



UFFICIO DI SORVEGLIANZA DI SPOLETO

per i Circondari dei Tribunali di Spoleto e Terni

N. SIUS 2022/4924

ORDINANZA 2023/23

IL MAGISTRATO DI SORVEGLIANZA

ha pronunciato, a scioglimento della riserva di cui al verbale d'udienza in data 14.12.2022, sentiti P.M. e difesa, la seguente

ORDINANZA

Letto il reclamo n. SIUS 2022/4924 presentato da [REDACTED], detenuto presso la Casa Circondariale di Terni in esecuzione della pena di cui al provvedimento di cumulo emesso dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Frosinone in data 14.09.2021, con il quale l'interessato si duole del divieto, impostogli dall'amministrazione penitenziaria, di svolgere colloqui intimi con i propri familiari, ed in particolare con la compagna, oltre che con la figlia di tre anni;

OSSERVA

Il [REDACTED] si lamenta, nel suo reclamo, delle modalità con le quali l'istituto penitenziario gli consente di svolgere i previsti colloqui visivi con i familiari, tra i quali la figlia minore e la compagna. Segnatamente, nel reclamo-istanza ci si diffonde sulle conseguenze negative che l'assenza di intimità con la compagna sta avendo sul mantenimento del suo rapporto di coppia, cui tiene particolarmente ed al quale considera legato il proprio futuro reinserimento sociale.

L'interessato prosegue sottolineando come, anche in assenza di permessi premio previsti in suo favore, un colloquio intimo costituisca l'unico strumento per esercitare il proprio diritto, un diritto che considera fondamentale, ad una serena relazione di coppia e ad assicurargli a pieno un ruolo genitoriale.

Alla luce dell'allegazione di un pregiudizio da ritenersi grave al proprio diritto all'affettività, di cui si rinvencono emergenze varie, diffusamente, nel tessuto della legge penitenziaria (si pensi, tra gli altri, all'art. 15, che individua tra gli elementi essenziali del trattamento l'agevolazione dei rapporti con la famiglia, all'art. 28, che impone che in favore del detenuto si dedichi particolare cura a mantenere, migliorare o a ristabilire le relazioni con la famiglia, ma anche alla disciplina dei colloqui visivi e telefonici con i familiari di cui all'art. 18, all'allocazione della persona in luogo il più prossimo possibile agli stessi, di cui agli art. 14 e 42, nonché alla non limitabilità dei contatti familiari persino quando la persona sia sottoposta al regime di sorveglianza particolare, di cui all'art. 14-*quater*), il reclamo deve essere trattato con le forme di cui all'art. 35-*bis* ord. penit.

Per l'odierna udienza è stata acquisita una nota dalla Casa Circondariale di Terni, cui il magistrato di

9

sorveglianza ha chiesto di chiarire quali siano le modalità con le quali è consentito al condannato di incontrare i propri familiari, se sia prevista una permanente vigilanza da parte del personale di polizia penitenziaria e su quali basi la stessa sia imposta, volendo poi descrivere i locali in cui i colloqui avvengono, rappresentando se negli stessi sia possibile lo svolgimento di un colloquio con caratteristiche di riservatezza o di intimità.

La Direzione ha spiegato che i colloqui si svolgono in cinque salette, di cui una attrezzata in particolare per gli incontri con i figli minori di anni 12 (c.d. ludoteca), nonché in una "area verde", pure destinata prioritariamente ai colloqui con i bambini.

La nota prosegue riferendo che, ovunque i colloqui si svolgano, è prevista una vigilanza permanente realizzata mediante sistemi di videosorveglianza o in presenza, tramite l'unità addetta al controllo.

Le sale sono predisposte per accogliere più nuclei familiari contemporaneamente e in alcune fasce orarie, o in alcune giornate, vi è una cospicua presenza di persone che, inevitabilmente, incide sulla riservatezza del colloquio.

La vigilanza continua è imposta dall'art. 18 co. 2 ord. penit. (*rectius* co. 3) che prevede che "i colloqui si svolgono in appositi locali, sotto il controllo a vista e non auditivo del personale di custodia". Lo stesso regolamento di servizio del Corpo di Polizia Penitenziaria descrive le incombenze rimesse al personale in occasione dei colloqui dei detenuti con i familiari (art. 47, nella parte in cui prescrive che lo stesso debba vigilare affinché, durante il colloquio, venga mantenuto un comportamento corretto, tale da non arrecare disturbo, sospendendo dal colloquio le persone che tengono un comportamento scorretto o molesto e riferendo al Direttore). Ancora ulteriori disposizioni regolamentari riprendono tale necessità, come ad esempio quando prevedono che il Direttore possa autorizzare lo svolgimento del colloquio, anche per consentire ai familiari di fruire di un pasto insieme, in separati locali, ma sempre tenendo fermo l'obbligo imposto dalla normativa primaria di cui al già citato art. 18 co. 2 ord. penit. (cfr. art. 61 co. 2 lett. b reg. es.).

La nota si conclude riferendo come, seppur di rado, è accaduto che sia stato necessario interrompere un colloquio visivo per via di comportamenti ritenuti non consoni al rispetto del contesto e alla contemporanea presenza di altri familiari adulti e bambini nella sala.

Come affermato dallo stesso interessato nel suo reclamo-istanza, il ██████ è detenuto dall'11.07.2019, attualmente con posizione giuridica di definitivo, in relazione ad un cumulo che comprende fatti di tentato omicidio, furto aggravato, evasione ed altro, con fine pena al 10.04.2026.

Il condannato non dispone, anche all'esito del suo trasferimento nell'istituto penitenziario di Terni avvenuto soltanto a marzo 2022, di un programma di trattamento redatto in suo favore, tanto meno aperto alle esperienze premiali esterne, è anche in un passato piuttosto recente incorso in alcune sanzioni disciplinari, non ha ottenuto liberazione anticipata, mentre, alla luce degli elementi relativi al comportamento sin qui succinti, eventuali istanze di permesso premio, se pur ammissibili, appaiono allo stato nel merito difficilmente accoglibili, in assenza di un programma di trattamento che le preveda, ma anche a fronte delle condotte penitenziarie del condannato, inidonee ad integrare il requisito della buona condotta previsto dall'art. 30-ter ord. penit..

