il rapporto bilaterale esistente tra dignità e sessualità. Con il rischio, come facilmente intuibile, di permettere la degradazione del diritto a mero principio programmatico, dotato di un notevole afflato teorico ma privo di effettività, e come tale inidoneo alla piena realizzazione del principio personalista e di partecipazione sociale. Si tratta, d’altronde, di due concetti fortemente interconnessi, tanto da poter essere letti in rapporto di interdipendenza reciproca: se è vero, come è vero, che l’individuo *è* in quanto parte della società, in cui l’effettivo godimento dei diritti costituzionalmente tutelati trova la propria, naturale, espressione, è evidente che la privazione della sfera relazionale (*a fortiori* ove arrivi ad intaccare i legami più intimi) si traduce in una negazione *tout court* dell’individualità stessa del detenuto.

Scriveva Foucault, a proposito, che “*considerare la privazione sessuale coessenziale allo stato restrittivo equivale a concepire l’astinenza forzata come*

⁹ Sulla differenza, e la distanza, tra affettività e sessualità sarebbe necessario un discorso a sé stante, tuttavia, pur nella consapevolezza della differenza tra l’uno e l’altro concetto (che, invero, possono esistere anche separati: vi può essere affettività senza la componente sessuale, come può esservi questa senza la prima), nel presente contributo il diritto alla sessualità viene affrontato come una declinazione del più ampio diritto all’affettività.

¹⁰ Ne sono vivido esempio lo scandalo e l’indignazione causati dalle fotografie, pubblicate da alcuni quotidiani nel 2012, della cella di Anders Breivik, tanto “umana” da essere definita come “a 5 stelle” (la cella prevede, infatti, tre stanze separate di cui una adibita a mini palestra, una televisione e perfino un computer, seppur non connesso a *internet*).

¹¹ Una disamina dettagliata del panorama comparato si trova in M. E. SALERNO, *Affettività e sessualità nell’esecuzione penale: diritti fondamentali dei detenuti? L’atteggiamento Italiano su una questione controversa*, cit.; nonché in V. CITRARO, *Visite coniugali in carcere: il diritto del detenuto all’affettività*, in *De Iure Criminalibus*, 2018.

*uno dei modi attraverso i quali il carcere fa presa sul corpo*¹². Al concetto di persona in quanto tale si accostano allora, necessariamente, quello – appunto – di corpo, e di persona situata, in una visione dinamica e antropologica del diritto all’affettività, primo tra i c.d. “diritti sommersi” del detenuto. In altre parole, la sola centralità teorica riconosciuta alla figura del *reo* è condizione necessaria ma non sufficiente al raggiungimento del finalismo rieducativo della pena, dovendo invece necessariamente accompagnarsi all’eliminazione di quegli ostacoli che ne limitano la capacità di autorealizzazione, spogliandola del proprio reale significato (sul punto, *infra* § 4).

L’attuale assetto dell’ordinamento penitenziario italiano prevede per il detenuto unicamente due vie d’accesso ai legami familiari esterni al carcere. Da un lato i colloqui (artt. 18 OP e 37 reg. es.)¹³, che si prevede debbano necessariamente svolgersi sotto il controllo visivo costante del personale di custodia, in locali o comunque aree appositamente adibite allo scopo, e dall’altro i permessi premio *ex* art. 30-ter OP. Due strumenti che, pur differenziandosi nelle concrete modalità attuative, oltre che nei presupposti applicativi e quindi – in definitiva – nei destinatari cui si rivolgono¹⁴, sono entrambi accomunati da una carenza di fondo, che li rende spiccatamente inadatti a perseguire scopi di reale riavvicinamento del *reo* con i propri affetti. Quanto ai permessi premio, basterebbe ricordare la preclusione che, in materia, vige per chiunque non sia condannato con formula definitiva, per rendere evidente *ictu oculi* il carattere di assoluta residualità dello strumento in questione¹⁵. In riferimento ai colloqui si può notare, ad esempio, come l’attuale modello possa persino essere la causa del progressivo deterioramento dei rapporti tra *reo* e familiari, il che determinerebbe una situazione paradossale in cui lo strumento previsto dall’ordinamento si rivela non solo inadatto al perseguimento dello scopo per cui fu concepito, ma addirittura come il primo ostacolo in tale direzione. Sempre dei colloqui, e del relativo obbligo di controllo a vista del detenuto da parte del personale carcerario, si è recentemente interessata la giurisprudenza di sorveglianza, che –pur se con alcune lacune di non poco conto¹⁶ – ha avuto il grande merito di riuscire a portare il tema all’attenzione della

¹² M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Torino, 1976.

¹³ Lo spettro applicativo dello strumento in parola è stato, seppur lievemente, ampliato con gli ultimi approdi della riforma penitenziaria (D. Lgs. 123 e 124/2018), pur limitandosi tuttavia – tale modifica – ai colloqui con il difensore.

