

**Affetti e carcere:
prospettive intramurarie di riforma
nel bilanciamento tra esigenze di tutela contrapposte**

di *Carola Olivo**

SOMMARIO: 1. I contatti con il mondo esterno e la famiglia quali elementi del trattamento. – 2. La dimensione premiale del diritto alla conservazione degli affetti. – 3. Affettività negata, tra bisogno di sicurezza e umanizzazione della pena. – 4. La censura del controllo a vista in prospettiva dei colloqui intimi. – 5. Il principio di territorialità della pena in chiave di tutela delle relazioni affettive – 6. Pro e contro della riforma: *de iure condendo*.

1. I contatti con il mondo esterno e la famiglia quali elementi del trattamento.

I contatti con il mondo esterno e *in primis* i rapporti con la famiglia rappresentano il «biglietto da visita» di un ordinamento penitenziario che persegue l'obiettivo del reinserimento sociale del detenuto, ragion per cui particolare attenzione viene dedicata alla loro cura, muovendo dalla consapevolezza dell'importanza che questa ricopre nel difficile quadro della vita detentiva.

E' di intuitiva rilevanza, infatti, come una valida conservazione, finanche il recupero, della rete affettiva costituisce indicatore della possibilità di successo dell'opera di rieducazione del condannato, sicché i rapporti con il nucleo familiare rilevano quali elemento centrale non solo del trattamento penitenziario ma anche della risocializzazione in quanto è innegabile come questo rappresenti spesso il caposaldo da cui ripartire una volta espia la pena¹.

Chi infatti meglio della famiglia, e non solo quella giuridicamente intesa, è in grado di ricoprire un ruolo di sostegno capace di lenire, per quanto possibile, le sofferenze derivate dalla permanenza nei luoghi di detenzione.

Dare perciò concretezza al principio generale del *favor familiae* significa riconoscere in capo ad ogni detenuto il diritto al mantenimento delle relazioni personali quale situazione giuridica soggettiva², il cui mancato esercizio si pone in

* Laureata presso l'Università degli Studi di Genova; tirocinante ex art. 73 D.L. n. 69/2013 presso il Tribunale di Genova.

¹ Cfr. F. SIRACUSANO, *Commento all'articolo 28*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, a cura di F. DELLA CASA, G. GIOSTRA, Padova, 2015, pp. 331 e 332.

² Il diritto al mantenimento dei contatti con il mondo esterno, il quale si traduce nel diritto all'affettività, rientra in una serie di situazioni soggettive attive e passive tali per cui i diritti che lo Stato concede ai soggetti ristretti non sono da intendersi come una mera concessione, bensì concretizzano veri e propri diritti inviolabili dell'uomo, così come sancito dall'articolo 2 della Costituzione, e il cui godimento non può essere escluso in ragione dello

contrasto sia con le norme costituzionali poste a tutela della persona e della famiglia (articoli 2, 29, 30 e 31 Cost.), sia con le fonti internazionali laddove viene riconosciuto ad ogni individuo il diritto al rispetto della propria vita privata e familiare (articolo 8 CEDU).

In questa prospettiva il fattore che senza ombra di dubbio gioca un ruolo fondamentale per il detenuto è quello emotivo e la relazione umana è proprio l'elemento che consente di non perdere il contatto con la realtà, in un ambiente che talvolta ha ben poco di umano.

Di qui nasce l'esigenza di riconoscere l'affettività quale esercizio del diritto personalissimo a coltivare relazioni familiari, affettive, sessuali e amicali con persone libere da annoverare tra i diritti fondamentali garantiti a tutti gli individui, di cui anche la persona ristretta gode, che in quanto tali sono definiti inviolabili e pertanto meritevoli di qualsivoglia forma di tutela; a riprova di ciò il Consiglio dei Ministri ha da poco approvato il decreto di riforma dell'ordinamento penitenziario contenente una modifica dell'articolo 1 il cui nuovo comma 3 stabilisce che «ad ogni persona privata della libertà sono garantiti i diritti fondamentali»³.

2. La dimensione premiale del diritto alla conservazione degli affetti.

I contatti con l'esterno si prestano ad essere considerati da una duplice angolazione, vale a dire sia analizzando i canali attraverso cui la società entra in carcere, sia esaminando gli istituti giuridici che consentono al detenuto di uscire temporaneamente dal carcere.

In un'ottica di esercizio del diritto all'affettività, si nota come l'ordinamento dispone di alcuni strumenti atti proprio a consentire un contatto diretto con il mondo esterno, di natura prevalentemente extramuraria.

Approcciando il delicato tema dell'affettività in carcere si può infatti facilmente riscontrare come, ad oggi, il concetto educativo e rieducativo per eccellenza sia quello della premialità, un importante principio che deve il suo ingresso nel panorama normativo italiano alla legge Gozzini del 1986, intervenuta a riformare la legge penitenziaria mediante l'introduzione della forma di incontro più diretta con i familiari, e non solo con questi, ossia l'uscita dei detenuti dalle strutture carcerarie⁴.

Va da sé che la possibilità di allontanarsi dai luoghi di detenzione incide positivamente in termini sia di vivibilità quanto di gestione penitenziaria, andando

stato detentivo salvo talune restrizioni alla libertà di esercizio degli stessi necessarie ai fini dell'espiazione della pena.

³ Si veda lo Schema di decreto legislativo recante riforma dell'ordinamento penitenziario, n. 39, 3 agosto 2018.

⁴ C. BRUNETTI, *Pedagogia penitenziaria*, in *Edizioni Scientifiche Italiane*, p. 303.

a ridimensionare grandemente il malcontento generale che contraddistingue ogni giornata in carcere.

Proprio e anche per questa ragione di tipo prevalentemente utilitaristico, il Ministero della Giustizia in più occasioni è intervenuto invitando le singole Direzioni a farsi parte attiva al fine di evitare, o quantomeno rimuovere, ogni indebito ostacolo al mantenimento di relazioni della persona ristretta con la società, prescrivendo alle stesse di «profondere ogni sforzo per ridurre, sin dai primissimi momenti di permanenza in carcere, il distacco fra il detenuto e il mondo esterno»⁵. Sono infatti i cosiddetti benefici penitenziari lo strumento più efficace per conservare quel valore affettivo di primaria rilevanza quale è la famiglia, nella sua accezione più ampia intesa⁶.

Il godere di tali benefici si concretizza innanzitutto con la possibilità di usufruire delle misure alternative alla detenzione che più di ogni altra cosa permettono un rapporto continuativo con l’ambiente esterno, nonché mediante l’accesso all’istituto dei permessi premio.

Questi ultimi vengono concessi dal Magistrato di Sorveglianza ai detenuti ritenuti meritevoli e sono finalizzati in primo luogo al mantenimento degli interessi affettivi; essi consentono infatti di riacciare periodicamente i rapporti umani, a partire da quelli familiari, attraverso la possibilità di trascorre un limitato periodo di tempo fuori dal carcere⁷.

Seppur tali meccanismi siano validi al fine della conservazione dei rapporti personali, non rappresentano una soluzione soddisfacente per risolvere il grave problema che da lungo tempo affligge il nostro Paese. E questo è facilmente dimostrabile, basta riflettere sull’etimologia della parola “beneficio” che in quanto tale richiede determinati presupposti di carattere oggettivo e soggettivo al fine di poterne usufruire, il che a sua volta è rivelatore della preclusione degli stessi a gran parte della popolazione detenuta.

In particolare l’articolo 30-ter ord. penit. detta i criteri per la fruizione del permesso premio stabilendo che ad esso possono accedervi solo i detenuti definitivi, ma non tutti, bensì quelli che abbiano espiato una determinata parte della pena, non siano socialmente pericolosi e che abbiano tenuto una regolare condotta nel corso della detenzione; regole analoghe, se non addirittura in taluni casi più rigide, sono previste per la concessione delle misure alternative.

⁵ In questi termini, v. circolare DAP in tema di interventi per ridurre il disagio derivante dalla condizione di privazione della libertà e per prevenire i fenomeni autoaggressivi, 24 aprile 2010, n. 0177644.

