

Dipartimento di Giurisprudenza

Cattedra di Diritto dell'Esecuzione Penale

**Le pene accessorie ‘occulte’: riflessioni sul diritto
all'affettività.
Analisi della situazione italiana e profili comparatistici.**

Chiar.ma Prof.ssa Paola Balducci

RELATORE

Chiar.mo Prof. Mitja Gialuz

CORRELATORE

Luca Fabricatore Irace
Matr. 147993

CANDIDATO

INDICE

Introduzione	1
CAPITOLO I	5
AFFETTIVITÀ E CARCERE: NORMATIVA NAZIONALE E SOVRANAZIONALE DI RIFERIMENTO	5
1. Premessa: la riforma dell'ordinamento penitenziario (Legge 26 luglio 1975, n. 354)	5
1.1. I Regolamenti penitenziari dell'Italia post-unitaria: il regolamento del 1891	5
1.2. I Regolamenti penitenziari dell'Italia post-unitaria: il regolamento del 1931	9
1.3. L'ordinamento penitenziario: dalla caduta del fascismo al 1975	12
1.4. L'ordinamento penitenziario: dal 1975 ad oggi	16
2. La disciplina vigente in materia di colloqui e permessi premio: l'art. 18 ss. dell'ordinamento penitenziario	23
2.1. Colloqui e corrispondenza in carcere: analisi dell'articolo 18, legge n. 354 del 1975	24
2.2. Permessi di necessità e permessi premio: analisi degli articoli 30 e 30 ter, legge n. 354 del 1975	32
3. La sfera affettiva come aspetto indispensabile del trattamento rieducativo: violata la funzione rieducativa della pena?	37
4. Le fonti sovranazionali del diritto penitenziario: Regole Penitenziarie Europee, Raccomandazioni e Convenzioni	42
5. Arresti giurisprudenziali in materia affettività: Corti nazionali e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo	48
5.1. Il Consiglio di Stato si pronuncia sulle modifiche al d.P.R. n. 230 del 2000	49
5.2. La sentenza n. 301 del 2012 della Corte costituzionale	51
5.3. La posizione restrittiva della Corte di Cassazione	55
5.4. Il diritto all'affettività nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo	58
CAPITOLO II	64
IL DIRITTO ALL'AFFETTIVITÀ E ALLA SESSUALITÀ IN CARCERE: LE VISITE CONIUGALI	64
1. Le proposte di riforma del legislatore italiano mai attuate	64
1.1. I progetti di legge presentati dal 2000 al 2020	66
1.2. La recente proposta di legge d'iniziativa della Regione Lazio	72

2. Le implicazioni costituzionali: gli artt. 29 e seguenti della Costituzione.....	74
2.1. La tutela della famiglia: gli articoli 29, 30 e 31 della Costituzione	75
2.2. La tutela della salute: l'articolo 32 della Costituzione	78
3. Le possibili modalità organizzative per le visite coniugali: la predisposizione dei luoghi, i tempi e i soggetti ammessi alle visite	80
3.1. Alcuni esperimenti italiani: le c.d. “stanze dell'affettività” del carcere di Milano Bollate, Milano Opera e di Roma Rebibbia	87
3.2. Il bilanciamento tra un diritto fondamentale e le contrapposte esigenze di sicurezza all'interno degli istituti di pena	91
4. La declinazione del diritto all'affettività per i detenuti LGBTQ+.....	93
5. Prospettive <i>de iure condendo</i>	98
CAPITOLO III	103
IL DIRITTO ALL'AFFETTIVITÀ OLTRE I CONFINI NAZIONALI	103
1. Profili comparatistici: uno sguardo alla situazione europea ed extra-europea	103
2. Il modello francese: un'esperienza virtuosa da prendere come modello	106
3. Il modello spagnolo: la sfera affettiva dei detenuti nelle carceri spagnole.....	109
4. La c.d. <i>Silva</i> del Canton Ticino	112
5. La situazione nell'America del Nord: le <i>conjugal visits</i> negli Stati Uniti	115
6. Le <i>Private Family Visits</i> in Canada	121
7. L'esperienza in America Latina: Brasile e Argentina	124
8. Le visite affettive in Israele.....	127
Conclusioni	130
BIBLIOGRAFIA	134

Introduzione

«Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato»¹.

È questo il canone a cui deve uniformarsi l'esecuzione delle pene, per non dimenticare che il detenuto è pur sempre un uomo che conserva quei suoi diritti costituzionalmente garantiti, che non siano strettamente incompatibili con lo stato di detenzione. È da questo che l'elaborato parte per sviluppare il tema del diritto all'affettività, qui proposto.

Non si può prescindere, prima di tracciare le direttive del ragionamento che si seguirà in questa ricerca, da qualche precisazione sul titolo, fissando alcuni tasselli per comprendere la scelta di utilizzare quelle esatte parole.