¹⁴ Se infatti l’istituto dei colloqui è parte integrante della vita carceraria *tout court*, e diritto spettante ad ogni detenuto, così non è per i permessi premio, la cui fruibilità da parte del soggetto è subordinata ad una concessione del Magistrato di sorveglianza, su determinati presupposti (es. buona condotta) e unicamente per i condannati.

¹⁵ Basti pensare, a mero titolo esemplificativo, alla percentuale di detenuti attualmente in attesa di giudizio. Al 31 marzo 2017 i detenuti in Italia erano in totale 56.289, per 50.211 posti disponibili. Sul totale dei detenuti 9.749 erano in attesa di un primo giudizio e quasi altrettanti (9.641) erano condannati non definitivi.

¹⁶ *Infra*, nota 19.

Consulta¹⁷, offrendo ai Giudici costituzionali una duplice occasione: ribadire la rilevanza della questione, che per la propria delicatezza implica necessariamente un bilanciamento tra differenti ed apparentemente antitetiche esigenze, e al contempo sottolineare la non sopita esigenza di un intervento legislativo sul tema¹⁸.

Quanto al primo profilo evidenziato dalla Corte, è di tutta evidenza che la sede naturale di composizione dei conflitti interni all’ordinamento non possa essere altra se non quella del bilanciamento tra diritti. Solo tramite tale operazione, invero, può addivenirsi a quella coesistenza tra differenti esigenze che altro non è, a ben vedere, se non il paradigma del moderno stato sociale democratico (non sorprende, quindi, che il bilanciamento sia stato definito come “garanzia giurisdizionale della Costituzione”¹⁹).

In tema di affettività in carcere, non è difficile individuare i termini dell’operazione, tali essendo – da un lato – il diritto del detenuto a preservare i propri legami affettivi nonostante la privazione della propria libertà personale, e – dall’altro lato – le esigenze general-preventive della collettività.

Più complesso, invece, è comprendere cosa realmente si collochi sui rispettivi piatti della “bilancia”. Ad uno sguardo più approfondito, il diritto del detenuto assume significati ulteriori, dotati di numerose sfaccettature e maggiori criticità.

3. (Segue): il diritto all’affettività come diritto poliedrico.

Sono ormai innumerevoli gli studi che hanno contribuito a disvelare il rapporto diretto esistente tra sessualità, autodeterminazione e dignità umana²⁰. Non a caso

¹⁷ Corte cost., *sent. cit.*

¹⁸ Pur non essendo questa la sede per una disamina approfondita della decisione in parola, vale comunque la pena sottolinearne i passaggi chiave. La Corte ha infatti rigettato la q.l.c. postale dal giudice *a quo* per numerose, differenti ragioni. Preliminarmente, la stessa ordinanza di remissione appariva priva di quei requisiti minimi formali e sostanziali (tra cui il criterio c.d. della rilevanza) tali da poter superare il vaglio di ammissibilità. In secondo luogo, pur non essendone vincolata la Corte ha deciso di addentrarsi nel merito della questione, chiarificando che innanzitutto la norma oggetto del giudizio persegue “*finalità generali di tutela dell’ordine e della sicurezza all’interno degli istituti penitenziari*” e non mira, quindi, ad impedire in modo specifico i rapporti affettivi intimi con il *partner*. In secondo luogo, poi, una decisione di accoglimento sarebbe stata comunque impossibile, in quanto “*l’esigenza di consentire ai detenuti di praticare attività sessuali con il coniuge o con il convivente non sarebbe soddisfatta dalla semplice ablazione della norma in esame*”, essendo invece necessaria “*una disciplina che stabilisca termini e modalità di esplicazione del diritto*” (nei cui confronti il legislatore gode di una discrezionalità pressoché assoluta, tanto da escludere anche la possibilità di una mera additiva di principio).

¹⁹ A. MORRONE, *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, voce in *Enciclopedia del diritto*, Annali, Milano, 2008.

²⁰ *Ex multis*, D. CLEMMER, *The Prison Community*, Christopher Publishing House, Boston, 1940; G. SYKES, *The society of captives*, Princeton University Press, 1958; F. CERAUDO, *La*

l’O.M.S. ha definito la “*salute sessuale*” come “*l’integrazione degli aspetti somatici, emotivi, intellettuali e sociali dell’essere sessuato, in modo che arricchiscano positivamente e sviluppino personalità, comunicazione e amore*”²¹. In altre parole, costituisce violazione della salute e della dignità individuale anche (ed *a fortiori*, potrebbe aggiungersi) una violenza che, pur non prettamente fisica, vada a minare il nucleo fondante dell’individualità soggettiva.