La nota pervenuta dall'istituto penitenziario di Terni chiarisce come, nella cornice normativa attuale, lo

svolgimento dei colloqui cerchi di favorire la serenità degli stessi, quando si svolgono con i minori, mediante l'approntamento di spazi significativamente più confortevoli (ludoteca, area verde) per la fruizione degli stessi insieme a dei bambini.

E' per altro noto all'Ufficio scrivente che la ludoteca e l'area verde, quest'ultima di recente inaugurazione, per come riferito dall'istituto penitenziario, sono state entrambe realizzate in preesistenti spazi dell'istituto, "in economia", mediante l'opera dei soli detenuti lavoratori della Mof (manutenzione ordinaria del fabbricato), con la sponsorizzazione da parte di una associazione di cittadinanza per la piccola dotazione di giochi e arredi, e con impegno di spesa dell'amministrazione unicamente per i presidi di sicurezza.

Ciò che invece resta radicalmente precluso all'interessato è la possibilità che il colloquio si svolga in un contesto in cui sia assicurata l'intimità, con un importante impatto nella dimensione familiare dell'incontro anche con i minori, ma con un dirimente effetto inibitorio rispetto alla possibilità di utilizzare il tempo del colloquio con il/la partner per rapporti intimi anche di tipo sessuale che, addirittura, ove tentati con l'attuale previsione del controllo a vista della polizia penitenziaria, finirebbero per configurare delle ipotesi di reato perseguibili.

Dal quadro normativo sin qui succinto, si evince dunque un vero e proprio divieto di esercitare l'affettività in una dimensione riservata, e segnatamente la sessualità con il/la partner non detenut* in contesto penitenziario, essendo prevista soltanto una modalità di colloquio visivo con i familiari che impone il controllo a vista (art. 18 co. 3 ord. penit.). In tal senso la precisazione, non ricordata nella nota del carcere di Terni, eppure leggibile nel medesimo comma, secondo la quale, ove possibile, i locali destinati ai colloqui con i familiari favoriscono una dimensione riservata degli stessi, appare comunque inidonea ad assicurare l'esercizio della affettività, ivi compresa la sessualità, in condizioni di privacy.

A fronte del dato normativo, dunque, il magistrato di sorveglianza non può che ritenere conseguente quanto imposto al condannato dalla Direzione dell'istituto penitenziario.

All'odierna udienza le parti: difesa e Pubblico Ministero, hanno concluso, però, per il promovimento di una questione di legittimità costituzionale concernente un tale divieto, per come deducibile dalla normativa, sollecitandolo il primo, e dando un parere favorevole il secondo, pur senza tuttavia circostanziarne i parametri.

A scioglimento della riserva assunta, ritiene il magistrato di sorveglianza di sollevare la questione di costituzionalità dell'art. 18 ord. penit. nella parte in cui non prevede che alla persona detenuta sia consentito, quando non ostino ragioni di sicurezza, di svolgere colloqui intimi, anche a carattere sessuale, con la persona convivente non detenuta, senza che sia previsto il controllo a vista da parte del personale di custodia, per contrasto con gli art. 2, 3, 13 co. 1 e 4, 27 co. 3, 29, 30, 31, 32 e 117 co. 1 Cost., quest'ultimo in rapporto agli art. 3 e 8 della Convenzione europea dei Diritti dell'uomo.

Non ignora lo scrivente che una questione dai tratti, per alcuni versi, simili fu portata all'esame della Corte Costituzionale, che decise per l'inammissibilità della stessa, con sentenza 19.12.2012, n. 301.

In quell'occasione il magistrato di sorveglianza di Firenze l'aveva sollevata con riguardo all'art. 18, allora co. 2, ord. penit., rispetto agli art. 2, 3, co. 1 e 2, 27, co. 3, 29, 31, 32, co. 1 e 2 Cost.

La Consulta ritenne la questione inammissibile sotto un duplice profilo.

Innanzitutto, si scriveva, l'ordinanza di rimessione appariva afasica rispetto alla rilevanza della stessa nel procedimento pendente dinanzi al giudice *a quo*, che ometteva di descrivere quale fosse l'oggetto del reclamo presentato dal detenuto e anche di precisare a quale regime penitenziario lo stesso fosse assoggettato, neppure soffermandosi sulla possibilità che questi potesse fruire di permessi premio, che avrebbero potuto costituire una soluzione, per così dire esterna, alla necessità di intimità rappresentata.

Un secondo ordine di ragioni dava occasione alla Corte Costituzionale per sottolineare come la questione concernesse “una esigenza reale e fortemente avvertita, quale quella di permettere alle persone sottoposte a restrizione della libertà personale di continuare ad avere relazioni affettive intime, anche a carattere sessuale: esigenza che trova attualmente, nel nostro ordinamento, una risposta solo parziale nel già ricordato istituto dei permessi premio, previsto dall'art. 30-ter della legge n. 354 del 1975, la cui fruizione – stanti i relativi presupposti, soggettivi ed oggettivi – resta in fatto preclusa a larga parte della popolazione carceraria. Si tratta di un problema che merita ogni attenzione da parte del legislatore”.