L'intero elaborato si basa sull'idea che la negazione del diritto all'affettività in tutte le sue forme sia frutto di una scelta consapevole, per quanto non condivisibile, del legislatore italiano e non di un'inevitabile situazione di fatto. Inoltre, in ossequio al principio di legalità in materia penale, posto dall'articolo 25, comma 2 della Costituzione, le sanzioni penali devono trovare la loro fonte esclusiva nella legge. Da queste due premesse si desume la configurazione della negazione del diritto all'affettività come "pena accessoria occulta", che non figura nella sentenza di condanna ma che si infligge a tutti i detenuti come conseguenza automatica dell'esecuzione della condanna alla pena detentiva. Si tratta, inoltre, di una pena inflitta non solo al condannato ma anche alla famiglia, che si vede negata la possibilità di coltivare rapporti affettivi con il proprio caro. Tuttavia, di questa pena non se ne trova traccia nella sentenza: è un'afflittività supplementare, una pena che si aggiunge alla pena, che esiste ma non esiste.

L'elaborato, senza la pretesa di essere esaustivo, si svilupperà a partire dalla descrizione dei Regolamenti penitenziari post-unitari del 1891 e del 1931: si porrà l'accento sulla configurazione dell'esecuzione delle pene e del carcere, concepito come istituzione chiusa deputata solo alla punizione del reo; la trattazione proseguirà ripercorrendo le tappe fondamentali che hanno portato all'adozione della legge di

¹ Art. 27, comma 3 della Costituzione.

ordinamento penitenziario² attualmente vigente – ponendo particolare attenzione alla sua portata innovativa – fino ad arrivare al Regolamento di esecuzione dell'ordinamento penitenziario³.

Verrà fatta, poi, una panoramica generale sugli istituti dei colloqui e dei permessi, che attualmente sono l'unico modo che la legge prevede per l'esercizio del diritto all'affettività dei detenuti ma che, come si cercherà di mettere in evidenza, non risolvono sicuramente il problema.

Infatti, per quanto riguarda i colloqui inframurari, l'ostacolo principale alla piena espressione del diritto riguarda l'obbligo di continua sorveglianza visiva da parte del personale penitenziario, previsto dall'art. 18, co. 2 O.P., che inibisce qualunque manifestazione, anche minima, di affetto. Per quanto riguarda i permessi, soprattutto i permessi premio, l'ostacolo principale è posto dagli stringenti requisiti per la concessione del permesso, con la conseguenza che solo una piccola parte della popolazione penitenziaria può effettivamente accedere al beneficio.

Si passerà, poi, ad un inquadramento del problema dal punto di vista costituzionale, per verificare se si possono prospettare dei punti di frizione con le prescrizioni costituzionali.

In particolare, si proverà a rispondere alla domanda se la negazione del diritto all'affettività in tutte le sue forme possa in qualche modo configurare una violazione dell'art. 27, co.3 Cost.⁴, soprattutto per quanto attiene alla correlazione con la finalità rieducativa, messa in pericolo dalle attuali modalità di attuazione del diritto. Inoltre, si faranno delle considerazioni in merito ad altri diritti del detenuto costituzionalmente tutelati⁵, in quanto diritti che appartengono ad ogni essere umano e che non vengono meno con la detenzione: si tratta del diritto alla tutela della vita familiare e della genitorialità, *ex artt.* 29-31 Cost. e del diritto alla salute, *ex art.* 32 Cost.

Punto fondamentale sono anche le fonti sovranazionali, sotto forma di raccomandazioni, nonché la giurisprudenza nazionale e sovranazionale.

Le raccomandazioni non sono atti vincolanti per lo Stato italiano ma forniscono delle ottime linee guida per uniformare il nostro sistema penitenziario agli altri Paesi,

² Legge 26 luglio 1975, n. 354.

³ Decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 2000, n. 230.

⁴ Cfr. Cap. I § 3.

⁵ Cfr. Cap II § 2.

soprattutto europei, che dimostrano di avere una normativa in tema di affettività molto più avanzata della normativa italiana e perfettamente funzionante.

Di primaria importanza sono le Regole Penitenziarie Europee, raccomandazioni con un altissimo valore morale, politico e pratico, in quanto parametro di giudizio per la Corte Edu anche se, come affermato dalla stessa Corte, la violazione di queste regole non costituisce, per ciò solo, trattamento inumano e degradante.

Alla giurisprudenza verrà dedicato un intero paragrafo per mettere in evidenza le posizioni parzialmente divergenti delle varie Corti: si analizzerà il parere della Sezione Consultiva, Atti Normativi, del Consiglio di Stato n. 61 del 2000 sul regolamento di esecuzione dell'ordinamento penitenziario, in cui fu stralciata la proposta di introdurre una forma particolare di permesso che avrebbe consentito a detenuti ed internati di trascorrere con i propri familiari fino a ventiquattro ore in unità abitative predisposte all'interno dell'istituto, limitando il controllo del personale di polizia penitenziaria alla sorveglianza esterna dei locali, con la possibilità di effettuare dei controlli all'interno solo in situazioni di emergenza. Si analizzerà la sentenza della Corte costituzionale n. 301 del 2012 che, pur dichiarando inammissibile il ricorso del Magistrato di Sorveglianza di Firenze, si è espressa in favore di una regolamentazione in tema di affettività dei detenuti esortando il legislatore a provvedere. Si farà una disamina della altalenante posizione della giurisprudenza della Corte di Cassazione, che si è mostrata più aperta in quei casi che declinavano l'affettività nel senso di "diritto alla genitorialità" del detenuto e decisamente più restrittiva in quei casi declinabili come "tutela della sessualità". Infine, non si può non dare conto della posizione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo che, nonostante si mostri molto favorevole al mantenimento del maggior numero di contatti possibili con i familiari, non ha mai preso una posizione decisa sulle visite familiari.