Costretto ad una prolungata e forzata astinenza sessuale, di fronte all’impossibilità di sopire definitivamente un istinto che – per quanto culturalmente sommerso – è parte ineliminabile della natura umana, l’individuo in carcere genera meccanismi di autodifesa e di adattamento all’ambiente, prima cercando nell’autoerotismo un soddisfacimento che non potrà tuttavia mai essere definitivamente appagante e poi sviluppando una “*omosessualità indotta*”, modellata dalla costrizione, dunque innaturale e causa di depersonalizzazione. Da eterosessuale a omosessuale, non per libera scelta ma quale forma di sopravvivenza: evidenti le possibili ricadute sul piano individuale, psicologico e relazionale. Anche per questo, già nel 1985 la Corte costituzionale elevava l’identità sessuale del soggetto ad “*aspetto e fattore di svolgimento della personalità*”²². Come spesso accade in simili casi, insomma, assumere come chiave di lettura la privazione del diritto (e le conseguenze da questa ipoteticamente derivanti) permette di accostarsi al tema non in termini di “privilegio” quanto, piuttosto, di esigenza reale, imprescindibile sul piano di un trattamento carcerario concretamente modellato sul principio di umanità e di dignità.

A confutare la rilevanza delle posizioni giuridiche soggettive dei detenuti intervengono, sul versante opposto, le richieste della collettività. In parte perché poco avvezza a temi che sfuggono alla quotidianità, in parte perché – consapevolmente o meno – continua in essa a sopravvivere l’idea della carcerazione come “punizione”, di per sé necessariamente afflittiva, la società esterna fatica a soppesare le esigenze dei detenuti, privilegiando un atteggiamento di diffidenza e di respingimento di ciò che avviene tra le mura degli istituti penitenziari. Dimenticando, spesso e volentieri, il ruolo giocato dal finalismo rieducativo in materia di prevenzione speciale e, in una prospettiva di più ampio respiro, di prevenzione generale (scriveva Baratta che “*garantire la sicurezza dei diritti è il miglior modo per assicurare anche il c.d. diritto alla sicurezza*”)²³.

La questione si complica ulteriormente quando si tratti del c.d. regime di “carcere duro”, inizialmente introdotto nell’ordinamento come misura provvisoria

sessualità in carcere: aspetti ambientali, psicologici e comportamentali e A. SOFRI, *Note sul sesso degli uomini prigionieri*, in A. Sofri, F. Ceraudo, *Ferri Battuti*, Pisa, 1999.

²¹ W.H.O., *Education and treatment in human sexuality. The training of health professionals. Report of a WHO Meeting (WHO Technical Report Series, No. 572)*, Ginevra, 1975.

²² Corte cost., sent. n. 161/85.

²³ A. BARATTA, *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?*, in M. Palma, S. Anastasia (a cura di), *La bilancia e la misura*, Milano, 2001.

GIURISPRUDENZA PENALE WEB, 2019, 2-BIS - “AFFETTIVITÀ E CARCERE:
UN BINOMIO (IM)POSSIBILE?”

determinata dalle contingenze, salvo poi essere recepita e codificata in via definitiva. Trattasi, come noto, di un ordine di situazioni in cui le esigenze di tutela della collettività si fanno più pressanti ed esigono maggiore rigore nella concreta modalità di espiazione della pena inflitta al condannato. Ciononostante, è pur vero che l’istituto del “41-bis” trova la sua *ratio* nella volontà, da parte del legislatore, di privare il *reo* di canali comunicativi con l’organizzazione di appartenenza²⁴, ed è unicamente a tale obiettivo che deve essere improntata la relativa disciplina carceraria. Con la conseguenza che ogni privazione o limitazione imposta al soggetto, ancorché non strumentale a tale esigenza, si risolve, inevitabilmente, in un *quid pluris* di pena, gratuitamente afflittivo e –per ciò solo – estraneo al concetto costituzionale di rieducazione (perciò, in definitiva, degradante).

Vi sono poi casi, tra cui quelli relativi a minori, in cui il diritto del detenuto diviene diritto (ed interesse) di un soggetto esterno, su cui la vita carceraria si riverbera. Vero è che un certo grado di assenza della figura genitoriale, quando questa sia ristretta, appare ineliminabile, purtuttavia non deve dimenticarsi che la cesura degli affetti rischia, su un soggetto di minore età, di avere conseguenze esponenziali (e merita, quindi, una protezione *ad hoc* da parte dell’ordinamento, cui compete il dovere di tentare di arginare per quanto possibile le condizioni pregiudizievoli derivanti da una sfera affettiva “mutilata”, anche in un’ottica tesa a privilegiare gli interessi del minore, o comunque del legame genitoriale e materno, piuttosto che le esigenze punitive statali).

Altro esempio della diffusività della negazione istituzionale dell’affettività è costituito dai c.d. “matrimoni bianchi” in carcere, mai consumati a causa dello stato detentivo in cui versa uno dei due coniugi. Il tema, coniugandosi con quello – già citato – della detenzione ai sensi del “41-bis”, è recentemente giunto sino alla Corte di Cassazione, senza tuttavia trovare nel giudice di legittimità alcun terreno fertile: con la sent. 882/16, la Prima Sezione penale ha negato ad un detenuto in regime di carcere duro di poter godere di un permesso per consumare il matrimonio, ponendo l’accento sul carattere emergenziale che assume nel nostro ordinamento il c.d. “*permesso di necessità*”²⁵.