La questione prospettata dunque, sotto un secondo profilo, ad avviso del Giudice delle Leggi, limitandosi a richiedere un intervento ablativo della previsione del controllo a vista in occasione dei colloqui, da un lato avrebbe comportato un effetto molto più ampio del necessario, poiché questo controllo non è volto solo a impedire rapporti sessuali, ma presiede a fondamentali esigenze di sicurezza, di cui non si potrebbe fare a meno in ogni caso, mentre dall'altro, la rimozione del controllo a vista neppure sarebbe stata di per sé sufficiente a facultizzare i colloqui intimi, prevedendo questi ultimi la necessità di una disciplina ad hoc, che “stabilisca termini e modalità di esplicazione del diritto di cui si discute: in particolare, occorrerebbe individuare i relativi destinatari, interni ed esterni, definire i presupposti comportamentali per la concessione delle <<visite intime>>, fissare il loro numero e la loro durata, determinare le misure organizzative”. Tutti profili che la Consulta individua come propri della discrezionalità del legislatore, come pure frutto di una scelta non obbligata è che ci si limiti a ipotizzare una apertura a tali tipi di rapporti solo tra soggetti uniti dal vincolo matrimoniale, come chiede il giudice *a quo*, potendo attingersi in ipotesi anche platee differenti.

Su entrambi i profili opportune precisazioni consentono oggi, ad avviso dello scrivente magistrato di sorveglianza, un nuovo, e comunque diverso, esame da parte del Giudice delle Leggi del merito dei problemi di costituzionalità che meglio si accenneranno.

Nel sollevare la questione in questa sede, occorre dunque innanzitutto precisare, in ordine alla rilevanza della stessa nel procedimento, che il reclamante si duole del divieto, derivante dall'attuale normativa, di poter disporre di spazi di adeguata intimità, anche per esercitare la sessualità con la compagna, nel momento in cui gli è consentito di svolgere con la stessa i colloqui visivi che, per come detto, prevedono la costante sottoposizione al controllo visivo della polizia penitenziaria.

L'ordinamento penitenziario tutela in modo peculiare, in particolare mediante i colloqui visivi e la corrispondenza telefonica, i rapporti dei detenuti con i congiunti, e tra questi certamente figura la persona convivente, con ricostruzione pacifica per l'amministrazione penitenziaria (art. 37 co. 1 reg. es. ord. penit.), di recente trasfusa nella disposizione di cui all'art. 1 co. 38 della legge 76/2016, secondo la quale “I conviventi di fatto hanno gli stessi diritti spettanti al coniuge nei casi previsti dall'ordinamento

penitenziario.”. Anche da ultimo, in modo ulteriormente esplicito ed inclusivo, la legge 70/2020 all’art. 2-*quinquies*, in materia di colloqui telefonici, individua come categoria di soggetti con i quali è specialmente importante preservare continuità di relazioni: il coniuge, l’altra parte dell’unione civile, la persona stabilmente convivente o legata all’interessato “da relazione stabilmente affettiva”.

Si è sopra succinta la posizione giuridica del condannato reclamante, che attualmente non può godere di permessi premio perché da un lato l’istituto penitenziario non ha nei suoi confronti elaborato un programma di trattamento, tanto meno con la previsione di esperienze premiali esterne, e dall’altro perché la condotta che lo stesso ha tenuto, nei mesi precedenti al reclamo, non appare segnata da quella regolarità che ragionevolmente può condurre il magistrato di sorveglianza a concedere il permesso.

Tale strumento, d’altra parte, apparirebbe allo stato il solo idoneo in qualche modo a consentire l’esercizio della sessualità della persona detenuta, anche se di fatto attraverso un “aggiramento” del divieto, od anzi una sua riconferma indiretta, poiché l’incontro intimo avverrebbe in effetti nel breve intervallo di libertà concessogli dal magistrato di sorveglianza.

Ad ogni modo tale soluzione, allo stato preclusa, per quanto detto, al reclamante, non sembra esente da critiche (la Corte Costituzionale, non a caso, faceva cenno al fatto che il permesso premio costituisse una soluzione del problema solo parziale) poiché determina la conseguenza di spostare il piano dell’esercizio di un diritto che, come si proverà a dire, appare da annoverare tra quelli fondamentali della persona, verso l’orizzonte della premialità, precludendolo a chi si trovi nella condizione del condannato, e per diverse ragioni ai detenuti in custodia cautelare o a chi non abbia ancora maturato le quote di pena previste dagli art. 30-*ter* e *quater* ord. penit. per l’ammissibilità della richiesta.

Neppure può essere invocato l’istituto del permesso per gravi motivi, previsto dall’art. 30 ord. penit., poiché i casi stringenti in relazione ai quali lo stesso può essere concesso, non contemplano l’esercizio della sessualità (appare consolidata una giurisprudenza della S.C. che addirittura esclude dalla nozione di motivo grave persino la consumazione del matrimonio celebrato in carcere – vd. più di recente sent. Cass. 48165/2008, sulla scorta di precedenti analoghi: sent. 1553/1992 e 1524/1992- in cui per altro pure si ribadisce che lo strumento di cui all’art. 30 ord. penit. ha il carattere dell’eccezionalità, mentre il diritto ad avere rapporti sessuali “per sua natura, non ha alcun carattere di eccezionalità”).

Nel caso di specie, dunque, l’istante allo stato non ha alternative a formulare la doglianza oggetto del reclamo, ed il magistrato di sorveglianza, che deve valutarlo ai sensi degli art. 35-*bis* e 69 co. 6 lett. b) ord. penit. ha già potuto verificare la rispondenza dell’agire dell’amministrazione a disposizioni normative che, in particolare nell’art. 18 co. 3 ord. penit., impongono di interdire momenti di intimità, specialmente di tipo sessuale, durante il colloquio visivo. La stessa S.C. con la risalente sent. 1553/1992 significativamente afferma che: “il vigente ordinamento penitenziario esclude, per i detenuti, la facoltà di rapporti sessuali, anche tra persone unite in matrimonio, nel carcere.” ed aggiunge che tale esclusione appare conseguenza diretta della privazione della libertà personale, ma quest’ultima espressione non sembra tener conto di un contesto sovranazionale in cui diffusamente la privazione della libertà personale non si associa affatto ad un divieto assoluto di esercitare la sessualità con il/la partner in libertà, in appositi momenti di incontro, né si confronta con l’assenza di una previsione di tale divieto tra le pene, anche accessorie, previste nel codice

penale.