Nel secondo capitolo, si darà prima conto delle innumerevoli proposte di legge presentate sia alla Camera dei deputati, che al Senato, in materia di diritto all'affettività, tutte sistematicamente cadute nel dimenticatoio parlamentare.

Poi, si daranno delle indicazioni sulle possibili modalità applicative del diritto all'affettività con riguardo alla predisposizione di luoghi adeguati, dei tempi delle visite e dei soggetti ammessi, prendendo come punto di partenza le già esistenti "stanze dell'affettività" negli Istituti di Roma-Rebibbia, Milano-Bollate e Milano-Opera. Il

punto essenziale, e maggiormente problematico riguardo le modalità applicative, riguarda il bilanciamento tra l'esercizio del diritto e le esigenze di sicurezza degli Istituti di pena.

Infine, nell'ultimo capitolo si tratterà del diritto all'affettività oltre i confini nazionali, fornendo prima un quadro d'insieme per poi concentrare l'attenzione sulle situazioni specifiche di alcuni Paesi che sono stati oggetto di maggiore attenzione da parte della dottrina.

Si farà riferimento sia ad esperienze di Stati europei che extra-europei, con la premessa che non tutti i modelli proposti sono da prendere come riferimento per una possibile trasposizione in Italia. Alcuni sistemi, infatti, hanno evidenziato delle modalità applicative rispettose dei più alti *standard* in materia penitenziaria, mentre altri mostrano delle situazioni che si configurano al limite di un trattamento disumano e degradante, sia per i detenuti che per i loro visitatori.

Questi i principali temi che verranno trattati in questa difficile ricerca, con la quale si cercherà di rispondere ai numerosi dubbi che ancora insistono sul tema.

CAPITOLO I

AFFETTIVITÀ E CARCERE: NORMATIVA NAZIONALE E SOVRANAZIONALE DI RIFERIMENTO

1. Premessa: la riforma dell'ordinamento penitenziario (Legge 26 luglio 1975, n. 354)

La riforma dell'ordinamento penitenziario, attuata con la Legge 26 luglio 1975, n. 354 "*Norme sull'ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure privative della libertà*", segna una svolta nel campo dell'esecuzione delle pene privative della libertà personale, in senso conforme al dettato costituzionale.

Infatti, nonostante la Costituzione sia entrata in vigore nel 1948, fino alla riforma del 1975 era stato applicato il regolamento carcerario del 1931, approvato con il regio decreto 18 giugno 1931, n. 787 "*Regolamento per gli Istituti di prevenzione e di pena*" dal Guardasigilli Alfredo Rocco. L'ormai superato regolamento del 1931 costituiva una estrinsecazione dell'ideologia fascista nel settore penitenziario. Non si può dire, però, che il regolamento carcerario del 1931 costituisse una assoluta novità nel campo delle fonti del diritto penitenziario: si trattava, infatti, di una rielaborazione del regolamento del 1891.

1.1.I Regolamenti penitenziari dell'Italia post-unitaria: il regolamento del 1891

Con l'avvento dello Stato di diritto inizia a farsi largo il concetto di "internamento istituzionalizzato"¹, caratterizzato dalla certezza del diritto e della pena. La sanzione penale è vista come una sofferenza legale che comporta la privazione della libertà personale per un periodo proporzionato alla gravità del delitto commesso e alla persona ritenuta colpevole. Il sistema penale era visto come il sistema legittimato a infliggere un male uguale e contrario all'offesa arrecata alla società civile con il reato

¹ SALVATI, L'evoluzione della legislazione penitenziaria in Italia, in Amministrazione in cammino, Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet", 2009, pag. 1.

commesso. In Italia la filosofia del carcere è da sempre caratterizzata da una logica “custodialistica”².

Alla svolta del Codice penale Zanardelli del 1890, seguì l’emanazione del Regolamento generale degli stabilimenti carcerari e dei riformatori governativi.

Per la prima volta si dà rilievo alla figura del condannato quale persona, anche nel corso dell’esecuzione della condanna e si afferma l’idea del trattamento differenziato, scientifico ed individualizzato: trattamento differenziato in ragione dell’età del recluso e della condizione giuridica, che deve tendere, per i condannati definitivi, alla rieducazione più che alla mera punizione e isolamento del soggetto dalla società civile. Il Regolamento del 1891³, così come farà poi il Regolamento del 1931, pone alla base del trattamento penitenziario tre “leggi fondamentali”: lavoro, istruzione civile, pratiche religiose.

Il lavoro era configurato, nel Regolamento del 1891, come un elemento obbligatorio del trattamento penitenziario: il tipo e la pesantezza del lavoro erano proporzionate alla pena da scontare a seconda del reato per cui il soggetto era stato condannato.