⁶ Si precisa, infatti, che dottrina e giurisprudenza sono ormai concordi, al fine di tutelare la sfera affettiva del detenuto, nell’adottare una nozione *lata* di famiglia volta al superamento della distinzione tra le situazioni di fatto e quelle di diritto.

⁷ Tratto da A. MATURO, *Stanze dell’amore in carcere: la situazione in Italia e nel mondo*, in www.studiocastaldi.it, 24 gennaio 2018.

Risulta quindi facile intuire come le prospettive extramurarie così delineate non siano sufficienti per rimediare alla cesura degli affetti individuali determinata dall’ordinamento giuridico mediante l’applicazione della misura detentiva.

Per sopperire all’assenza di affettività che, dato l’attuale esercizio premiale della stessa, affligge la quasi totalità delle persone detenute, entra in gioco la seconda forma di contatto diretto, vale a dire l’ingresso in carcere delle persone legate ai detenuti da un vincolo affettivo.

In questa prospettiva il principale strumento messo a disposizione dall’ordinamento è quello dei colloqui con i congiunti e con le altre persone, disciplinati dall’articolo 18 ord. penit., la cui fruizione prescinde dalla gravità del reato commesso e dall’impegno del detenuto a collaborare nell’attuazione del trattamento rieducativo per lui elaborato ai sensi dell’articolo 13 ord. penit.

L’obiettivo principale dell’Amministrazione Penitenziaria è infatti quello di fare in modo che la vita in carcere sia il più vicino possibile agli aspetti caratterizzanti la vita nella società libera evitandone un distacco netto; a tal fine si ritiene che incontri frequenti con le persone con le quali il ristretto abbia un legame affettivo giochino un ruolo insostituibile nel percorso di recupero del reo in ossequio al principio di umanizzazione della pena, a sua volta riconducibile alla tutela della famiglia.

In questi termini considerato l’istituto dei colloqui diventa espressione del più ampio diritto all’affettività, affermazione a partire dalla quale si è dato il via a un acceso dibattito dottrinale circa la natura giuridica dell’istituto stesso quale interesse legittimo o, diversamente inteso, come diritto soggettivo in virtù di quanto sancito dall’articolo 18 ord. penit. secondo cui «i detenuti e gli internati sono ammessi ad avere colloqui».

Fulcro della discussione è stata infatti l’interpretazione del concetto di «ammissione» tale per cui la maggior parte degli autori, ponendo l’accento sulla necessità di un provvedimento autorizzatorio ai fini della fruizione dei colloqui, ha dapprima concluso per l’esistenza di uno specifico potere dell’amministrazione con la conseguente degradazione della materia dei colloqui a interesse legittimo; una diversa opinione è stata espressa da chi invece ha riconosciuto ai detenuti un vero e proprio diritto soggettivo giacché tale lettura *in primis* «meglio tutela i diritti di libertà individuale», oltre al fatto che la suddetta autorizzazione è un provvedimento amministrativo in virtù del quale il potere dell’Amministrazione Penitenziaria si connota per «una sorta di discrezionalità tecnica, vincolata nei presupposti e nei fini»⁸.

Le SS.UU. hanno posto fine alla questione controversa con un intervento chiarificatore per mezzo del quale la Corte di Cassazione ha fatto propria

⁸ In questo senso Cass. pen. SS.UU., 26 febbraio 2003, Gianni, n. 25079, in *Cass. pen.*, 2003, p. 2961.

l’interpretazione secondo cui l’autorizzazione ad effettuare i colloqui si traduce in un mero potere-dovere dell’amministrazione stessa di accertare la sussistenza dei presupposti all’ammissibilità della richiesta sulla base di quanto stabilito dalla normativa vigente, riconoscendo quindi a tutti gli effetti la natura di diritto soggettivo ai colloqui *ex art. 18 ord. penit.*⁹.

Tale tesi pare seguire la posizione assunta dalla Corte costituzionale con la sentenza 26 del 1999, la quale ha stabilito che la tutela delle posizioni giuridiche soggettive dei detenuti, compreso quindi anche il diritto alla fruizione dei colloqui, deve essere assicurata «attraverso modalità di natura giurisdizionale».

3. Affettività negata, tra bisogno di sicurezza e umanizzazione della pena.

Sebbene sia stato riconosciuto un vero e proprio diritto ad incontrare i propri cari, altrettanto non si può dire in merito all’affettività, che in questo senso è qualificabile come diritto condizionato.

Ad una prima lettura delle modalità di svolgimento del colloquio visivo è intuitivo riscontrare come associare le parole “affetto” e “carcere” appaia un’impresa ardua da compiere, dal momento che gli incontri con i propri familiari sono ridotti a poche ore mensili da svolgersi in locali appositi in presenza di molti altri detenuti e dei loro rispettivi nuclei familiari, che si trovano in quella sala a pochi metri di distanza, il tutto sotto il costante controllo degli agenti di custodia che, sebbene non possano ascoltare le conversazioni, ne sorvegliano ininterrottamente lo svolgimento, pronti ad intervenire qualora notassero qualche movimento o atteggiamento non consentito dal regolamento¹⁰.

Ma il diritto alla conservazione delle relazioni affettive presuppone il riconoscimento della libertà di comunicare segretamente, tanto è vero che solamente modalità di contatto che assicurino la riservatezza della comunicazione possono consentire di sviluppare e mantenere legami affettivi il più normali possibile, legami che lo stesso Regolamento penitenziario europeo impone di tutelare statuendo come i regimi dei vari istituti debbano essere regolati e gestiti in maniera tale da conservarli e rafforzarli, sì da proteggere quegli «interessi umani» che lo stesso trattamento rieducativo tende a sostenere, vale a dire quelli familiari¹¹. Alla luce dell’attuale assetto normativo è possibile pertanto affermare che, seppur la legge penitenziaria riconosca il grande valore dei sentimenti, rispetto ai quali si pone in un’ottica di salvaguardia, tuttavia non riesce a garantire a pieno il

⁹ Si veda C. SANTINELLI, *Commento all’articolo 18, in Ordinamento penitenziario commentato, op. cit.*, p. 207.

¹⁰ L’articolo 37 del regolamento di esecuzione al comma 4 in questo senso stabilisce che «nel corso del colloquio deve essere mantenuto un comportamento corretto e tale da non recare disturbo agli altri».

¹¹ Così sancito nelle Regole penitenziarie europee, Parte quarta, regola n. 2.

mantenimento di quelle relazioni nonché gli spazi e le opportunità per l’esercizio del diritto all’affettività, con l’inevitabile conseguenza che il carcere viene visto come il luogo che annulla ogni forma di affetto nell’animo della persona detenuta e anche in quello della sua famiglia.

E lo strumento intramurario che sulla carta dovrebbe garantire il perseguimento dell’obiettivo di tutela delle relazioni umane, il colloquio visivo, allo stato degli atti è anche quello che non consente il contatto genuino ritenuto necessario per conservare gli equilibri affettivi e ricostruire in qualche misura frammenti di quotidianità familiare.

Il controllo visivo a cui è soggetto, come premesso, non permette la libera e piena espressione delle proprie emozioni, al contrario crea una forma di distacco che, col passare del tempo, si trasforma nella convinzione di non saper più amare, ingenerando negli interlocutori una sensazione di imbarazzo tale da rendere meccanica, finanche assente, ogni qualsivoglia dimostrazione di affetto oltre al malessere provato al momento del distacco e negli istanti immediatamente successivi ad esso.

La totale assenza di riservatezza senza alcun dubbio influisce negativamente sui rapporti personali laddove invece la carcerazione, in quanto situazione transitoria, dovrebbe incidere il meno possibile sul tessuto familiare e sociale in virtù del fatto che il trattamento deve essere improntato al fine di assicurare al ristretto la vicinanza e il sostegno dei propri cari¹², dovendosi pertanto concedere relazioni e spazi affettivi che tra le altre cose motivano e responsabilizzano il detenuto.