A fronte dell'attuale normativa, dunque, non è censurabile l'agire dell'amministrazione e il reclamo-istanza del detenuto è destinato al rigetto, ove le disposizioni vigenti siano considerate compatibili con il quadro costituzionale, mentre viceversa l'accoglimento della questione di costituzionalità potrebbe condurre all'opposta conseguenza. Di qui la rilevanza della questione che oggi si sottopone al Giudice delle Leggi.

Il magistrato di sorveglianza ritiene inoltre non manifestamente infondata la questione di costituzionalità, rispetto ai già evocati parametri costituzionali, per le ragioni di seguito succinte.

A venire in rilievo appare innanzitutto il diritto alla libera espressione della propria affettività, anche mediante i rapporti sessuali, quale diritto inviolabile riconosciuto e garantito, secondo il disposto dell'art. 2 Cost. Si tratta di un diritto così qualificato dalla stessa giurisprudenza della Corte Costituzionale, che ha esplicitato da tempo come l'attività sessuale sia "indispensabile completamento e piena manifestazione" del diritto all'affettività e come costituisca "uno degli essenziali modi di espressione della persona umana [...] che va ricompreso tra le posizioni soggettive direttamente tutelate dalla Costituzione ed inquadrato tra i diritti inviolabili della persona umana che l'art. 2 Cost. impone di garantire" (cfr. sent. 561/1087; vd. anche sent. 161/1985 in cui si parla del diritto a realizzare la propria identità sessuale come aspetto e fattore di svolgimento della personalità che i membri della collettività sono tenuti a riconoscere). Un diritto di cui dunque non si dovrebbe essere privati, contrariamente a quanto invece accade, a fronte della proibizione normativa qui oggetto di perplessità costituzionale, anche nel contesto penitenziario (cfr. sent. Corte Cost. 26/1999), dove invece sono inibiti i rapporti sessuali delle persone detenute con il/la partner in libertà. Il carcere è d'altra parte certamente una formazione sociale in cui si svolge la personalità dei detenuti. Ciò non può che condurre ad interdire una completa inibizione dell'esercizio della affettività nella forma del rapporto sessuale con la persona convivente in libertà, che si realizza mediante una assoluta rinuncia da parte della legge a tentare ogni possibile bilanciamento con le eventuali ragioni di sicurezza che possano in taluni casi rivelarsi ostative.

In questo modo si finisce per compromettere nei confronti della persona detenuta un residuo spazio di libertà "tanto più prezioso in quanto costituisce l'ultimo ambito nel quale può espandersi la sua personalità individuale" (cfr. Corte Cost. sent. 349/1993 e, più di recente, sent. 186/2018).

La forzata astinenza dai rapporti sessuali con i congiunti in libertà, derivante dal disposto normativo ostativo, proprio per l'argomento da ultimo citato, appare allora in contrasto anche con l'art. 13 Cost., con riferimento al comma 1, poiché di fatto determina una compressione della libertà personale che non appare giustificata in ogni caso da ragioni di sicurezza e che, perciò, finisce per tradursi in una sofferenza aggiuntiva rispetto alla privazione della libertà, che già inevitabilmente deriva dalla restrizione carceraria.

Nel caso che ci occupa, ad esempio, il condannato è ristretto in regime di "media sicurezza", non ha commesso reati che lo descrivano come collegato con organizzazioni criminali organizzate, non vede sottoposti a controllo auditivo né i suoi colloqui visivi, né le sue conversazioni telefoniche, né ancora controllata nei contenuti la sua corrispondenza, tanto che inibirgli contatti intimi con la compagna non contribuisce in alcun modo ad aumentare il livello di sicurezza della collettività.

Non altrettanto, ad esempio, potrebbe dirsi per un detenuto sottoposto al regime differenziato di cui

all'art. 41-bis ord. penit, misura che viene imposta con precisi limiti temporali rispetto a detenuti che, anche in ragione dei reati di cui sono considerati responsabili, manifestino una pericolosità sociale spiccata e che, tra le limitazioni che espressamente contiene, ha anche quella rispetto al numero dei colloqui con i familiari e, soprattutto, per quanto qui ci occupa, delle modalità di svolgimento dei colloqui, con video-audio registrazione, resa necessaria dal pericolo che gli stessi costituiscano occasione per veicolare messaggi illeciti e direttive per i gruppi criminali all'esterno, modalità che all'evidenza si appalesano motivatamente in contrasto, dunque, con la privacy che la sessualità richiede.

In tal senso, dunque, si appalesa un contratto anche con l'art. 13 co. 4 Cost., poiché una amputazione così radicale di un elemento costitutivo della personalità, quale la dimensione sessuale dell'affettività, finisce per configurare una forma di violenza fisica e morale sulla persona detenuta che, nella mancanza di una giustificazione sotto il profilo della sicurezza, si volge in mera vessazione, umiliante e degradante, per altro non soltanto per il condannato, ma per la persona con lui convivente, cui pure viene interdetto l'accesso a quella sessualità e alla genitorialità che potrebbe, ove lo si volesse, derivarne, inibendo per un tempo variabile, ma che potrebbe anche rivelarsi dirimente in termini negativi, le possibilità per la coppia di generare figli o ulteriori figli (in questo senso può leggersi il riferimento contenuto nel reclamo dell'interessato alle conseguenze che dall'attuale divieto derivano in termini negativi sul proprio ruolo genitoriale).

E' in questa chiave che, dunque, attraverso il richiamo all'art. 117 co. 1 Cost., sembra venire in rilievo una violazione dell'art. 3 CEDU, poiché appunto la imposta privazione della dimensione sessuale dell'affettività con il/la partner sembra apprezzarsi quale trattamento inumano e degradante, a fronte della rinuncia da parte della legge penitenziaria a valutare la possibilità di un bilanciamento tra esercizio del diritto ed esigenze di sicurezza, con ciò determinando una afflittività maggiore di quanto necessario alla condizione detentiva, certamente tale da comportare effetti dannosi per la salute psico-fisica della persona detenuta.