Era stato mantenuto il meccanismo delle gratificazioni: somme di denaro che servivano per formare il fondo di lavoro, che era l’unica riserva dalla quale i detenuti potevano attingere per comprare il sopravvitto. Il lavoro, in sostanza, si configurava come l’unico elemento, peraltro obbligatorio, attraverso cui il detenuto poteva migliorare le proprie condizioni di vita all’interno del carcere. Nonostante la finalità rieducativa che il Regolamento assegnava al lavoro, questa veniva tradita dalle modalità esecutive: il lavoro aveva una marcata connotazione afflittiva, perché ancora considerato come parte della pena e non come parte del trattamento rieducativo⁴.

Per quanto riguarda l’istruzione, invece, l’articolo 398⁵ del Regolamento del 1891 prevedeva l’obbligatorietà della scuola nelle Istituzioni penitenziarie: i detenuti

² SALVATI, *ibidem*.

³ Regio Decreto 1° febbraio 1891, n. 260, “*Regolamento generale per gli Stabilimenti carcerari e pei Riformatori governativi del Regno*”.

⁴ CASCIATO, Lavoro e detenzione: origini ed evoluzione normativa. L’esperienza del carcere di Pisa, in ADIR- L’altro diritto - Centro di ricerca interuniversitario su carcere, devianza, marginalità e governo delle migrazioni, 2000, Cap. II, Sez. I.

⁵ Art. 398, R.D. 1° febbraio 1891, n. 260: «L’istruzione civile è obbligatoria negli stabilimenti e nelle sezioni penali, pei condannati che abbiano meno di venticinque anni. È obbligatoria per tutti nelle case di correzione e nei riformatorii».

erano obbligati a frequentare i corsi scolastici interni al carcere; l'assenza dai corsi veniva sanzionata con pane, acqua e pancaccio⁶, una delle massime sanzioni disciplinari previste a quel tempo e anche la disattenzione in aula, durante le lezioni, era sanzionata con un richiamo disciplinare o con la censura.

Infine, era previsto che i detenuti potessero acquistare libri, anche se questa possibilità era riservato solo a coloro che avessero mantenuto una condotta irreprensibile⁷.

L'istruzione religiosa negli istituti di pena era affidata al Cappellano, nominato dal Ministro di Grazia e Giustizia su delega del Re, alle dipendenze del Direttore dello stabilimento carcerario.

Il cappellano si occupava di svolgere il "servizio spirituale", celebrando la Messa, impartendo spiegazioni del Vangelo e la confessione ai detenuti. Un altro compito del cappellano era assicurare l'istruzione catechistico-morale, oltre ad avere il compito di annotare su un registro la condotta morale e religiosa dei detenuti, di consegnarne estratto al Direttore e partecipare ai procedimenti di irrogazione delle punizioni e di erogazione dei premi⁸.

In sostanza, la religione all'interno degli istituti di pena aveva poco a che fare con la dimensione spirituale del detenuto, al quale garantire una vera e propria libertà religiosa, quanto piuttosto aveva lo scopo di assoggettare il cappellano all'autorità carceraria e strumentalizzare la pratica religiosa ai fini del trattamento. L'indottrinamento forzato alla religione Cattolica veniva utilizzato come strumento di rieducazione, capace di reprimere le tendenze antisociali dei condannati, di migliorare il loro carattere e la loro moralità e indicare loro una retta via da intraprendere, una volta che avessero scontato la pena e fossero tornati ad essere parte della società civile. Resta il dubbio, date le modalità di irrogazione degli insegnamenti religiosi, che questi potessero effettivamente avere una valenza rieducativa; dall'altro lato, però, la figura

⁶ Art. 361, R.D. 1° febbraio 1891, n. 260: «Si infligge la punizione indicata nell'articolo 332, lettera c, per le seconde recidive nelle infrazioni indicate nell'art. 359 per le recidive nelle infrazioni previste dall'articolo precedente; per queste ultime accompagnate da circostanze aggravanti, e per le infrazioni seguenti: [...]

f) rifiutare di attendere al lavoro o alla scuola».

⁷ CONCAS, Le origini del sistema penitenziario, in diritto.it, 2014.

⁸ *«Il Cappellano comunica all'Autorità dirigente tutte le osservazioni che gli occorra di fare durante le sue visite, e che possono interessare i diversi servizi; negli Stabilimenti, nelle Sezioni penali, riguardo a ciascun condannato ricoverato, tanto quanto si riferisce alla sua condotta, e ne metta in evidenza il carattere morale. Di queste indicazioni deve servirsi allorché si tratti o di assegnare i punti di merito, ai sensi dell'art. 369 o di dare il suo giudizio complessivo da ascrivere nella matricola»*. R. D. 1° febbraio 1891, n. 260, art. 102, in Raccolta Ufficiale Leggi e Decreti, pp. 1431 e ss.

del cappellano era l'unica a quel tempo che fosse in grado di fornire sostegno umano ai detenuti, configurando un antesignano delle figure attuali dello psicologo e dell'educatore⁹.

Nonostante il carcere fosse concepito come un luogo di totale isolamento rispetto alla realtà esterna, erano previsti dal Regolamento dei canali di collegamento: colloqui, corrispondenza e visite dei prossimi congiunti.