²⁴ L’istituto del “41-bis” viene definita dalla Corte costituzionale come una misura “*volta a far fronte a specifiche esigenze di ordine e sicurezza, essenzialmente discendenti dalla necessità di prevenire ed impedire i collegamenti fra detenuti appartenenti a organizzazioni criminali, nonché fra questi e gli appartenenti a tali organizzazioni ancora in libertà*” (Corte cost. n. 376/97).

²⁵ In particolare, secondo la Corte di Cassazione, “*l’esercizio dell’affettività, inteso come espressione della sessualità, allo stato della normativa vigente è assicurato al detenuto dal permesso premio e non dal permesso cosiddetto di necessità, che l’interessato ha invocato anche al fine di evitare l’annullamento del matrimonio per mancata consumazione*”. Permesso, quello di cui all’art. 30 OP, la disciplina del quale “*rientra nella discrezionalità propria del legislatore*”, al cui interno si collocano anche i presupposti e le concrete modalità di fruizione dell’istituto in parola.

Nondimeno, la sessualità in carcere porta con sé la questione del diritto alla salute nelle forme del bilanciamento “intra-valore”, declinato come il contrasto esistente tra “*la dimensione soggettiva e la dimensione oggettiva di interessi afferenti ad uno stesso valore*”²⁶, e di cui l’art. 32 Cost. ne è un esempio lampante, anche quando inserito nella dimensione carceraria. Così, assumendo come dato acquisito l’esistenza di un diritto alla sessualità da parte del detenuto, pare di conseguenza difficile non riconoscergli altresì un diritto soggettivo ad avere rapporti sessuali protetti. Correlativamente, il medesimo diritto assume un profilo di più ampio spettro quando si riverbera sulla comunità carceraria nel suo complesso, alla quale certamente compete la rivendica di un diritto alla salute quale interesse primario della collettività, da raggiungersi anche tramite misure preventive – tra cui i profilattici – del resto analoghe a quelle presenti nella comunità territoriale *extra moenia*.

4. Brevi cenni *de iure condendo*. Il “minimo vitale” come aspirazione finalistica dell’ordinamento.

Il grado di articolazione delle possibili ramificazioni del diritto all’affettività in carcere permette di comprendere facilmente perché l’apporto giurisprudenziale, per quanto sempre più significativo anche nei paesi di *civil law*, sia ben lungi dal potersi definire risolutivo. Gli aspetti problematici, d’altronde, appaiono eccessivamente numerosi e diffusi per poter sperare nell’efficacia di una regolazione costituita unicamente da silenzi normativi e interventi giurisprudenziali, tanto più ove si consideri l’atteggiamento di *self-restrain* tipico delle massime Corti (di cui è uno strenuo sostenitore anche il Giudice delle leggi italiano, costantemente attento a non travalicare il limite della discrezionalità legislativa. In tal senso, la citata 301/2012 ne costituisce uno degli esempi più chiari, seppur non l’unico)²⁷.

Posto che non sia (più) possibile parlare dell’affettività in carcere in termini di “concessione” al singolo individuo, pena una di per sé evidente negazione del “diritto” (tale essendo unicamente quella posizione giuridica soggettiva direttamente rivendicabile nei confronti dei soggetti esterni, in termini di propria autonoma spettanza), è naturale spostarsi dal piano del mero riconoscimento teorico (per quanto autorevole), a quello, maggiormente pratico, dell’inserimento di tale diritto nell’ordinamento positivo.

L’istituzione del Garante per i diritti dei detenuti costituisce, in proposito, una novità da salutare con favore. Pur con le lungaggini proprie della politica nostrana (la nomina del Collegio e la costituzione dell’Ufficio risalgono ormai al 2013),

²⁶ A. MORRONE, *op. cit.*

²⁷ In tema di politica criminale può ricordarsi, a titolo meramente esemplificativo, la n. 15/82, in cui la Corte, astenendosi da qualsiasi giudizio nel merito, offre un vivido esempio del funzionamento del sistema c.d. “*checks and balances*”.

l’Organismo in questione potrà comunque, se dotato degli strumenti a ciò necessari, garantire una maggiore effettività alle istanze migliorative della condizione intramuraria (rientrano nella competenza del Garante, infatti, tutte le forme di privazione della libertà).