Se da un lato si sente l’esigenza di garantire una dimensione riservata e sebbene in primo piano vada posta la tutela dei diritti familiari, dall’altro la piena esplicazione degli stessi non può però essere assoluta o incondizionata.

Bisogna infatti tenere a mente che si è pur sempre in carcere, luogo in cui devono essere imposte rigide restrizioni, ragion per cui il bisogno di affettività va bilanciato con le esigenze di ordine e sicurezza che caratterizzano i singoli istituti, anche al fine di prevenire la commissione di reati.

La domanda che sorge quindi spontanea è se sia possibile conciliare le esigenze di sicurezza con il diritto all’affettività dei detenuti. Guardando al panorama internazionale, la risposta deve essere affermativa se 31 Stati su 47 componenti del Consiglio d’Europa autorizzano le visite affettive da effettuarsi in compagnia del proprio *partner*¹³.

In Italia però non sembra trovarsi una soluzione che garantisca il giusto temperamento tra le esigenze contrapposte di tutela della persona da un lato e quelle dell’ordinamento dall’altro.

¹² R. ORLANDO, *Una finestra aperta sulla libertà: colloqui e corrispondenza dei detenuti e internati*, in *Le Dispense dell’ISSP n° 8*, a cura di R. ORLANDO, M. NUZZOLO, p. 7.

¹³ A. MATURO, *op. cit.*

L’attuale assetto normativo sembra infatti protendere eccessivamente nel senso di non poter in alcun modo sottrarre i contatti con l’esterno al costante controllo a cui gli stessi sono soggetti, sacrificando inevitabilmente tutto ciò che riguarda le relazioni umane.

Di fronte ai due grandi obiettivi istituzionali, quello cioè del bisogno di sicurezza e quello del trattamento penitenziario informato alla umanizzazione e alla rieducazione della pena, è possibile affermare come l’ordinamento sembri contenere una serie di regole aventi quale fine l’autotutela istituzionale, piuttosto che la salvaguardia della dignità umana.

Appare quindi necessaria un’inversione del sistema penitenziario nel senso di riconoscere ciò che oggi non trova alcuna soddisfazione neppure nello strumento dei colloqui visivi.

Nel corso dello svolgimento di questi ultimi infatti non sono consentite espressione affettive come baci, carezze o abbracci, senza contare poi la totale negazione della sfera sessuale con riferimento alla quale ci si chiede se la stessa debba essere annoverata tra i diritti fondamentali al pari della mera affettività.

Ma la sessualità è in realtà parte integrante dell’affettività ed è uno stimolo umano, un desiderio legittimo che viene negato proprio nel momento in cui più che mai si sente il bisogno di essere amati e rassicurati¹⁴.

La dimensione affettiva a sua volta viene di per sé considerata un diritto che influisce direttamente sul corpo della persona ristretta e la cui mancata garanzia inevitabilmente va ad incidere sulle condizioni psicofisiche del soggetto, a tal punto che si è arrivati ad affermare come la negazione della sessualità e dell’affettività determini depressione, rabbia fino a sfociare in episodi di violenza¹⁵. Di qui ne deriva l’importanza che la sfera sessuale ricopre nella vita dell’individuo e ciò è avvalorato da quanto affermato già nel 1987 dalla Corte costituzionale, occasione in cui la Corte ha definito la sessualità come «uno degli essenziali modi di espressione della persona umana»¹⁶, tanto da arrivare a considerare l’astinenza sessuale forzata quale espressione di una pena degradante.

4. La censura del controllo a vista in prospettiva dei colloqui intimi.

Sulla scorta del valore attribuito all’affettività, quale insieme più ampio includente al suo interno quello della sessualità, anni dopo è stata sollevata una questione di

¹⁴ F. CERAUDO, *La sessualità in carcere: tra la patologia della rinuncia e la patologia della degenerazione*, da *Progetto Salute in carcere*, in www.ristretti.it.

¹⁵ Scientificamente è dimostrato come riconoscere l’affettività, unitamente alla sessualità, contribuisca a scaricare la tensione accumulata nel corso della detenzione, riducendo altresì la violenza intramuraria spesso causata dall’assenza di strumenti a disposizione dell’individuo per sfogare la propria rabbia.

¹⁶ Corte Cost., 18 dicembre 1987 (ud. 10 dicembre 1987), n. 561.

legittimità costituzionale nell'intento di ottenere, una volta per tutte, il riconoscimento della sfera affettiva intramuraria.

Nel caso di specie, a fronte della richiesta avanzata da un detenuto circa la possibilità di incontrare la propria moglie al di fuori degli stringenti limiti imposti dall'ordinamento in materia di colloqui, si era posto il problema con particolare riguardo alla conformità del secondo comma dell'articolo 18 ord. penit. al dettato costituzionale sotto diversi profili¹⁷.

Nello specifico, si riteneva che la previsione del perdurante controllo a vista sui colloqui *de visu* non consentisse la piena esplicazione dell'affettività; effettivamente ponendo lo sguardo su ciò che avviene quotidianamente nelle sale colloquio, il quadro che si prospetta è in una qualche maniera mortificante: sale sovraffollate in cui aleggia un persistente stato di frustrazione dei familiari condizionati nella loro libertà di espressione, ma soprattutto delle coppie che si trovano in imbarazzo a scambiarsi qualsiasi effusione dal momento che questa potrebbe venire mal tollerata dalle altre persone presenti, oltre che da coloro che sono preposti alla vigilanza.

A detta dello scrivente il mancato riconoscimento dell'espressione fisica dell'affettività, determinata proprio dal controllo visivo sui colloqui, sarebbe in contrasto non solo con il quadro normativo nazionale, ma anche con la «tendenza del regime penitenziario europeo»; il riferimento in tal senso è a quelle Raccomandazioni europee volte a migliorare le condizioni previste per le visite familiari attraverso la predisposizione di luoghi e modalità di incontro tali da facilitare i colloqui, anche intimi, sì da evitare un effetto umiliante nei soggetti interessati¹⁸.

Oltre che alla mancata conformità al dettame delle direttive europee, il tasso di eccessivo rigore a cui sarebbe improntato il regime dei colloqui visivi parrebbe sacrificare *in toto* la salvaguardia della coesione familiare, fattore che ha portato nel 2012 il Magistrato di Sorveglianza di Firenze a sollevare quattro eccezioni di incostituzionalità, relative alla violazione rispettivamente degli articoli 2 e 3, 27 comma 3, 29 e 31, 32 della Costituzione.

Quanto alla prima eccezione, si ritiene violata, da un lato, la norma relativa ai diritti inviolabili dell'uomo in ragione del fatto che il diritto del detenuto al rapporto sessuale, riconosciuto appunto come inviolabile, non può essere sacrificato solo in ragione dello stato detentivo, dall'altro, il principio di uguaglianza in virtù del mancato pieno sviluppo della persona, che con riferimento

¹⁷ La censura dell'art. 18, comma 2 ord. penit. è avvenuta mediante l'ordinanza di remissione del Magistrato di Sorveglianza di Firenze n. 132 del 27 aprile 2012.

¹⁸ Il riferimento è alla Raccomandazione n. 1340 (1997), alla Raccomandazione R(2006)2 e alla Raccomandazione del Parlamento europeo 2003/2188 in tema di diritto a una vita affettiva e sessuale.

ai soggetti ristretti si realizza anche mediante il mantenimento delle relazioni umane.

Con riferimento, invece, alla finalità risocializzante prevista dall’articolo 27 della Costituzione, l’astinenza sessuale imposta dal regime di cui all’articolo 18 ord. penit. porterebbe al ricorso a pratiche innaturali tali da ostacolare il pieno sviluppo della persona oltre che a risolversi in un trattamento valutabile come degradante e inumano, non consentendo altresì alla pena di assurgere alle proprie funzioni rieducative, le quali fanno principalmente affidamento al ruolo rivestito dalla famiglia nel difficile percorso detentivo di ogni detenuto.