La disciplina di questi tre strumenti di collegamento con la società esterna era talmente restrittiva da rendere quasi nulle le opportunità di apertura verso l'esterno, con l'ulteriore precisazione che la disciplina in questione era strettamente legata al sistema delle punizioni e delle ricompense: il collegamento con l'esterno era concepito dal legislatore penitenziario dell'epoca non come un diritto del detenuto, e come una via per la sua rieducazione, ma come un premio da erogare solo ai detenuti più meritevoli, che avessero tenuto un comportamento irreprensibile all'interno del carcere. Inoltre, erano vietati quotidiani e periodici, considerati un fattore di disordine¹⁰ e turbamento della vita interna dello stabilimento¹¹.

Con l'affermazione del regime fascista in Italia, si registrò una inversione di tendenza nell'ambito del trattamento penitenziario: il diritto legittimo dello Stato di "utilizzare" il diritto penale per reprimere i comportamenti lesivi della convivenza civile nella società muta le proprie finalità.

Nell'epoca liberale, come già osservato, si inizia ad avere un approccio al trattamento penitenziario ispirato ai principi della personalizzazione del trattamento e della rieducazione, anche se ancora in uno stadio elementare. In epoca fascista viene meno la concezione che il detenuto sia un essere umano, seppur destinatario di una sentenza di condanna per aver commesso un reato; il delinquente viene etichettato come un

⁹ SALVATI, L'assistenza religiosa in carcere, in Amministrazione in cammino, Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet", 2010, pagg. 2 e ss.

¹⁰ Filippo Turati in un famoso discorso parlamentare sulle carceri del 1904 disse: "*Ogni notizia dal di fuori è severamente intercettata. Il condannato... supplicherà invano di ricevere un qualunque giornale: i giornali sono banditi dalle carceri come cosa peccaminosa, e non solo per i detenuti, ma anche per le guardie; i giornali rappresenterebbero un po' di vita intellettuale, un po' di moto e di luce al cervello, che il carcere deve ottenebrare*". Il discorso è stato pubblicato in un volume sotto il titolo "I cimiteri dei vivi (per la riforma carceraria). Discorso sul bilancio degli Interni pronunciato alla Camera dei deputati il 18 marzo 1904", 1976, Brossura editoriale.

¹¹ NEPPI MODONA, Carcere e società civile. Una prospettiva storica, in Diritto penitenziario e Costituzione, 2014, pag. 3.

“peccatore criminalizzato”¹² nei cui confronti la pena deve operare come strumento di espiazione e di rimorso.

La pena, alla luce di questi principi ispiratori, viene concepita al pari di una vendetta legittimata e attuata dal potere dello Stato in risposta al reato commesso.

1.2.I Regolamenti penitenziari dell’Italia post-unitaria: il regolamento del 1931

Nel 1930 venne emanato il nuovo Codice penale, il “Codice Rocco” e nel 1931 il codice di procedura penale.

Con regio decreto 18 giugno 1931, n. 787 venne approvato dal Ministro della Giustizia, Alfredo Rocco, il nuovo “Regolamento per gli istituti di prevenzione e di pena”, che rimarrà in vigore fino al 1975. Il nuovo regolamento incarna perfettamente i nuovi ideali dello Stato autoritario trasposti nel campo del trattamento penitenziario. Non si può dire, tuttavia, che venne varato un ordinamento totalmente nuovo, perché venne riprodotto quasi pedissequamente il contenuto del regolamento del 1891: si trattò di un’opera di aggiornamento e ammodernamento di una disciplina che per molti versi già si adattava alla politica criminale di un regime autoritario. Rimangono le tre leggi fondamentali della vita carceraria: lavoro, istruzione civile e pratiche religiose¹³. Tutti e tre questi elementi del trattamento penitenziario sono tassativi, essendo ogni altra attività non solo vietata ma anche oggetto di sanzioni disciplinari. Il regolamento del 1931 elencava tutte le attività e i comportamenti vietati, prevedendo la relativa punizione. Era obbligatorio per i detenuti indossare la divisa del carcere; vi era l’obbligo di chiamare i detenuti appartenenti a particolari categorie con il numero di matricola; era consentito ai detenuti scrivere non più di due lettere alla settimana ai familiari stretti ma non alla stessa persona; non erano consentiti i giochi, i canti, la

¹² SALVATI, *ibidem*.

¹³ R.D. 18 giugno 1931, n. 787, Articolo 1: “In ogni stabilimento carcerario le pene si scontano con l’obbligo del lavoro. Sono altresì obbligati al lavoro gli imputati detenuti, che non si mantengono con mezzi propri. Negli stabilimenti per minori degli anni diciotto e nelle sezioni speciali di cui all’articolo 29 per maggiori di tale età il lavoro ha carattere prevalentemente educativo. I detenuti sono obbligati a frequentare le scuole istituite negli stabilimenti ed a partecipare alle funzioni del culto cattolico, che hanno luogo negli stabilimenti stessi, quando non abbiano dichiarato, a norma dell’articolo 142, di appartenere ad altra religione. Negli stabilimenti sono permesse solamente conferenze e proiezioni cinematografiche istruttive ed educative, col divieto assoluto di intervento di persone estranee, oltre quelle incaricate delle conferenze e delle proiezioni.”

lettura o il possesso di testi o giornali di contenuto politico; i colloqui con i parenti avvenivano attraverso reti metalliche ed era previsto l'ascolto da parte delle guardie penitenziarie. Tutte queste previsioni rendevano il carcere un'istituzione chiusa, con limitati e controllati scambi con la realtà esterna, con l'unico obiettivo di rendere ancora più gravosa la pena da espiare, privando il detenuto di qualsivoglia piacere o svago¹⁴. Alcuni divieti e obblighi risultavano essere particolarmente rilevanti per la affermazione del carattere afflittivo del carcere e dell'esecuzione penale.