Si potrebbe valutare, poi, accanto alla possibilità di visite ai famigliari prive di sorveglianza (misura, invero, fortemente caldeggiata anche tra i tavoli di lavoro degli Stati Generali sull’Esecuzione Penale, sul modello di quanto fu all’epoca respinto dal Consiglio di Stato, v. *infra* § 5), anche una fruibilità privilegiata di tali permessi da parte di quei detenuti che non possono godere degli istituti “tradizionali” tra cui quello previsto dall’art. 30-ter OP, cercando così di contemperare le esigenze di entrambe le categorie, ottimizzando spazi e personale disponibile.

Vale certamente la pena segnalare, sul punto, la recente introduzione nel carcere di Milano Opera delle c.d. “stanze dell’affettività”, collocate all’interno dell’istituto penitenziario e nelle quali alcuni detenuti possono trascorrere una intera giornata con i propri famigliari, senza controllo visivo. Di notevole interesse sono inoltre i presupposti di accesso all’unità abitativa, relativi non tanto ad una supposta meritevolezza del condannato quanto alle necessità del nucleo familiare: un rovesciamento di prospettiva affatto banale, che evidenzia come si tratti non di un premio o di una concessione, ma del riconoscimento di un diritto. Nessuna preclusione dovrebbe neppure sussistere in base al tipo di reato per cui il soggetto risulta ristretto, trattandosi di una prerogativa direttamente afferente alla propria individualità ed in quanto tale comprimibile unicamente per determinate ed accertate esigenze di sicurezza (non catalogabili a priori in base al solo titolo di reato della condanna in esecuzione)²⁸.

Particolarmente interessante era la proposta, introdotta dagli Stati Generali dell’esecuzione penale, di fornire al detenuto un “peculio di libertà”, costituito da una manciata di giorni all’anno usufruibili da parte del soggetto ristretto, e la cui gestione sarebbe stata rimessa al detenuto stesso (anche in ottica di maggiore responsabilizzazione individuale).

²⁸ Salvo, proprio in virtù di quanto illustrato, il caso dei c.d. *sex offenders*, in cui – come facilmente intuibile – la limitazione del diritto all’affettività nel proprio “contenuto essenziale” ben potrebbe essere giustificata da necessità di tutela dei soggetti che si dovrebbero relazionare con il *reo*. Anche in questo caso, tuttavia, sono numerosi gli aspetti che meriterebbero ben altro tipo di approfondimento (si pensi, a titolo meramente esemplificativo, al caso in cui l’incontro fosse voluto non dal soggetto ristretto quanto dal relativo *partner*: come coniugare, in quel caso, esigenze di tutela con la libertà di scelta, se consapevole?). Percorsi di assistenza ai *sex offenders* sono in corso, ancora in via sperimentale, a Milano, nel carcere di Bollate, ove si pone l’accento sulla apparente inconciliabilità tra la sfera aggressiva e quella delle fragilità morali dei *sex offenders*. Sulla possibilità di operare una compressione del diritto del detenuto, seppur non con espresso riferimento ai *sex offenders*, solo in presenza di comprovate esigenze di ordine e sicurezza, Cass. Pen. n. 6754/2003.

Un ruolo di primo piano dovrebbe venire svolto dagli operatori – anche volontari – dell’area socio-psico-pedagogica, nonché, per gli stranieri, dai mediatori culturali²⁹. Sarebbe inoltre necessario, non essendo i ristretti un gruppo omogeneo, stabilire una disciplina improntata al principio di sussidiarietà nelle decisioni, così da permettere una migliore adesione (fattuale, e non meramente programmatica) al caso concreto. Per ciò che concerne la possibilità di agire sul fronte extra-carcerario, implementando le misure alternative alla detenzione, ci si può limitare a segnalare – non senza rammarico – che la maggior parte delle proposte di riforma, studiate dagli Stati Generali e recepite nel primo testo della riforma Orlando, non è sopravvissuta ai successivi avvicendamenti governativi e non ha trovato alcuno spazio, com’era prevedibile, nel testo finale della legge sull’ordinamento penitenziario³⁰.

Non vi è comunque più alcun dubbio, né in dottrina né tantomeno in giurisprudenza³¹, sulla necessità di addivenire ad un impianto normativo che possa garantire effettività all’affettività, incidendo sulle modalità di esecuzione ed espiazione della pena, e segnatamente sulle condizioni di durata e luogo degli incontri affettivi.

Il che porta ad una consapevolezza: l’insufficienza, nel caso di specie, della nozione di “*contenuto essenziale*” del diritto. Tale è, infatti, quella “*misura minima al di sotto della quale si determinerebbe, con elusione dei precetti costituzionali, la violazione del diritto*”³², e la cui protezione risiede saldamente nelle mani del Giudice delle leggi. Tuttavia, se è vero che l’operazione di bilanciamento assume come limite invalicabile il contenuto essenziale di ognuno dei termini oggetto del giudizio (riassumibile nel brocardo per cui “*è ammissibile la compressione del diritto, ma non il totale sacrificio dello stesso*”), è però altrettanto vero che vi sono casi – e il diritto all’affettività pare essere uno di questi – in cui la (sola) salvaguardia del nucleo essenziale del diritto ne assicurerebbe la tutela costituzionale, ma, al contempo, renderebbe il diritto stesso inadeguato per il raggiungimento dello scopo ultimo (che, si noti bene, non è la tutela dell’affettività fine a sé stessa, bensì – tramite questa – la tutela della dignità e la funzione

²⁹ Ci si permette, sul punto, di rinviare alla relazione finale degli Stati Generali, parte settima, par. 3.2 e 3.3.