Inoltre, tenuto conto del ruolo propulsivo ricoperto dallo Stato nel proteggere e favorire la formazione della famiglia e dei legami affettivi, da una lettura congiunta degli articoli 29, 30 e 31 Cost. inevitabilmente si evince come l’assenza di una libera espressione dell’affettività sia causa della mancata tutela del nucleo familiare, oltre ad essere idonea ad impedire la maternità.

In ultimo si lamenta la violazione della tutela della salute (articolo 32 Cost.) quale fondamentale diritto dell’individuo, nonché interesse della collettività, oltreché la violazione da parte della legge penitenziaria dei limiti imposti al rispetto della persona umana; a tal proposito è possibile ritenere infatti che l’astinenza forzata si traduca in ricadute stressanti dal punto di vista fisico e psicologico comportando l’intensificazione dei rapporti a rischio¹⁹.

In opposizione a quanto dedotto per il tramite dell’ordinanza di remissione in oggetto, si è successivamente espressa l’Avvocatura di Stato i cui motivi addotti al fine di ottenere l’inammissibilità della questione hanno trovato poi accoglimento nelle parole espresse successivamente dalla Consulta.

La Corte Costituzionale chiamata a decidere, con la sentenza 301 del 2012 ha proceduto infatti a dichiarare la non autosufficienza dell’ordinanza, circostanza impeditiva di una pronuncia nel merito, concentrando poi la propria attenzione sul binomio tra tutela dell’affettività e esigenze di ordine e sicurezza interne agli istituti.

In prima battuta, ha affermato infatti come la questione fosse inammissibile dal momento che non può risiedere nella previsione del costante controllo a vista da parte del personale di custodia la negazione dei rapporti affettivi, in ragione del fatto che tale disposizione persegue finalità ben diverse dall’ostacolare l’esplicazione del diritto alla sessualità, costituendone solamente una delle conseguenze indirette della sua violazione.

E’ doveroso sottolineare, a tal proposito, il fatto che l’articolo 18 dell’ordinamento penitenziario non vieta in alcun modo l’affettività, al contrario si limita solo a

¹⁹ In merito si ritiene che l’astinenza sessuale incida negativamente sul normale sviluppo della sessualità al punto tale da portare il detenuto a ricorrere a pratiche di autoerotismo, finanche alla situazione estrema della cosiddetta omosessualità indotta.

prendere una serie di precauzioni tali da evitare una sovversione degli equilibri interni ad ogni istituto penitenziario per mezzo dei colloqui visivi.

L'avvertita necessità di rimuovere tale conseguenza, a detta della Corte, non giustificerebbe in ogni caso la caduta di ogni forma di sorveglianza sulla disciplina in esame, dovendosi affermare altresì che, anche qualora si optasse per la censura del controllo visivo, ciò non costituirebbe soluzione di per sé sufficiente a realizzare l'obiettivo perseguito di esercizio del diritto all'affettività. E' facilmente comprensibile, infatti, che eliminare il controllo su colloqui che vengono svolti in sale generalmente sovraffollate non è sufficiente a consentire l'espressione della propria sessualità, proprio in virtù della perdurante presenza di altre persone.

Nel caso in cui eventualmente venisse rimosso il controllo da parte degli agenti di custodia, bisognerebbe necessariamente intervenire nel senso di autorizzare l'effettuazione di ciascun colloquio in locali destinati ad un singolo nucleo familiare per volta in modo tale da consentire la riservatezza, elemento indispensabile per potersi parlare realmente di affettività in carcere.

Con riguardo poi all'eccezione relativa alla visione dell'astinenza sessuale quale trattamento inumano, la Corte Costituzionale ha risposto richiamando quanto affermato in più occasioni dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, laddove si afferma che, sebbene ritenga apprezzabile il riconoscimento dell'affettività intramuraria, al contempo il mancato esercizio della stessa non rileva quale violazione dei principi affermati dalla CEDU, lasciando, al contrario, discrezionalità agli Stati membri circa la possibilità di concedere o meno incontri intimi, libertà di scelta che diversamente non sarebbe possibile qualora comportasse già in partenza una violazione dell'articolo 3 della stessa CEDU.

La Corte ha sostenuto, infine, come le restrizioni alla riservatezza nel corso dei colloqui con i familiari appaiono giustificate dalla tutela della vittima dei reati, nonché da ragioni di prevenzione di atti illeciti²⁰.

In ultimo, rileva la valenza monitoria assunta da tale pronuncia nel senso di riconoscere l'importanza che assumerebbe sotto vari profili l'emersione del diritto all'affettività e alla sessualità intramurarie, nella consapevolezza però di non essere in possesso, la suddetta Corte, del potere discrezionale che le consentirebbe di introdurre nell'ordinamento siffatto diritto, che spetta esclusivamente al legislatore. Sebbene quindi la Corte costituzionale abbia riconosciuto a tutti gli effetti l'importanza ricoperta dal diritto all'affettività, l'auspicata soppressione del comma 2 dell'art. 18 ord. penit. non risolverebbe il problema per due ordini di ragione: innanzitutto non è pensabile eliminare qualsiasi forma di controllo, necessaria per evitare che i colloqui diventino dei meri strumenti di contatto con la criminalità

²⁰ M. E. SALERNO, *Affettività e sessualità nell'esecuzione penale: diritti fondamentali dei detenuti? L'atteggiamento italiano su una questione controversa*, in *Giurisprudenza penale web*, 2017, n. 1, p. 10.

presente all'esterno; inoltre censurare tale disposizione comporterebbe solamente il generarsi di una lacuna normativa senza risolvere alcunché in quanto permarrebbe a tutti gli effetti il problema relativo alle modalità con cui espletare le esigenze affettive e sessuali, essendo a tal fine necessario possedere luoghi e misure organizzative idonei.

La decisione assunta in chiave negativa si conclude, ad ogni modo, con una proposta riformatrice nel senso di potersi eventualmente sollevare un'analogha questione di legittimità del secondo comma dell'articolo in esame, laddove non prevede delle eccezioni al controllo costante. Se così fosse, il controllo a vista nel corso dei colloqui visivi non sarebbe più una prescrizione inderogabile e rigida, bensì una cautela attivabile qualora si ravvisassero esigenze di sicurezza e di tutela dell'ordine pubblico nel singolo caso concreto, in assenza delle quali si potrebbe lamentare una violazione di valenza costituzionale.

5. Il principio di territorialità della pena in chiave di tutela delle relazioni affettive.

Il rigido controllo imposto dall'ordinamento non risulta però essere l'unico fattore di ostacolo alla conservazione degli affetti; esiste infatti una ragione di ordine pratico che incide fortemente e in senso negativo sulla valorizzazione dei momenti di affettività, ovvero la lontananza del luogo di detenzione rispetto alla residenza dei familiari.

Al fine di evitare l'aggravamento dello *status* di detenuto con limitazioni aggiuntive che inevitabilmente si ripercuotono sui familiari, vittime innocenti, la legge dispone un principio di fondamentale rilevanza vale a dire il principio di territorialità della pena.

L'articolo 14 ord. penit. detta un criterio specifico per la scelta dell'istituto in cui deve essere eseguita la pena, stabilendo che questo deve corrispondere allo stabilimento ubicato nel posto più vicino a quello di residenza della famiglia o quantomeno in località prossima ad essa.

Pur essendo indubbia l'importanza che ricopre ogni legame affettivo nella vita dei detenuti, molto spesso si assiste alla negazione del principio di territorialità che nel processo di cosiddetta «assegnazione» lascia il passo al criterio dei posti disponibili.

Sempre più di consueto, a causa del sovraffollamento carcerario, la persona ristretta si trova infatti ad essere collocata in istituti penitenziari al di fuori del luogo di residenza della famiglia e ciò inevitabilmente fa sì che le visite divengano meno frequenti o, quando la distanza dalla residenza è eccessivamente elevata, addirittura i familiari siano costretti a interrompere gli incontri lasciando così il detenuto in uno stato di solitudine forzata.