Per quanto concerne il lavoro per i detenuti, nonostante il regolamento penitenziario lo prevedesse al fine rieducativo e risocializzante, nella realtà si trattava di una forma di sfruttamento e di colonizzazione interna: quanto al lavoro all'interno del carcere, nella Relazione al nuovo regolamento si legge che *“sarebbe strano che si insistesse nell'attuale sistema di rinunciare a servirsi di una mano d'opera che lo Stato può regolare come crede nell'interesse della generalità dei cittadini”*¹⁵. Quanto al lavoro all'esterno, le case di lavoro per il miglioramento dei terreni devono *“avere per finalità la preparazione all'occupazione delle terre da parte dei lavoratori liberi, concorrendo così a quella grandiosa opera di colonizzazione interna, cui il Regime attende con illuminata visione dei più vitali bisogni della nostra Patria”*¹⁶.

Dalle parole del Guardasigilli Rocco nella Relazione al regolamento, si comprende il cambiamento nella concezione del lavoro dei detenuti. Il primo rilievo concerne la distinzione tra lavoro all'interno del carcere e il lavoro all'esterno.

Il lavoro all'interno si svolgeva entro la cinta muraria dell'Istituto carcerario ed era organizzato in modo che vi potessero accedere anche i detenuti sottoposti ad isolamento diurno; l'assegnazione dei detenuti al lavoro all'interno dell'Istituto era disposta dal Direttore, considerando specie e durata della pena inflitta e riservando i lavori domestici a chi avesse tenuto una condotta esemplare.

Il lavoro all'esterno era svolto fuori dalle mura dello stabilimento, in case di lavoro o colonie mobili, e l'assegnazione dei detenuti era disposta dal giudice di sorveglianza. I detenuti potevano essere impiegati nel compimento di opere di bonifica e di dissodamento dei terreni, affinché questi potessero essere ceduti ai lavoratori liberi: in

¹⁴ SALVATI, L'evoluzione della legislazione penitenziaria in Italia, in Amministrazione in cammino, Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche “Vittorio Bachelet”, 2009, pag. 2.

¹⁵ ROCCO, Relazione del Guardasigilli al Regolamento per gli Istituti di prevenzione e pena, 1931.

¹⁶ ROCCO, Relazione del Guardasigilli al Regolamento per gli Istituti di prevenzione e pena, 1931.

sostanza, i detenuti venivano sfruttati per il compimento di opere di regime, così come era stato annunciato dal Guardasigilli nella Relazione al regolamento.

Il Regolamento prevedeva anche il riposo festivo e l'orario giornaliero di otto ore ma concedeva all'autorità carceraria la possibilità discrezionale di sacrificare entrambi questi elementi¹⁷.

Per quanto attiene all'istruzione civile, il Regolamento del 1931 prevedeva la frequenza coattiva di corsi di istruzione elementare per i detenuti, organizzati da ciascun Istituto penitenziario.

Si trattava di un'istruzione impartita coattivamente, non scevra da regole ideologiche che in realtà non contribuivano affatto alla crescita individuale della persona reclusa: i corsi erano tenuti da insegnanti ma anche dal Cappellano, dal Direttore dell'Istituto, da privati cittadini, purché autorizzati dal Ministero della Giustizia.

Al pari di quanto avveniva sotto la vigenza del Regolamento del 1891, la negligenza durante l'attività scolastica era considerata una mancanza disciplinare, sanzionata con la reclusione in cella a pane e acqua. I detenuti che avessero già conseguito la licenza elementare potevano migliorare il loro livello culturale: questi soggetti, divisi in gruppi in base alla moralità e alla cultura, si dovevano riunire a turno, durante i giorni festivi e fuori dagli orari di lavoro, in determinati locali di studio.

Una disposizione innovativa rispetto al Regolamento del 1891 era quella che prevedeva l'istituzione di una biblioteca¹⁸: i libri erano a disposizione dei detenuti in base a criteri stabiliti dal direttore dell'istituto che stabiliva anche quali libri potessero leggere i detenuti¹⁹.

Nell'ambito dell'istruzione religiosa, il Regolamento del 1931 non si era discostato di molto rispetto alle previsioni del Regolamento del 1891: la religione continuava ad essere un elemento obbligatorio del trattamento penitenziario, influenzando significativamente anche nella vita di coloro che si professavano atei.

¹⁷ CASCIATO, *ibidem*.