³⁰ Tra le opportunità offerte dalla legge delega e non sfruttate dai Decreti legislativi 123 e 124 del 2018 spiccano altresì, in negativo, il mancato potenziamento dell’assistenza psichiatrica e quello – per quanto maggiormente qui rileva – del diritto all’affettività.

³¹ *Ex multis*, Cass. Pen. sent. n. 6754/2003, nelle cui righe gli Ermellini hanno espressamente riconosciuto i rapporti affettivi come “*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*”.

³² Corte cost., sent. n. 27/1998.

risocializzante della pena, in un’ottica nella quale i diritti “*siano davvero occasioni per costruire vite dignitose*”³³.

La nozione cui si deve tendere appare quindi essere non quella di contenuto essenziale del diritto, ma quella di “minimo vitale”, con ciò intendendosi il diritto (tutelato nel suo nucleo e) corredato da un *quid pluris*, costituito dalle prestazioni necessarie alla realizzazione della personalità e della dignità³⁴. Solo così si potrà addivenire ad un sistema che, in breve, possa realizzare una detenzione dignitosa e possa, altresì, effettivamente dirsi socialmente costruttivo, in grado di adempiere al proprio compito di reinserimento e riclassificazione del detenuto nella società.

5. Perché non ci riusciremo: cause apparenti e cause reali.

A ben vedere, oltre alle “prevedibili inerzie culturali” e alle “rigidità strutturali e organizzative”³⁵ due paiono essere i principali ostacoli che tutt’oggi impediscono la realizzazione di quanto – in parte – è già stato raggiunto da numerosi altri Paesi, anche extra-UE, e che l’ordinamento penitenziario italiano si trova dunque a dover affrontare.

Innanzitutto, il muro economico. Anche il diritto all’affettività – come d’altronde tutti i diritti, e non solo quelli di prestazione³⁶ – è necessariamente sottoposto alla c.d. riserva del possibile (per cui, come noto, all’infinita dei diritti corrisponde la finitezza delle risorse disponibili). Ben può dirsi, quindi, che anche tale diritto sia incondizionatamente condizionato alle possibilità di spesa dello Stato, con cui anche il più ottimista e volenteroso dei riformatori sarebbe costretto a confrontarsi. L’adeguamento dell’universo carcerario a bisogni tanto strutturati implicherebbe l’utilizzo di un quantitativo di risorse a dir poco ingenti (una cui stima, pur approssimativa, pare essere materia troppo sottile per essere trattata di passata, e

³³ In tema di “*capabilities approach*” si veda, su tutti, M. C. NUSSBAUM, A. SEN., *The Quality of Life*, Oxford University Press, Oxford, 1993.

³⁴ L’espressione è presa in prestito dalla giurisprudenza costituzionale tedesca (tra le altre, *BVerfGE*, 1 *BvL* 1/09; *BvL* 3/09; *BvL* 4/09), che ne ha tratteggiato i contorni in relazione al rapporto tra diritti sociali e *welfare state*. Sul rapporto tra diritti sociali e bilancio nel panorama tedesco si vedano, tra gli altri, V. NEUMANN, *Menschenwürde und Existenzminimum*, Antrittsvorlesung, 1994; P. HÄBERLE, *Stato costituzionale*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 2000; F. PEDRINI, *La sistematica della costituzione finanziaria tedesca e i suoi sviluppi giurisprudenziali*, in *La costituzione finanziaria*, A. Morrone (a cura di), Torino, 2015.

³⁵ G. GIOSTRA, in qualità di Coordinatore Scientifico degli Stati Generali dell’esecuzione penale, in *Che fine hanno fatto gli Stati generali?* (a cura di), in *Dir. pen. cont.*, 2017.