Non solo, la lontananza fa sì che gli affetti vengano proiettati nella dimensione della mancanza, causando un forte disagio individuale tale da compromettere i legami a tal punto che sempre più spesso si assiste a procedure di separazione tra coniugi durante il corso dello stato detentivo e all’ancora più consistente numero di relazioni affettive che si interrompono per gli stessi motivi.

La frequenza con cui si verifica questo fenomeno negativo è testimoniata dal fatto che l’articolo 37 del regolamento di esecuzione prevede la possibilità di ampliare la durata di ciascun colloquio, fino a un massimo di due ore consecutive, in presenza della condizione di extraterritorialità del luogo di detenzione rispetto al comune di residenza²¹.

In virtù di ciò e partendo dal presupposto che ad oggi l’affettività trova piena realizzazione solo nel contesto della premialità, così che, per la maggior parte dei detenuti, il colloquio visivo è l’unica forma di contatto diretta con i propri affetti, appare necessario intervenire dal punto di vista intramurario e, in prima battuta, occorre farlo sotto il profilo della territorialità della pena.

Per realizzare l’obiettivo di garantire le migliori condizioni nell’ambito delle quali si possa esprimere il sistema di relazioni affettive²², l’attuale riforma penitenziaria prevede un’importante modifica dell’articolo 14 dell’ordinamento in tema di assegnazione e raggruppamento di detenuti e internati, con la rigida previsione del «diritto di essere assegnati a un istituto quanto più vicino possibile alla stabile dimora della famiglia o, se individuabile, al proprio centro di riferimento sociale»²³.

Questo è un primo passo che inevitabilmente va compiuto nell’ottica di un intervento preponderante del legislatore volto a riformare la disciplina nel senso di consentire i colloqui intimi, stabilendo altresì la frequenza, la durata, i luoghi e le modalità di svolgimento degli stessi.

Una modifica legislativa di tale portata non appare essere un’utopia, dal momento che l’ordinamento non contiene alcun divieto ad avere rapporti affettivi e sessuali sebbene la sessualità, ma anche l’affettività in genere, risulti ancora oggi confinata in una sorta di «zona grigia» nell’ambito delle misure alternative e di quei benefici penitenziari predisposti per assolvere le esigenze affettive²⁴.

A tal proposito, nel corso degli anni, il sistema penitenziario ha cercato di modificare il proprio ordinamento, ispirandosi al principio di maggior garanzia dei diritti umani e dei diritti fondamentali della persona detenuta e cercando di adottare un approccio tale da semplificare la riconoscibilità dei diritti fruibili

²¹ C. SANTINELLI, *op. cit.*, p. 211.

²² In questo senso Circolare DAP, 8 luglio 1998, n. 3478/5928.

²³ Schema di decreto, 3 agosto 2018, n. 39, *cit.*

²⁴ F. FIORENTIN, *Detenzione e tutela dell’affettività dopo la sentenza costituzionale n. 301 del 2012*, in *Giurisprudenza di merito*, 2013, f. 5, p. 987.

compatibilmente con le regole della comunità penitenziaria²⁵, mediante una serie di proposte di legge che sono però finite nel dimenticatoio.

Queste ultime, spesso molto simili, hanno tentato di introdurre strumenti volti ad implementare l'affettività nonché a novellare la legge penitenziaria in termini tali da rendere possibili i rapporti, tanto affettivi quanto sessuali, del ristretto con il proprio coniuge o *partner*.

In tal senso, a partire dal 1996 si è avviato un percorso di riforma finalizzato all'introduzione delle cosiddette stanze dell'affettività, o quantomeno alla concessione di modalità riservate di incontro, tali da limitare il rumore e la visibilità tra gruppi familiari, consentendo quindi di vedere i propri familiari al di fuori dei ristretti tempi e i risicati spazi imposti dall'attuale normativa²⁶.

Dal momento che l'affettività rappresenta un'esigenza importante sia dal punto di vista fisico che dal punto di vista psicologico, l'obiettivo della riforma è infatti quello di intervenire sotto il profilo intramurario con l'introduzione dei cosiddetti colloqui intimi, cioè incontri svincolati dal perdurante controllo, da effettuarsi in apposite stanze, ad oggi banalmente catalogate dalla società come «stanze del sesso» e ritenute moralmente scorrette e questo perché in Italia il sesso ancora adesso è un tabù. Ma parlare di stanze dell'affettività e di incontri intimi non corrisponde necessariamente a discutere circa l'opportunità di avere rapporti sessuali o meno, bensì è anche riprodurre contesti di vita quotidiana familiare che siano il più normali possibile, così come disposto dalle Regole penitenziarie europee mediante la previsione di visite coniugali.

Malgrado ogni sforzo profuso a tal fine le proposte e i disegni di legge avanzati non hanno ad oggi ottenuto alcun riscontro favorevole.

6. Pro e contro della riforma: *de iure condendo*.

La situazione di stallo che, per anni, ha caratterizzato il quadro normativo penitenziario sembra aver raggiunto un punto di svolta a partire dal progetto di riforma Giostra volto a favorire e agevolare le relazioni personali nonché intime del soggetto detenuto con i prossimi congiunti o con il *partner*.

Focalizzando l'attenzione sulle prospettive di riforma intramurarie, l'intervento è anzitutto incentrato su una modifica *in melius* degli stringenti controlli che contraddistinguono l'istituto dei colloqui visivi *ex art. 18 ord. penit.* nel senso di consentire visite familiari prolungate da svolgersi in unità abitative sottratte al controllo visivo o auditivo del personale di polizia penitenziaria, salvo una forma

²⁵ Tratto dalla Presentazione de *La dimensione dell'affettività in carcere*, in *Quaderni ISSP*, a cura di M. DE PASCALIS, p. 5.

²⁶ Così Circolare DAP, Ministero della Giustizia e Direzione della Casa di Reclusione di Brescia “Verziano”, *Progetto Fragili legami n. 7075*, 27 agosto 2015.

di vigilanza esterna alle stesse unità²⁷, tali da consentire l’effettivo riconoscimento del diritto all’affettività.

I progetti presentati a seguito dell’entrata in vigore della legge²⁸ sulla riforma della giustizia penale, non hanno però sortito l’effetto sperato. Sebbene significativa sia stata l’attenzione dedicata alle modalità di svolgimento dei colloqui con le persone legate al detenuto da un vincolo affettivo, non si è riusciti a raggiungere l’obiettivo prefissato.

L’intervento si è infatti limitato ad una modifica del secondo comma dell’articolo 18 dell’ordinamento nel senso di riconoscere esclusivamente una maggiore riservatezza degli incontri.

Il decreto attuativo prescrive infatti che «i locali destinati ai colloqui con i familiari devono favorire una dimensione riservata del colloquio ed essere collocati preferibilmente in prossimità dell’ingresso dell’istituto», senza fare riferimento alcuno ai colloqui intimi a cui tanto si ambisce e limitandosi a prevedere che le sale colloquio siano articolate in modo tale da contenere il carattere rumoroso e l’eccessiva visibilità tra i diversi nuclei familiari presenti in contemporanea.

La disposizione riformata stabilisce inoltre come i suddetti locali vadano predisposti in aree promiscue all’ingresso del carcere così da ridurre, nella misura più congrua possibile, i tempi di permanenza all’interno della struttura delle persone autorizzate oltre che ridimensionare i percorsi da intraprendere per raggiungere le sale colloquio, già di per sé sufficienti a ingenerare nei familiari stati di ansia e frustrazione in vista del colloquio subordinato agli stringenti limiti che si apprestano a effettuare.

Si tratta quindi di una riservatezza ritenuta adeguata e pertanto da riconoscersi nell’ottica di consentire rapporti personali il più vicino possibile alla normalità, rispetto ai quali il legislatore ha però ritenuto di non poter rinunciare del tutto al controllo a vista.

Ma nella diversa ipotesi in cui la normativa vigente in materia di colloqui venisse riformata nel senso di riconoscere il diritto all’affettività nella sua accezione più ampia, ricomprendendovi quindi al suo interno anche la sessualità, la deroga al controllo da parte del personale di custodia imposto dal suddetto comma 2 comporterebbe l’introduzione a tutti gli effetti dell’istituto dei colloqui intimi, dalla quale scaturirebbero di conseguenza una serie di problematiche di non poca rilevanza sotto diversi profili.