Il divieto di svolgere colloqui intimi con il/la partner in libertà si appalesa poi in contrasto con la protezione della famiglia derivante dal combinato disposto degli art. 29, 30 e 31 Cost., nella misura in cui la stessa deve trovare nella legge forza e sostegno per costituirsi, ma anche per assicurare a tutti i suoi componenti protezione. In questa chiave, invece, del tutto distonica è la previsione di un divieto che logora i rapporti di coppia, rischia di spezzarli a fronte del protrarsi del tempo in cui la fondamentale componente della sessualità non può essere esercitata, e di fatto pone precondizioni non perché, al rientro in libertà della persona detenuta, la stessa possa tornare alla propria famiglia con maggiori chance di reinsediarsi nella pienezza del proprio ruolo, ma avendo vissuto un periodo, breve o lungo, nel quale gli è stata imposta una innaturale astinenza dal vincolo unitivo del rapporto sessuale con il/la partner. Ciò pregiudica, per altro, per come detto, la stessa possibilità di accedere alla genitorialità, e mina, anche in contesti in cui la coppia non abbia fatto accesso agli istituti del matrimonio o dell'unione civile, il diritto dei figli alla serenità del rapporto di coppia tra i genitori, condizione non secondaria per lo sviluppo della propria personalità.

Il dispositivo di legge impediente gli incontri intimi, anche a carattere sessuale, sembra dunque in contrasto anche con l'art. 32 Cost. non potendo in tal senso dubitarsi delle dirimenti conseguenze negative derivanti dal protrarsi di una forzata astinenza dai rapporti sessuali con il/la partner in libertà, e più in

generale dall'assenza di un momento privato in cui vivere la propria relazione con l'altr*, al di fuori di una osservazione continuativa da parte del personale di custodia, che finisce per avere effetti sulla salute psichica della persona detenuta, in un contesto già ordinariamente psicopatogeno come quello della restrizione della libertà personale, e che può averne sulla stessa salute fisica (non è d'altra parte previsto uno spazio di privacy garantito neppure per la masturbazione o per i rapporti sessuali tra persone detenute).

Nel quadro che si è sin qui tentato di descrivere non è certo ultimo l'effetto negativo dirimente che il divieto di incontri intimi con la persona convivente comporta, ove riguardato in rapporto all'art. 27 co. 3 Cost.

Da un lato certamente sotto il profilo dell'umanità della pena, poiché si impone una limitazione così pregnante di una componente così essenziale della vita di ogni persona, come quella della declinazione anche sessuale della propria affettività, e comunque di una dimensione del tutto riservata nell'espressione di quest'ultima, da aggiungere alla privazione della libertà un sicuro surplus di afflittività, non sempre necessitata da ragioni di sicurezza, ma anche dal punto di vista della finalità rieducativa delle pene. Ne derivano conseguenze desocializzanti che, piuttosto che fare del tempo vissuto in carcere una occasione per costruire e irrobustire relazioni socio-familiari esterne in grado di far da rete efficace alle fragilità personali che inevitabilmente conseguiranno alla restituzione di un detenuto alla società, corrono il rischio di prepararne una maggior solitudine e una insicurezza personale più spiccata, connessa al mancato esercizio del proprio ruolo naturale all'interno di una relazione di coppia che, viceversa, ove vissuta o ritrovata nella sua pienezza, potrebbe far da volano alla risocializzazione della persona.

Si contribuisce invece, attraverso la sottrazione di una porzione significativa di libera disponibilità del proprio corpo e del proprio esprimere affetto, ad una regressione del detenuto verso una dimensione infantilizzante, opposta a quella che si dovrebbe perseguire. D'altra parte non si lavora efficacemente a garantire un diritto fondamentale della persona se si limita al solo possibile accesso ai permessi premio l'esercizio della sessualità con il/la partner, rendendo umiliante una detenzione in cui lo stesso sia subordinato al mantenimento della buona condotta o alla partecipazione al trattamento, degradando quindi il diritto a malinteso strumento di coartato trattamento.

In vari passaggi si è provato dunque ad evidenziare l'irragionevolezza, rilevante ex art. 3 Cost., del divieto di incontri intimi con il congiunto in libertà imposto, senza alcun riferimento a particolari profili di sicurezza da tutelare nel caso specifico, dall'art. 18 ord. penit.. Occorre ancora sottolineare che tale profilo si appalesa maggiormente stringente all'esito delle riforme del 2018. Per come si è detto infatti l'art. 18 co. 3, con il d.lgs. 123/2018, è stato arricchito di un riferimento alla opportunità che i locali destinati ai colloqui con i familiari favoriscano una dimensione riservata del colloquio. E' vero che la disposizione è completata da un "ove possibile", che corre il rischio di non essere soddisfacente, rimettendo ad una generica buona volontà dell'amministrazione l'approntamento di strutture adatte allo scopo (che pure in diversi luoghi si è cominciato ad attrezzare, per come deducibile anche da fonti aperte), ma è certo che la dimensione riservata del colloquio contrasta in modo evidente con l'imposto controllo a vista, seppur non auditivo, del personale di polizia penitenziaria, che continua a leggersi nel medesimo comma e che è in ogni caso obbligatorio.

Ancor più stridente è poi il confronto con la disciplina contenuta in materia di ordinamento

penitenziario minorile, nel coevo d.lgs. 121/2018, all'art. 20 co. 3 e seguenti, secondo i quali: "Al fine di favorire le relazioni affettive, il detenuto puo' usufruire ogni mese di quattro visite prolungate della durata non inferiore a quattro ore e non superiore a sei ore, con una o piu' delle persone di cui al comma 1" (congiunti e persone con cui sussiste un significativo legame affettivo), ed ancora: " 4. Le visite prolungate si svolgono in unita' abitative appositamente attrezzate all'interno degli istituti, organizzate per consentire la preparazione e la consumazione di pasti e riprodurre, per quanto possibile, un ambiente di tipo domestico. 5. Il direttore dell'istituto verifica la sussistenza di eventuali divieti dell'autorita' giudiziaria che impediscono i contatti con le persone indicate ai commi precedenti. Verifica altresì la sussistenza del legame affettivo, acquisendo le informazioni necessarie tramite l'ufficio del servizio sociale per i minorenni e dei servizi socio-sanitari territoriali. 6. Sono favorite le visite prolungate per i detenuti che non usufruiscono di permessi premio."