¹⁸ Art. 140 del R.D. 787 del 1931: «I libri della biblioteca sono messi a disposizione dei detenuti. Il direttore stabilisce quali libri i detenuti possono leggere e se la lettura deve farsi nei locali della biblioteca o nelle celle ovvero in altri luoghi ove i detenuti si trattengono fuori delle ore di lavoro. Il direttore può permettere che i detenuti leggano anche altri libri e giornali. Per gli imputati occorre anche il permesso dell'Autorità giudiziaria. I detenuti che danneggiano i libri ricevuti in lettura sono obbligati al risarcimento a norma dell'articolo 88».

¹⁹ CONCAS, *Le origini del sistema penitenziario*, in *diritto.it.*, 2014.

L'unica eccezione ammessa ai riti di culto cattolici era la possibilità di dichiarare formalmente di appartenere ad un'altra confessione religiosa. Inoltre, con l'approvazione dei Patti Lateranensi nel 1929, la religione cattolica aveva assunto il rango di religione di Stato, rafforzando l'obbligatorietà della stessa e dei suoi riti per i detenuti. Il cappellano continuava ad essere una figura primaria all'interno degli Istituti penitenziari: a lui era affidata l'istruzione scolastica, religiosa e morale dei detenuti; aveva, inoltre, il compito di curare la custodia e la manutenzione dei libri della biblioteca.

L'aspetto più significativo della normativa sul ruolo del cappellano riguardava la previsione della sua appartenenza al consiglio di disciplina, che si occupava di elargire i premi e le punizioni, anche sulla base delle annotazioni e delle considerazioni che il cappellano faceva sul comportamento dei detenuti.

I rapporti con l'ambiente e gli affetti esterni al carcere erano affidati al sistema dei colloqui e della corrispondenza, con l'appunto che anche il Regolamento del 1931 prevedeva una disciplina estremamente restrittiva sempre legata al sistema dei privilegi e delle punizioni.

I principi e le regole del Regolamento penitenziario, inoltre, si applicavano anche nei confronti dell'imputato detenuto, perché, in linea con l'ideologia fascista, non era pensabile di poter trattare l'imputato come se fosse innocente.

1.3.L'ordinamento penitenziario: dalla caduta del fascismo al 1975

Dopo la caduta del regime fascista, la fine della guerra e l'affermazione dello Stato repubblicano e democratico, si aprì in Italia un rinnovato periodo di pace e affermazione dei nuovi valori della Costituzione repubblicana del 1948.

Non si registrò, invece, nessun cambiamento nelle istituzioni penitenziarie: si continuò ad applicare il Regolamento degli Istituti di prevenzione e di pena del 1931 fino alla riforma del 1975.

Negli anni successivi alla guerra si era registrata una situazione a dir poco disastrosa all'interno degli Istituti di pena, lungo tutta la penisola.

Fu un periodo di rivolte e di sommosse, un periodo non ritenuto adatto per effettuare delle riforme del sistema penitenziario: l'esigenza principale era quella di evitare che

i detenuti per motivi di delinquenza fascista ricevevano un trattamento di favore da parte degli agenti penitenziari ancora legati al regime, governare le frequenti rivolte ed evitare evasioni di massa.

Nel 1948, per la prima volta, fu istituita una Commissione parlamentare di inchiesta sulle carceri, che si insediò nel 1949.

La Commissione ricevette migliaia di lettere, provenienti dai detenuti, che le consentirono di ricostruire un quadro delle condizioni di vita all'interno degli Istituti penitenziari e di elaborare delle proposte nella relazione conclusiva dei lavori del 1950. Lo scopo era di eliminare gli aspetti più afflittivi, vessatori e degradanti del Regolamento del 1931, insieme a delle proposte estremamente innovative volte all'introduzione di benefici quali la liberazione anticipata, i permessi per motivi di famiglia e a fini rieducativi per i condannati meritevoli.

Alcune delle proposte della Commissione di inchiesta trovarono concretizzazione in una circolare del Ministro della Giustizia, Adone Zoli, del 1951: si raccomandò ai Direttori di fare uso limitato dell'isolamento in cella; di chiamare i detenuti chiamati con il loro nome e non più con dei numeri di matricola; di svolgere i colloqui con i detenuti attraverso delle grate ma senza il controllo auditivo degli agenti di custodia. Venne, inoltre, incrementato il numero dei corsi di istruzione e le attività extra-scolastiche a carattere educativo e culturale.

Questa svolta verso un carattere più umano dell'esecuzione della pena non durò a lungo perché qualche anno dopo l'allora Ministro della Giustizia, Michele De Pietro, con una circolare abolì tutte le modifiche introdotte dal suo predecessore, esortando i Direttori degli Istituti a trattare i detenuti con la massima severità prevista dal Regolamento del 1931, pur adoperandosi per eliminare da questo le parti che costituivano una chiara espressione del regime fascista ormai decaduto.

La situazione delle carceri restò invariata fino alla fine degli anni Cinquanta, quando si iniziò a parlare del "carcere clinica"²⁰, un modello innovativo in cui il detenuto diventa oggetto di studio e di osservazione scientifica della personalità, necessaria per l'elaborazione del trattamento rieducativo individualizzato.