È innanzitutto di facile intuizione comprendere che il primo problema da porsi rileva dal punto di vista strutturale e ambientale: i colloqui intimi richiedono la predisposizione di unità abitative, o quantomeno stanze adibite *ad hoc*, che

²⁷ Cfr. C. FIORIO, *Modifiche in tema di affettività delle persone detenute*, in *Proposte per l’attuazione della delega penitenziaria*, a cura di G. GIOSTRA e P. BRONZO, 2017.

²⁸ L. 23 giugno 2017, n. 103.

presentino caratteristiche tali da poter ricreare un’atmosfera familiare in modo da consentire di trascorrere il tempo a disposizione estraniandosi per quanto possibile dal contesto carcerario; per tale ragione si dovrebbe prevedere lo loro collocazione preferibilmente in aree maggiormente riservate all’interno del carcere sì da tutelare, specie in presenza di minori, la sfera intima di tutti i soggetti che ad esse accedono. La mancanza di strutture logistiche, in un contesto tra le altre cose di grave sovraffollamento, non consente di ricavare all’interno delle carceri italiane queste «celle dell’amore», ritenendosi unica soluzione plausibile per raggiungere il risultato sperato quella della costruzione di nuovi istituti penitenziari da realizzarsi predisponendo fin dal principio locali idonei a tale scopo, in assenza dei quali le coppie non hanno possibilità alcuna di sottrarsi al controllo e al contempo gli agenti continuano a essere adibiti a custodi dell’amore tra le sbarre.

Laddove si riuscisse a costruire nuove strutture o quantomeno a ricavare le suddette stanze dell’affettività all’interno di quelle già esistenti, sorgerebbe un ulteriore problema legato al fulcro centrale della riforma vale a dire il controllo visivo. Poiché la peculiarità degli incontri intimi è l’assenza di ogni forma diretta di controllo, qualora venissero concessi permarrebbe essenzialmente un controllo solo esterno alla struttura in cui si svolgerebbero, il che potrebbe però apparire insufficiente a tutelare le esigenze di ordine e sicurezza richieste dal sistema.

L’eliminazione *in toto* della supervisione sui singoli colloqui da parte degli agenti di polizia penitenziaria in alcuni casi potrebbe rappresentare infatti per il detenuto l’opportunità di crearsi uno strumento di contatto con la criminalità esterna; in questi termini il soggetto vedrebbe nel colloquio riservato una valida occasione da sfruttare per mantenere vivi tutti quei i rapporti con i membri della criminalità organizzata a cui era legato prima della sua carcerazione, servendosi altresì a tal fine dei propri familiari per riferire messaggi, se non addirittura per compiere atti idonei a mantenere costante la sua presenza nell’ambiente criminoso.

E proprio con riferimento a questi ultimi soggetti, vale a dire i familiari o chi per essi, si pone in essere un’ulteriore questione riguardante le persone da ammettere al colloquio.

La necessità di impedire la totale estraniamento del soggetto *in vinculis* dalla realtà, fa sì che la legge garantisca i legami affettivi con la famiglia e non solo, nella misura più congrua possibile ai preminenti interessi dello Stato quali la lotta al crimine; l’articolo 18 ord. penit. in merito fa riferimento allo svolgimento di colloqui con i congiunti e le altre persone che, trattandosi di un diritto soggettivo, prevede la sottoposizione dell’ammissione agli stessi a una mera verifica dei presupposti richiesti dalla disciplina, riscontrabili nel rapporto di parentela o nella sussistenza di «ragionevoli motivi»²⁹.

²⁹ La normativa vigente prevede che il diritto soggettivo ai colloqui venga esercitato con congiunti e conviventi indipendentemente dalla posizione giuridica assunta dal detenuto,

Partendo dall’assunto che dottrina e giurisprudenza sono ormai concordi nell’adottare una definizione di famiglia comprensiva di quella legittima, della famiglia allargata finanche a quella di fatto, nozione che consente perciò l’equiparazione dei conviventi ai prossimi congiunti e rispetto ai quali viene pertanto adottato un criterio di «maggior favore» nella fruizione dei colloqui, ci si chiede quale ripercussione avrebbe l’introduzione di forme di incontro intime proprio sull’ingresso di questi soggetti in carcere.

Nell’ottica prevalente di tutela della sicurezza interna all’istituto bisogna infatti chiedersi se si dovrebbe optare per la totale equiparazione della disciplina dei colloqui intimi a quella dei colloqui *de visu*, il che consentirebbe l’accesso alla forma di incontro affettiva a tutti coloro che sono ammessi alla disciplina dei colloqui attualmente in vigore.

Mentre pare evidente che l’opportunità di fruire degli incontri intimi debba essere concessa indistintamente a congiunti e conviventi in qualità di familiari, non di così ovvia soluzione è la questione circa l’ammissione delle terze persone estranee al contesto familiare.

Dal momento che nella categoria dei soggetti terzi ad oggi vengono ricompresi i rapporti più disparati, dalla semplice amicizia al legame affettivo consolidato ma non giuridicamente tutelato, in previsione della loro concessione sarebbe appropriato soffermarsi sul quesito se un semplice rapporto di conoscenza, o comunque di affetto più o meno stabile, sia requisito sufficiente per consentire che detenuto e terza persona si incontrino al di fuori della sfera di controllo del personale di custodia, lasciando adito a eventuali contatti finalizzati a compiere atti illeciti.

Di maggiore rilievo, però, è la questione che viene ad esistere con riferimento alle terze persone che sono ammesse ai colloqui in qualità di fidanzati, ovvero coloro che sono legati al soggetto ristretto da un legame affettivo più o meno stabile che non ha però raggiunto un grado tale da essere riconosciuto dall’ordinamento. Dal punto di vista meramente affettivo, siffatti rapporti risultano meritevoli di tutela al pari di quelli con i congiunti, in virtù del fatto che anche la loro conservazione è parte integrante del percorso di rieducazione e risocializzazione del detenuto.

In questa prospettiva l’ordinamento penitenziario potrebbe procedere a una sorta di parificazione della figura di compagno a quella di congiunti e conviventi in modo tale da consentire, previo accertamento del reale legame affettivo intercorrente, il mantenimento di tutte le relazioni personali che sono rilevanti per la persona ristretta.

dal circuito penitenziario in cui è inserito e dalla regolarità della sua condotta detentiva, mentre con riguardo ai colloqui con le terze persone si è di fronte a una discrezionalità quasi assoluta dell’autorità circa l’individuazione della sussistenza dei ragionevoli motivi a cui è subordinata l’ammissione ai colloqui, ma che al contempo richiede di conciliare con equilibrio i legittimi interessi dei detenuti nei rapporti con l’esterno.

Per quanto concerne inoltre le esigenze di sicurezza, il problema si porrebbe tanto per le terze persone quanto per i prossimi congiunti, in quanto anch'essi sarebbero possibili strumenti di comunicazione con l'esterno ma, mentre appare improbabile negare l'accesso a tale forma di colloquio a coloro che rappresentano il vincolo affettivo che giustifica l'introduzione del diritto stesso all'affettività, diversamente il legislatore potrebbe decidere di consentire l'incontro con soggetti terzi rispetto alla famiglia solo in presenza di un costante controllo al fine di prevenire qualsivoglia attività illecita, attuando così una disciplina difforme.

Ancora sul punto, di fronte alle restrizioni concernenti eventuali persone ammesse, sotto il profilo meramente sessuale si creerebbe una disparità di trattamento tra chi ha un congiunto, un convivente o un stabile fidanzamento e chi al contrario è solo, il che corrisponderebbe a negare il diritto all'affettività a una parte della popolazione detenuta. D'altronde non è neppure ipotizzabile la possibilità di far accedere in istituto soggetti al fine di compiere mere prestazioni sessuali, sia per ragioni di sicurezza interna quanto per ragioni di valenza morale oltre che legale³⁰.