³⁶ Sul punto si veda esemplificativamente M. LUCIANI, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant’anni della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC* n. 3/2016; e già M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in *Rivista AIC*; S. HOLMES - C.R. SUNSTEIN, *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, New York-London, W.W. Norton, 1999, trad. it. di E. CAGLIERI, *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, Bologna, 2000.

per la cui analisi, comunque, non è questa la sede). Basti pensare, a titolo puramente esemplificativo, a come nel corso degli ultimi anni l’attività del legislatore si sia concentrata nel trovare numerosi e differenti motivi per diminuire il numero dei detenuti (“indulto”; “svuotacarceri”) piuttosto che nel varare progetti di riqualificazione delle strutture penitenziarie (ed anche in questo caso, come troppo spesso accade, vi sono pochi dubbi sul fatto che si sia scelto di percorrere, molto banalmente, il sentiero più semplice). In poche parole, i soldi per gli investimenti, quando non sono del tutto assenti, scarseggiano a tal punto che il loro sapiente utilizzo implicherebbe un’ottimizzazione delle modalità di riparto della spesa e di allocazione delle risorse. Esigenze dalle quali la macchina statale pare ancora eccessivamente distante. Qualcuno potrebbe far notare, tuttavia, come le risorse economiche, pur se non immediatamente a disposizione, siano comunque sempre disponibili, *in primis* tramite il ricorso al *deficit*. Vero solo in parte. Da un lato, gli (auto)vincoli³⁷ introdotti dalla L. cost. 1/2012 impediscono il ricorso a politiche keynesiane disinvolte, cui nei decenni precedenti si era fatto ricorso più o meno costantemente, dall’altro – e contemporaneamente, proprio per le limitazioni di cui si fanno portatori pur non impedendo *in toto* il ricorso all’indebitamento – obbligano gli organi decisionali a scelte consapevoli, sulla base di un giudizio di priorità (il che porta, *v. infra*, al secondo problema). La risultante di tali fattori è una evidentissima sfasatura tra l’attenzione suscitata dall’affettività intramuraria negli addetti ai lavori e la pochezza dei risultati con cui la stessa sembra destinata a scontrarsi nella realtà, schiacciata dal freno economico. In buona sostanza, quindi, la – vera o apparente che sia – assenza di risorse economico-finanziarie assume una rilevanza tale che potrebbe ragionevolmente apparire, almeno *prima facie*, come la principale causa del mancato adeguamento dell’ordinamento penitenziario italiano alle istanze di umanizzazione della pena.

Nulla esclude, tuttavia, che in un prossimo futuro si riesca ad arginare gli effetti della negativa congiuntura economica, o che comunque questa affievolisca le proprie, strette, maglie, regalando ai governi un maggior spazio di manovra. Per quanto insuperabile, quindi, rimane pur sempre un problema temporalmente determinato, in definitiva superabile, e quindi “apparente”.

Il secondo ostacolo ad una piena realizzazione del diritto all’effettività nelle carceri italiane è invece fonte di criticità – e preoccupazioni – maggiormente profonde, principalmente dovute alle evidenti difficoltà di instaurazione di un dialogo partecipativo sul tema con il legislatore.

Anche a fronte delle notevoli pressioni, esogene e di provenienza interna, cui è stato sottoposto, colui che dovrebbe essere il promotore delle istanze di rivendicazione sociale sembra aver deciso, al contrario, non solo di fuggire tale

³⁷ G. RIZZONI, *Il “semestre europeo” fra sovranità di bilancio e autovincoli costituzionali: Germania, Francia e Italia a confronto*, in *Rivista AIC*, n. 4/2011.

ruolo, bensì di rifiutare (talvolta, apertamente)³⁸ anche la posizione di interlocutore privilegiato di giurisprudenza e dottrina, la cui attività appare ridotta – davanti all’immobilismo legislativo sul tema – a mera comparsa priva di efficacia. Una vivida fotografia di tale situazione risiede nell’ipersemplificazione del linguaggio politico, in cui il carcere viene oramai accostato unicamente ad esigenze repressive, divenute la prima (invece che l’ultima, estrema, *ndr*) risposta alle fonti di allarmismo ed alle conseguenti istanze di sicurezza sociale (con buona pace di un sistema sanzionatorio “socialmente costruttivo”)³⁹. La recente riforma del codice penale ha inasprito le pene per i reati c.d. “minori”, operando una scelta di politica criminale che – indipendentemente dai giudizi, anche soggettivi, cui potrebbe prestarsi – si caratterizza sicuramente come una scelta netta e perentoria. *Rebus sic stantibus*, non stupisce affatto che un tema così sfaccettato come il diritto all’affettività e alla sessualità in carcere, suscettibile di letture anche tra loro antitetico e controverse, non trovi spazio nell’attuale dibattito politico.

Ne sono dimostrazione i numerosi progetti di legge che in Parlamento sono nati e naufragati. Tra le poche eccezioni che non si sono semplicemente arenate tra gli scranni dell’Assemblea può ricordarsi, per il grado di innovazione di cui era portatrice, la proposta relativa all’introduzione, tramite l’art. 61 OP, di un permesso *ad hoc* che avrebbe consentito al detenuto di trascorrere con i propri famigliari e/o *partners* fino a 24 ore continuative in apposite unità immobiliari, sorvegliate solo esternamente. Una pietra tombale alla proposta fu comunque messa dal parere sfavorevole del Consiglio di Stato, il quale ebbe a evidenziarne la sostanziale irrealizzabilità “*stante il forte divario tra modello trattamentale teorico e inadeguatezza del carcere reale*”⁴⁰ (il che, a ben vedere, conferma la perniciosità della risultante tra il fattore economico e quello della latitanza, e/o del negazionismo, legislativo). Ricorrendo ancora alla Consulta può ricordarsi, a titolo esemplificativo, la 279/2013, in cui la Corte, chiamata a pronunciarsi sulla