Nel contesto minorile, dunque, si è data una risposta normativa (anche in adempimento di quanto richiesto dalla legge delega 103/2017 sul punto) che sembra significativamente aprire alla dimensione veramente riservata del colloquio, anche delineando una disciplina che da un lato consente la verifica della sussistenza di particolari ragioni di sicurezza eventualmente ostative, e dall'altra favorisce, nell'ottenimento delle visite prolungate, le persone che non usufruiscono di permessi premio, pur senza considerare le prime come una alternativa che non le renda più necessarie ove la persona detenuta abbia accesso ai secondi.

Sotto questo profilo, dunque, appare irragionevole la disparità di trattamento che ne è derivata, laddove nel contesto minorile è consentito ai minori o ai giovani adulti detenuti in istituti minorili, di fruire di colloqui prolungati con caratteristiche tali da favorire momenti affettivi vissuti nell'intimità, ma una analoga possibilità non è prevista per gli adulti ospitati negli istituti per maggiorenni.

Deve infine ricordarsi come lo spazio per le "visite coniugali" o intime sia particolarmente favorito nella cornice sovranazionale e auspicato in molte, sedimentate, Carte in materia di diritti delle persone detenute (tra queste si possono ricordare: la Raccomandazione (1997) 1340, dell'Assemblea Generale del Consiglio d'Europa; l'art. 24 Raccomandazione Rec(2006)2 del Comitato dei Ministri agli stati membri sulle Regole penitenziarie europee; la Raccomandazione del Parlamento europeo n. 2003/2188 del 2004 - in part. art. 1 lett. c). Sono ormai molteplici i paesi nel mondo in cui i colloqui intimi sono parte della quotidianità penitenziaria, e il loro numero si infittisce particolarmente restringendo il campo di ricerca ai paesi facenti parte del Consiglio d'Europa o ancora più dell'Unione Europea. Si tratta di normative per altro introdotte da tempo, tutt'altro che sperimentali. Ai diretti confini continentali del nostro paese, ad esempio, le visite coniugali sono ovunque riconosciute, seppur con modalità differenti ed in contesti detentivi assai diversi: in Francia, in Svizzera, in Austria e in Slovenia, e scelte analoghe, pur nella varietà delle soluzioni concretamente adottate, si apprezzano largamente in altri paesi, anche dell'Unione Europea, che presentano un sistema penitenziario, similmente al nostro, di dimensioni particolarmente ampie, come la Spagna.

Sotto il profilo convenzionale, viene in rilievo l'art. 8 della CEDU, rispetto al quale il magistrato rimettente pure opina, in rapporto all'art. 117 co. 1 Cost., la sussistenza di un contrasto del disposto ostativo previsto dalla legge penitenziaria italiana con il diritto al rispetto della propria vita privata e familiare. E' noto che la Corte europea, nello scrutinare casi propostigli sulla materia, ha manifestato apprezzamento per

gli Stati che adottino normative che consentano i colloqui intimi e una cornice per l'esercizio dell'affettività anche di tipo sessuale alle persone detenute. La Corte ha comunque riconosciuto uno spazio di discrezionalità ai paesi componenti, ma lo stesso appare da declinarsi in relazione alle concrete modalità che in ogni singolo Stato vengano volta a volta immaginate per consentire l'esercizio del diritto alla sessualità quale elemento essenziale della propria vita familiare (si vd. da ultimo quanto affermato nel caso *Leslaw Wojcik v. Polonia*, 2021).

La Corte ha ribadito in quella sede che non è incompatibile con la Convenzione la negazione di visite intime e che esiste un margine significativo di apprezzamento da parte degli Stati membri circa le azioni da porre in essere in materia, avendo riguardo ai bisogni e alle risorse delle comunità. Anche in casi precedenti (ad es. *Aliev v. Ukraine*, 2003), la Cedu ha riconosciuto che il diniego da parte delle autorità penitenziarie di consentire al ricorrente di svolgere dei colloqui intimi con la moglie non era incompatibile con la Convenzione, trattandosi di una misura giustificata da ragioni di prevenzione del crimine.

Nel caso che è all'origine della presente questione di costituzionalità non sembrano venire in rilievo esigenze di sicurezza connesse alla pericolosità sociale del condannato, né derivanti in particolare dai contatti intimi che eventualmente fossero consentiti al detenuto con la propria compagna, ed è dunque nell'assenza di una qualsiasi possibilità di vederseli autorizzati, in forza di un divieto generalizzato imposto a tutte le persone detenute dalla legge penitenziaria italiana, e non collegato alla sussistenza di ragioni di sicurezza particolari, ad intravedersi una violazione dell'art. 8 (si è invece già citato in precedenza un contrasto con l'art. 3) della Convenzione europea. Tale divieto appare in sempre più stridente contrasto con la Convenzione, a fronte del consolidarsi di quel sempre più ampio fronte di paesi membri che consentono visite coniugali ai detenuti, e che perciò proporzionalmente sembra ridurre il margine di apprezzamento esercitabile dal singolo Stato, quanto meno in ordine al mettere in campo, pur con adeguata regolamentazione ed opportune esclusioni, una disciplina che le facoltizzi, in assenza di pericoli per la sicurezza.

Si è consapevoli delle considerazioni svolte dalla Consulta con la sentenza 301/2012, quando fu sollevata una questione di costituzionalità da parte del magistrato di sorveglianza di Firenze, che condussero all'inammissibilità della stessa.