Trovare una valida risposta a tutti gli interrogativi da porsi sotto questo profilo dell'ammissione ai colloqui non è per nulla facile e potrebbe rappresentare uno dei motivi per cui risulta così complicato pervenire alla completa introduzione del diritto all'affettività.

Una volta superato il problema con riguardo alle categorie di soggetti da ammettere ai colloqui intimi, si dovrebbe riflettere altresì sulle categorie di detenuti ai quali concedere l'esercizio di tale diritto.

La prima domanda che sorge spontanea è se in quanto diritto soggettivo vada, al pari dei colloqui visivi, concesso ad ogni soggetto privato della libertà personale o se al contrario vadano apportate delle restrizioni in ragione della posizione giuridica che tale assume.

A questo proposito occorre fare una distinzione tra soggetti imputati e indagati e detenuti definitivi: per quanto attiene agli indagati o imputati, sebbene godano di ogni diritto personale, anche in virtù del fatto che la loro responsabilità penale non è stata ancora accertata, eventuali limitazioni potrebbero essere imposte al fine di salvaguardare l'esigenza di cui all'articolo 274 comma 1 lettera a) c.p.p., vale a dire impedire che un contatto diretto e riservato con soggetti provenienti dall'esterno divenga strumento di inquinamento probatorio, andando quest'ultimo a costituire un concreto e attuale pericolo per l'acquisizione o la genuinità della prova.

Per quanto riguarda, invece, i detenuti che siano destinatari di una condanna definitiva, la fruizione del colloquio intimo inciderebbe sul rischio anzidetto del

³⁰ Consentire l'accesso in carcere a prostitute equivale alla violazione della legge Merlin, 20 febbraio 1958, n. 75, la quale vieta l'esercizio della prostituzione in luoghi chiusi, categorie in cui rientra senza alcun dubbio la struttura penitenziaria.

servirsi del proprio caro come intermediario con le organizzazioni di appartenenza, al fine di impedire che la detenzione sia da ostacolo alla loro «carriera criminale». Dovrebbe poi prendersi in considerazione l'ulteriore distinzione tra i cosiddetti detenuti comuni, cioè quelli sottoposti al regime ordinario, e coloro che sono soggetti a regimi penitenziari differenziati per i quali l'ordinamento prevede modalità di svolgimento dei colloqui differenti³¹. In questo senso ci si chiede se altrettante restrizioni dovrebbero essere apportate qualora venisse riconosciuta la possibilità di effettuare i colloqui intimi, o se diversamente per ragioni di sicurezza legate alla loro pericolosità sociale sarebbe necessario vietarne l'accesso, salvo in presenza di eventuali determinate condizioni riconducibili però alla dimensione premiale.

Andando oltre la qualificazione del soggetto quale imputato o definitivo, v'è da chiedersi altresì se sia necessario fare una distinzione con riguardo al *quantum* di pena espiata o espianda, nonché alla specie di reato commesso. Occorre cioè capire se l'esercizio del diritto all'affettività in ogni sua forma possa incontrare restrizioni con riguardo all'elemento soggettivo del reato ovvero alla condotta tenuta che ha portato alla commissione di un determinato reato, chiedendosi quindi se sia giusto limitarne eventualmente il riconoscimento a coloro che abbiano commesso reati contro la persona e in questo senso facendo *in primis* riferimento alla vittima del reato qualora questa sia un prossimo congiunto per il quale il detenuto avanzi istanza di accesso al colloquio.

E ancora in aggiunta a tale requisito, o in alternativa, domandarsi se di fronte a reati di particolare gravità, per i quali è perciò prevista una pena detentiva alquanto prolungata, possa essere riconosciuto siffatto diritto fin dal primo momento come avviene per la disciplina dei colloqui visivi, o si ritenga opportuno attendere l'espiazione di buona parte di essa prima di consentirne il libero esercizio.

Se si ragiona però nell'ottica di imporre determinati limiti all'esercizio dell'affettività sotto i vari profili analizzati, il rischio a cui si va incontro è quello della collocazione dei colloqui intimi all'interno della categoria della premialità, poiché così disponendo verrebbero a presentarsi quali benefici penitenziari da concedersi solo in presenza, o in assenza, di determinati presupposti di ordine oggettivo o soggettivo, alla stregua dei permessi premio.

Una volta effettuate tutte le valutazioni necessarie al fine di delineare la disciplina dei colloqui intimi sotto i profili formali ed entrando ora nel dettaglio della

³¹ Si pensi ai soggetti in regime di *4-bis* ord. penit. i quali hanno a disposizione quattro colloqui mensili, anziché i sei ordinari previsti dall'art. 37 reg. es., a coloro che sono in regime di sorveglianza particolare *ex art. 14-quater* ord. penit. nei confronti dei quali è prevista una restrizione dei soggetti con cui è possibile effettuare colloqui, e infine coloro che sono sottoposti al regime di cui all'art. 41-*bis* ord. penit. che hanno a disposizione un unico colloquio al mese da svolgersi con i soli congiunti.

sessualità quale parte integrante della dimensione affettiva, bisogna affrontare una questione di rilevanza costituzionale.

Qualora infatti la riforma intervenisse nel senso di riconoscere a tutti gli effetti l'affettività, consentendo quindi la fruizione di colloqui sottratti a ogni forma di controllo a vista, bisognerebbe soffermarsi sulla finalità di eventuali rapporti sessuali nel senso di essere compiuti per scopi puramente fisici, volti cioè a porre fine alla condizione di astinenza forzosa, oppure quali mezzo finalizzato alla procreazione.

La questione legata alla riproduzione presenta poi al suo interno tutta una serie di ulteriori problematiche meritevoli di essere prese in considerazione poiché formano oggetto di un doppio binario che vede schierate due categorie di rischi: da un lato la strumentalizzazione della gravidanza al fine di ottenere benefici nell'ipotesi in cui venisse concessa la possibilità di procreare, dall'altro la violazione del diritto alla maternità o alla paternità e di conseguenza la violazione del diritto di famiglia qualora si decidesse di vietare la procreazione; con riguardo a quest'ultimo aspetto ci si chiede altresì in che modo si possa eventualmente imporre tale divieto e soprattutto con quali strumenti verificare l'eventuale rispetto o la violazione di una prescrizione posta in questi termini.

Partendo proprio da questo ultimo interrogativo, laddove nel bilanciamento tra i diritti di famiglia tutelati dalla Costituzione e la tutela del minore nascituro si decidesse di far prevalere quest'ultima, sì da impedire un'eventuale gravidanza, l'ordinamento dovrebbe in tal caso imporre a tutti coloro che accedono al colloquio l'uso di metodi contraccettivi, primo fra tutti il preservativo.

Va sottolineato il fatto che attualmente l'ordinamento ne vieta l'utilizzo con riferimento agli unici rapporti sessuali che ad oggi possono verificarsi in ambito intramurario, ovvero quelli omosessuali, il cui effetto è unicamente quello di innalzare la probabilità di contrarre malattie sessualmente trasmissibili; e se i metodi contraccettivi sono vietati per l'unica forma di sessualità ora possibile, per quale ragione si dovrebbe diversamente imporne l'utilizzo nel caso di colloqui intimi tra soggetti eterosessuali allo scopo di non consentire uno stato di gravidanza? Una diversa soluzione potrebbe allora essere rappresentata da una deroga, in virtù della quale non si preveda un uso forzoso del preservativo; ma, qualora il rapporto intimo dovesse concludersi con la riproduzione, tale condizione non sarebbe di per sé sufficiente ad ottenere l'accesso a misure alternative o a ulteriori benefici, così da disincentivare la procreazione per il solo conseguimento di tale scopo.