³⁸ Ne sono dimostrazione gli ultimi Decreti legislativi approvati sul tema (D.Lgs. 123 e 124 del 2018), nei quali – pur essendosi previste, ad onor del vero, alcune disposizioni finalizzate ad un generale miglioramento della quotidiana qualità della vita detentiva – viene comunque espressamente dichiarato che trattasi di “*un testo diverso, nelle opzioni di fondo, rispetto al precedente, con conseguente superamento dell’assetto complessivo della riforma reso oggetto dei pareri contrari*”, caratterizzato dalla “*scelta di mancata attuazione della delega nella parte complessivamente volta alla facilitazione dell’accesso alle misure alternative e alla eliminazione di automatismi preclusivi*” (oltre che per quanto attiene all’affettività e non solo, v. *supra*).

³⁹ Sull’importanza della percezione collettiva delle riforme penitenziarie si veda G. GIOSTRA, *La riforma della riforma penitenziaria: un nuovo approccio ai problemi di sempre*, in *Costituzionalismo*, 2015. Il tema del necessario ritorno al carcere come *extrema ratio* ordinamentale viene toccato anche dagli Stati Generali (Parte prima, cap. 4., Linee per una riforma); mentre l’Associazione Antigone parla di “*riflesso pavloviano*” in riferimento alla tendenza del ricorso alla soluzione carceraria.

⁴⁰ Parere del Consiglio di Stato, n. 61 del 17 aprile 2000.

(mancata) affettività dei detenuti in carcere, specificò – tramite quella che è stata definita una “incostituzionalità accertata ma non dichiarata”⁴¹ – come non fosse più tollerabile “*l’eccessivo protrarsi dell’inerzia legislativa in ordine a tale grave problema*”.

E ciò, si noti, non accade per un mero fatto di priorità (il che sarebbe, sotto il profilo formale, non criticabile). Piuttosto, l’attuale stato di salute dei processi decisionali depone per una scelta deliberata e consapevole, in cui i principali interlocutori democratici (i partiti) hanno deciso di impostare la propria attività sulla base di rendite di posizione. Vero è che la democrazia ha sempre mostrato “*una certa parzialità nei confronti del presente*”⁴², tuttavia, nel tema in parola lo sguardo del tempo corrente sembra rivolto, più che altro, al passato. Quel medesimo passato che, con la riforma del 1975, si era tentato di modificare.

L’assenza di interlocutori istituzionalmente credibili e una generale deresponsabilizzazione governativa appaiono, in tal senso, ostacoli di gran lunga maggiori della (semplice) carenza di risorse economiche disponibili. L’impegno a rendere più “umana” e meno afflittiva la pena per il detenuto, per non parlare della possibilità di introduzione e regolamentazione dell’atto sessuale in carcere o della “concessione” di alcuni “privilegi” al regime di 41-*bis* OP sono, in tutta evidenza, argomenti elettoralmente difficili, portatori di una forza mediatica che – loro malgrado – rivitalizza una concezione prettamente punitiva della pena da cui il sentimento popolare non sembra essersi mai veramente affrancato, offuscandone contemporaneamente i precipi caratteri di riclassificazione sociale e reinserimento nella società del detenuto. Trattasi, quindi, di tematiche nei cui confronti risulta spesso più facile – e conveniente – l’assunzione di un atteggiamento diffidente, quando non apertamente avverso. Con il rischio, in parte già concretizzatosi, di ridurre progressivamente il confronto parlamentare ad una voce unica, prima causa del silenzio normativo sul tema.

Stando così le cose, allo stato attuale (nonché nel prossimo futuro), un cauto pessimismo è probabilmente sinonimo di realismo. Dal necessario rinnovamento culturale e politico al piano infrastrutturale, organizzativo, di formazione ed istituzionale, gli sforzi richiesti ai differenti attori (tra cui, come visto, *in primis* al legislatore) paiono essere troppi e troppo grandi. Invero, mai come oggi – specie per poter avviare un sereno confronto su un tema così particolare e a suo modo controverso – servirebbero una rivitalizzazione del processo democratico e un ripensamento generale degli istituti partecipativi, in ottica di sensibilizzazione politica e, in ultima istanza, di giustizia sociale.

⁴¹ A. RUGGERI, *Ancora una decisione d’incostituzionalità accertata ma non dichiarata (nota minima a Corte cost. n. 279 del 2013, in tema di sovraffollamento carcerario)*, in *Consultaonline*, 2013.

⁴² R. BIFULCO, A. D’ALOIA (a cura di), *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Napoli, 2008.