Si è anche già evidenziato come in quell'occasione la Corte ebbe modo di prendere tuttavia posizione sul tema, che descrisse come "esigenza reale e fortemente avvertita", cogliendo l'occasione offertale per indirizzare al legislatore un esplicito monito ad intervenire: "Si tratta di un problema che merita ogni attenzione da parte del legislatore, anche alla luce dalle indicazioni provenienti dagli atti sovranazionali richiamati dal rimettente (peraltro non immediatamente vincolanti, come egli stesso ammette) e dell'esperienza comparatistica, che vede un numero sempre crescente di Stati riconoscere, in varie forme e con diversi limiti, il diritto dei detenuti ad una vita affettiva e sessuale intramuraria".

Tuttavia, dal dicembre 2012, sono trascorsi ormai dieci anni, un tempo specialmente lungo, senza che sul punto si sia pervenuti ad una effettiva modifica della normativa qui rilevante, in particolare con l'introduzione di colloqui intimi che, con opportuna modulazione del divieto di colloqui visivi svolti senza il controllo a vista del personale penitenziario, garantissero la riservatezza degli incontri.

E' noto che siano stati proposti vari disegni di legge in materia, alcuni anche in tempi assai recenti. In un caso la legge delega 103/2017, all'art. 1 co. 85 aveva tra l'altro richiesto che fosse elaborata una disciplina normativa che comportasse il "riconoscimento del diritto all'affettività" delle persone detenute e internate e disciplina delle condizioni generali per il suo esercizio" e la Commissione per la riforma dell'ordinamento penitenziario nel suo complesso (presieduta dal prof. Glauco Giostra) aveva redatto una articolata proposta di esercizio di quella delega (cfr. art. 18 del Progetto di riforma penitenziaria, significativamente con rubrica modificata in "colloqui, incontri intimi, corrispondenza e informazione"), ma la stessa non fu poi inserita nel testo dei d.lgs. di esercizio della delega n. 123 e 124 del 2018. In quell'occasione rimasero soltanto interventi collaterali, già sopra citati, volti a consentire una maggior riservatezza dei colloqui, ma senza che fosse superato il blocco costituito dall'inevitabile controllo visivo di cui al vigente art. 18 ord. penit.

Non si è, dunque, sino ad ora, giunti a rispondere a quella "esigenza reale e fortemente avvertita", di cui la Consulta si dimostrò già consapevole dieci anni or sono. Ciò costituisce un elemento di novità ulteriore, rispetto alla questione di costituzionalità presentata nel 2012, poiché appunto si è assistito ad una protratta inerzia del legislatore sul tema, pur a fronte di un già esplicito monito da parte della Corte Costituzionale.

D'altra parte, nel corso degli ultimi anni, può parallelamente prendersi atto di una giurisprudenza costituzionale che ha valorizzato, al di là dello spazio stretto delle "rime obbligate", innanzitutto l'opportunità di vagliare la sussistenza nella legge di eventuali parametri cui ancorare ragionevolmente la soluzione normativa ritenuta idonea perché siano rispettati i principi costituzionali. In questa chiave è richiesto che si operi uno scrutinio volto alla ricerca di punti di riferimento già presenti nel "sistema legislativo", affinché il Giudice delle leggi possa intervenire riconducendo "a coerenza le scelte già delineate a tutela di un determinato bene giuridico, procedendo puntualmente, ove possibile, all'eliminazione di ingiustificabili incongruenze" (cfr. sent. 236/2016 e, proprio in materia penitenziaria, sent. 113/2020, dove si rinviene nel sistema una soluzione già esistente che, ove estesa, risulta "idone(a) a eliminare il vulnus riscontrato, ancorché non costituente l'unica soluzione costituzionalmente obbligata").

Nel caso che ci occupa si è quindi visto come, nel sistema minorile (con conseguenze già apprezzabili, per quanto in precedenza accennato, in punto di irragionevole disparità con i maggiorenni, ex art. 3 Cost), sia stata ormai introdotta una disciplina significativa e specifica in materia nell'art. 20 co. 3 e ss. d.lgs. 121/2018.

Dal punto di vista logistico, poi, si apprezza oggi, anche nella legge penitenziaria che concerne gli istituti per maggiorenni, una disposizione normativa, contenuta nello stesso art. 18 co. 3 ord. penit., che già prevede che siano adibiti locali atti a favorire una dimensione riservata del colloquio, che potrebbero opportunamente essere adattati anche per incontri intimi, purché fosse rimosso l'ostacolo oggi rappresentato dalla previsione dell'inevitabile controllo a vista.

D'altra parte è noto come in tempi recenti siano stati sviluppati e realizzati anche progetti-pilota rispetto alla costruzione di strutture e prefabbricati all'interno degli istituti penitenziari, volti a concretizzare quanto già previsto dalla novella del 2018, un contesto che resta però sostanzialmente limitato proprio dall'immutato quadro normativo sin qui descritto.

In tutti i casi, e per come l'esperienza della Casa Circondariale di Terni aiuta a dimostrare con quanto accaduto per la realizzazione della c.d. ludoteca e dell'area verde, accanto ad investimenti più strutturati, è possibile immaginare anche interventi svolti "in economia", che possano riadattare spazi già esistenti e male o poco utilizzati, profittando dell'abilità delle indispensabili unità Mof, che già operano in tutti gli istituti penitenziari.

Non ignora il magistrato di sorveglianza rimettente che, ancora, la giurisprudenza costituzionale ha in tempi più recenti elaborato soluzioni ulteriori, valutate come più efficaci della declaratoria di inammissibilità, per le ipotesi in cui persistano profili di discrezionalità legislativa così ampi da non consentire un intervento della Corte. Si fa riferimento a pronunce che, esibendo i profili di incostituzionalità di una certa soluzione normativa, concedono un tempo al Parlamento per intervenire, riservandosi all'esito il vaglio di quanto operato dal legislatore.