Ad ogni modo, dal momento che il rapporto sessuale è consequenziale all'assenza di un controllo a vista sull'incontro stesso, di difficile realizzazione sarebbe il controllo *ex post* da effettuarsi al fine di constatare se sia stato utilizzato o meno il contraccettivo e ciò sia per le modalità stesse di verifica (l'agente dovrebbe chiedere di mostrare il contraccettivo usato), sia perché in ogni caso potrebbe

essere adoperata la scusa dell’eventuale rottura come giustificazione, risultando per di più avvilente per l’agente di custodia dover avviare siffatta procedura.

Alla luce delle considerazioni effettuate, l’unica soluzione plausibile per aversi la certezza circa il rispetto dell’eventuale prescrizione in merito risulta quella di prevedere un controllo a vista, se non costante quantomeno sporadico, da effettuarsi nel corso dell’incontro intimo in modo da ingenerare nei soggetti coinvolti il timore di essere scoperti sotto il profilo della suddetta violazione; così disponendosi verrebbe però meno il presupposto necessario al pieno riconoscimento del diritto all’affettività, ossia la riservatezza del colloquio che inevitabilmente verrebbe parzialmente ridotta.

Soffermandosi ora prettamente sulla possibilità di servirsi dei colloqui intimi per la riproduzione, come detto si è di fronte a due forme di tutela contrapposte: se da un lato vi è il pieno riconoscimento da parte dell’ordinamento del diritto di procreare tanto per la madre quanto per il padre, dall’altro vi sono fonti sovranazionali che mettono in primo piano il preminente interesse del minore ad avere un sano e stabile rapporto con i propri genitori³², condizione che lo stato detentivo farebbe venire meno.

Proprio nell’ottica di tutela del minore figlio di detenuti diverse sono le misure previste a tal fine, a partire dalle Regole di Bangkok del 2010 che incoraggiano gli Stati membri a privilegiare le misure non privative della libertà rispetto alla detenzione per donna incinta o che rappresenti l’unico sostegno per il bambino, pensate soprattutto per salvaguardare la maternità iniziata durante l’esecuzione della pena; analogamente l’ordinamento interno riconosce un vero e proprio diritto alla maternità³³, sulla base del quale è stata introdotta la misura alternativa della detenzione domiciliare speciale *ex art. 47 quinquies* ord. penit. che viene concessa alla madre con prole di età inferiore ai sei anni sull’onda della tutela del minore, al fine di impedire che lo stato detentivo della madre incida negativamente sulla sua crescita personale.

Bisogna però tenere conto del fatto che la misura della detenzione domiciliare è senza dubbio diretta a tutelare il bambino, ma al contempo costituisce un beneficio particolarmente vantaggioso per il genitore, a tal punto da ritenere che talvolta il figlio diventi strumento di evasione venendo questi concepito nel corso della detenzione al solo scopo di ottenere un pretesto per uscire dalla struttura carceraria. E questo giova non solo alla madre, ma anche alla figura paterna, che trova nel fanciullo un valido mezzo per poter ottenere a sua volta benefici; in questa prospettiva sempre più frequente è infatti il rischio che le organizzazioni criminali si servano della manovalanza femminile per raggiungere il fine dell’espiazione

³² In questo senso l’articolo 9 della Convenzione sui diritti dell’Infanzia stabilisce il diritto del fanciullo di intrattenere regolarmente rapporti personali con entrambi i genitori.

³³ Introdotto con la legge 22 maggio 1978, n. 194.

extramuraria della pena, comportando un aumento esponenziale di quella che può essere definita maternità strumentale³⁴.

L’unico modo per poter evitare un tale svilimento della genitorialità sarebbe quindi quello di impedire che i colloqui intimi venissero utilizzati per creare questo *status* personale; se così fosse, però, non tarderebbero ad essere sollevate questioni di legittimità costituzionale dell’ordinamento penitenziario nella parte in cui ipoteticamente negherebbe il diritto alla procreazione, quantomeno per violazione degli articoli concernenti la famiglia (articoli 29,30 e 31 Cost.).

Sebbene vi sia stato il pieno riconoscimento del diritto alla maternità e quello alla paternità, tuttavia vi sono alcune disparità di trattamento tra lo *status* di detenuta madre e quello di detenuto padre.

In tal senso si pensi al fatto che il padre ha diritto alla detenzione domiciliare solo nel caso in cui la madre sia deceduta o assolutamente impossibilitata ad occuparsi del minore; ma vi è anche il caso in cui l’ago della bilancia pende dalla parte del padre e questo avviene con riferimento alla procreazione assistita.

L’Amministrazione Penitenziaria ha infatti prescritto nel 2006 che la detenzione non rappresenta di per sé *condicio sine qua non* per impedire la procreazione, finanche per accedere alla fecondazione assistita³⁵. Mentre per il padre è stata così riconosciuta in presenza di determinati presupposti la possibilità di ricorrere alla procreazione assistita, la legge non sembra affrontare il problema della maternità come potenzialità futura, il che corrisponde alla negazione della possibilità di scegliere se diventare madri e questo soprattutto in presenza di una pena alquanto lunga, che non permette di accedere a benefici extramurari per lungo tempo, data l’attuale interdizione dei rapporti sessuali dovuta al mancato riconoscimento dell’affettività in carcere³⁶.

Ciò che attiene all’esercizio o meno del diritto alla maternità, che vale tanto per la donna detenuta quanto per il coniuge o la compagna del detenuto, troverebbe però piena soddisfazione nell’ipotetico caso in cui venissero concessi i colloqui intimi.

In questi termini il problema dell’affettività quale negazione della possibilità di coltivare rapporti affettivi nonché sessuali con le persone care, viene definito come una pena aggiuntiva rispetto alla privazione della libertà in quanto anche la famiglia, il congiunto o il convivente del detenuto sono condannati alla privazione di ogni sentimento, affetto, desiderio sessuale.

Per questa ragione si auspica la previsione di uno spazio personale da condividere con i propri affetti; nella maggior parte dei casi però l’entusiasmo dettato dal bisogno di affettività lascia il posto a una profonda riflessione relativa al pudore che si ha per le persone che dovrebbero condividere le stanze dell’affettività con i

³⁴ Cfr. L. CESARIS, *Commento all’articolo 47 quinquies, op. cit.*, p. 599.

³⁵ Circolare DAP, 10 febbraio 2006, n. 260689.

³⁶ Tratto da *La legge 40/2001 sulle detenute madri*, in www.ristretti.it.

soggetti ristretti. In questo senso a molti detenuti crea un forte malessere l’idea che il proprio *partner* debba percorrere un determinato tragitto per arrivare nel luogo in cui avviene l’incontro intimo, il tutto avvalorato dalla saltuarietà e la precarietà degli incontri che accentuano l’effetto deprimente ed umiliante tanto per il detenuto quanto per la donna che lo raggiunge.

Il pensiero poi che gli altri, detenuti e agenti di custodia, siano a conoscenza del fatto che una determinata persona abbia fatto il suo ingresso in carcere per chiudersi alcune ore in una stanza con il proprio compagno, potrebbe provocare un effetto controproducente nel senso di enfatizzare ancora di più la sensazione di disagio provata, a tal punto che i detenuti stessi potrebbero decidere di rinunciare all’esercizio dell’affettività al fine di evitare l’umiliazione alla propria donna³⁷.

Non è però possibile ipotizzare sulla carta quali sarebbero le conseguenze derivate dal pieno esercizio del diritto alla conservazione degli affetti, anche se da questa introduzione, così innovativa per un ordinamento chiuso e mal predisposto verso le novità come quello italiano, non potrebbero delinearsi effetti negativi, a prescindere dalle incertezze che attualmente aleggiano attorno alla fruizione di colloqui intimi.

L’unico punto fermo è che ad oggi è possibile solamente affermare che non sono stati adeguatamente presi in considerazione i riflessi favorevoli che il riconoscimento dell’affettività e della sessualità avrebbe su ordine, disciplina e sicurezza nel contesto delle mura detentive.

³⁷ M. ESPOSITO, *Ma ben vengano (se venissero...) anche le “stanze dell’affettività”!*, in *Sesso, un po’ di verità. Alcune voci su un tema scottante*, reperibile in www.ristrettiorizzonti.it, 1999.