Con l'ordinanza 207/2018, la Consulta nell'adottare questa soluzione ricorda che "(i)n situazioni analoghe a quella in esame, questa Corte ha, sino ad oggi, dichiarato l'inammissibilità della questione sollevata, accompagnando la pronuncia con un monito al legislatore affinché provvedesse all'adozione della disciplina necessaria al fine di rimuovere il vulnus costituzionale riscontrato: pronuncia alla quale, nel caso in cui il monito fosse rimasto senza riscontro, ha fatto seguito, di norma, una declaratoria di illegittimità costituzionale (ad esempio: sentenza n. 23 del 2013 e successiva sentenza n. 45 del 2015). Questa tecnica decisoria ha, tuttavia, l'effetto di lasciare in vita – e dunque esposta a ulteriori applicazioni, per un periodo di tempo non preventivabile – la normativa non conforme a Costituzione. La eventuale dichiarazione di incostituzionalità conseguente all'accertamento dell'inerzia legislativa presuppone, infatti, che venga sollevata una nuova questione di legittimità costituzionale, la quale può, peraltro, sopravvenire anche a notevole distanza di tempo dalla pronuncia della prima sentenza di inammissibilità, mentre nelle more la disciplina in discussione continua ad operare. Un simile effetto non può considerarsi consentito nel caso in esame, per le sue peculiari caratteristiche e per la rilevanza dei valori da esso coinvolti." (come noto la stessa tecnica è stata ancora utilizzata con l'ord. 132/2020 e da ultimo, nel contesto penitenziario, con l'ord. 97/2021, e poi ancora con l'ord. 122/2022, cui ha fatto seguito il recente intervento legislativo costituito dal d.l. 162/2022).

Nel caso che ci occupa, per come già visto, sono effettivamente trascorsi dieci anni, senza che sia giunto a maturazione un progetto legislativo idoneo a superare la criticità segnalata con l'ordinanza di rimessione, una criticità concernente un diritto fondamentale della persona, il cui esercizio è attualmente conculcato nel delicatissimo contesto della privazione della libertà in carcere in modo generalizzato per tutte le persone detenute, e rispetto al quale la Consulta già indirizzò al legislatore un espresso monito. Il mondo penitenziario, come noto particolarmente in sofferenza per il significativo sovraffollamento, e per la connessa difficoltà di costruire efficaci percorsi di presa in carico tempestiva ed individualizzata delle persone ristrette (con conseguenti ritardi anche nel predisporre le condizioni per l'accesso ad eventuali permessi premio o misure alternative), è per altro in questa stagione funestato dal moltiplicarsi delle problematiche legate alla salute mentale delle persone ristrette e dal sempre più elevato numero di suicidi riscontrati.

Se è evidente come esorbiti radicalmente dai confini della presente questione, per altro delimitata anche dalla rilevanza nel caso che occupa il magistrato remittente (dunque: possibilità di svolgere incontri intimi a carattere anche sessuale con la compagna convivente), una valutazione concernente le cause di questi fenomeni, può dedursi, anche dalle scelte dell'amministrazione che, mediante varie circolari sul tema, ha affrontato il problema (vd. da ultimo circolare DAP 3696/6146 del 26.09.2022, in particolare §4.6), che il numero e la qualità dei momenti di contatto dei detenuti con il mondo esterno, e segnatamente con i familiari, incide in modo particolare in termini positivi, contribuendo al benessere psico-fisico della persona detenuta e riducendo il rischio suicidiario. Di fatto, per altro, si tratta di profili che ridondano in termini positivi sulla stessa onerosa gestione della sicurezza interna e, per le ragioni che già si è già sopra provato a succingere, sulla capacità della restrizione carceraria di contribuire alla risocializzazione di chi la subisca.

In questa chiave il riconoscimento del diritto allo svolgimento di colloqui intimi con il/la partner sembra al rimettente iscriversi dunque nell'ambito delle questioni la cui risoluzione appare specialmente urgente.

Da ciò deriva, dunque, la non manifesta infondatezza, ad avviso del magistrato di sorveglianza scrivente, della questione di legittimità costituzionale dell'art. 18 ord. penit. nella parte in cui non prevede che alla persona detenuta sia consentito, quando non ostino ragioni di sicurezza, di svolgere colloqui intimi, anche a carattere sessuale, con la persona convivente non detenuta, senza che sia imposto il controllo a vista da parte del personale di custodia, per contrasto con gli art. 2, 3, 13 co. 1 e 4, 27 co. 3, 29, 30, 31, 32 e 117 co. 1 Cost., quest'ultimo in rapporto agli art. 3 e 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, e pertanto, presuppostane la rilevanza per l'odierno procedimento, deve sollevarsi questione di legittimità costituzionale, che si ritiene non manifestamente infondata.

P. Q. M.

Visti gli artt. 134 della Costituzione, 23 e ss. legge 11 marzo 1953, n. 87;

dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 18 ord. penit. nella parte in cui non prevede che alla persona detenuta sia consentito, quando non ostino ragioni di sicurezza, di svolgere colloqui intimi, anche a carattere sessuale, con la persona convivente non detenuta, senza che sia imposto il controllo a vista da parte del personale di custodia, per contrasto con gli art. 2, 3, 13 co. 1 e 4, 27 co. 3, 29, 30, 31, 32 e 117 co. 1 Cost, quest'ultimo in rapporto agli art. 3 e 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Dispone l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale.

Sospende il procedimento in corso sino all'esito del giudizio incidentale di legittimità costituzionale.

Ordina che a cura della cancelleria la presente ordinanza di trasmissione degli atti sia notificata alle parti in causa ed al pubblico ministero nonché al Presidente del Consiglio dei Ministri e comunicata ai Presidenti delle due Camere del Parlamento.

Spoleto, 14.12.2022

IL CANCELLIERE ESPERTO
Patrizia Casaretti

DEPOSITATO IN CANCELLERIA
SPOLETO, 12/11/2023

Il Cancelliere
Patrizia Casaretti

Il Magistrato di sorveglianza
Fabio Gianfilippi