Le considerazioni di cui sopra non possono naturalmente prescindere da quello che fu il dibattito parlamentare, in Assemblea costituente, sulla formulazione dell'articolo 27,

²⁰ NEPPI MODONA, *ibidem*.

terzo comma della Costituzione. Questo perché le modalità di esecuzione della pena detentiva sono il riflesso diretto della funzione che si attribuisce alla pena e, in particolare, alla pena detentiva. Le dispute sull'articolo 27 Cost. furono per lo più di carattere teorico-filosofico, sulle posizioni assunte da due scuole di pensiero prevalenti, la Scuola Classica e la Scuola Positiva: la prima sosteneva il carattere etico-retributivo della pena, mentre la seconda si focalizzava sulla funzione di prevenzione sociale, rieducativa e risocializzante del condannato, spostando l'attenzione dal reato al reo.

Il timore di molti membri dell'Assemblea era che si verificasse una presa di posizione a favore di una delle due teorie a scapito dell'altra²¹.

In realtà lo scopo era proprio quello di portare tutte le voci dell'Assemblea verso un'adesione alla concezione rieducativa della pena. Nonostante la volontà di non dare luogo a delle prevaricazioni di una teorica sull'altra, il testo proposto dell'articolo 27 Cost. nella pratica non menzionava le altre funzioni della pena se non la funzione rieducativa, alla quale le pene devono tendere. In sede di redazione finale dell'articolo 27 Cost., si riuscì ad ottenere una mediazione tra gli esponenti delle due Scuole, facendo leva sull'argomento secondo cui anche degli esponenti della Scuola Classica avevano manifestato la propria adesione a quella nuova concezione della pena.

L'articolo 27 Cost. non fu un portato di una scuola ma il frutto di una nuova sensibilità politica; tuttavia, essendo nato da compromessi, non ha espletato fin da subito la sua funzione con la forza dirompente che ha oggi, in seguito all'opera di interpretazione della dottrina e della giurisprudenza.

L'Assemblea in sede di lavori rinunciò a definire nei dettagli i contenuti della funzione rieducativa: si lasciò insoluto questo enigma, affidandolo al legislatore degli anni a venire e agli interpreti. Questo fu il motivo per cui negli anni successivi all'entrata in vigore della Costituzione, fino all'ordinamento penitenziario del 1975, la funzione rieducativa è rimasta scritta nella Costituzione senza, però, trovare riscontro pratico nella esecuzione delle pene detentive.

²¹ In via esemplificativa, Aldo Moro: *“Il parlare di pene che devono tendere alla rieducazione del condannato, può essere considerato da parte dei futuri legislatori e da parte degli scienziati di un determinato orientamento, come fondamento di una pretesa ad orientare la legislazione penale italiana in modo conforme ai postulati della scuola positiva”*, seduta dell'Assemblea costituente del 15 aprile 1947, in *Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori*.

La nuova idea alla base della funzione rieducativa era quella di non rendere ancora più gravosa la pena di quanto già non fosse, per effetto della privazione della libertà personale, ma consentire attraverso trattamenti personalizzati il recupero sociale del condannato per il futuro reinserimento nella società. L'obiettivo era superare l'equazione "pena uguale carcere", facendosi avanti l'idea di scontare parte della pena al di fuori del carcere, ritenuto un luogo intrinsecamente criminogeno.

Il periodo successivo alla Seconda Guerra Mondiale non fu, però, idoneo ad attuare quelle idee e istanze di riforma che erano emerse in Assemblea costituente: l'Italia visse un periodo di dilagante criminalità, che non consentì il progresso e lo sviluppo di quella dottrina che propugnava la rieducazione del condannato come fine ultimo della pena.

Al contrario, la società reagì alle tensioni sociali facendo riemergere quell'idea della pena con funzione retributiva, con l'intento di superare e ignorare il dettato costituzionale, degradando la finalità rieducativa ad una delle svariate funzioni della pena, sicuramente di fondamentale importanza, ma pur sempre secondaria rispetto al carattere afflittivo della pena²².

Gli sforzi di coloro che auspicavano un declino dell'idea retributiva della pena non si tradussero mai in un ritorno alle idee sulle funzioni della pena che avevano caratterizzato i decenni precedenti. Le idee che si erano diffuse in quegli anni dell'Assemblea costituente si arricchirono in dottrina con quelle che vengono definite teorie Realistiche, che diedero risonanza al dettato costituzionale. La pena continuava ad avere, anche per questa teoria, una funzione primariamente retributiva, alla quale non poteva affiancarsi come obiettivo principale ed inderogabile il ruolo rieducativo.

Il momento di svolta politica e sociale fu il 1968, in cui si verificarono forti fratture in ogni campo e anche le idee sulle funzioni della pena iniziarono a cambiare. Prima di questo periodo i dibattiti sulla pena, sulle sue funzioni e sui suoi risvolti

²² L'articolo 27, comma 3 della Costituzione recita: "Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato". Alcuni autori, che auspicavano un superamento del dettato costituzionale dell'articolo 27, comma 3, sostennero che la norma utilizza la forte formula negativa "non possono" per individuare il limite intrinseco della pena, il divieto di trattamenti disumani; utilizza, invece, il più blando verbo "tendere" per individuare il cd. limite estrinseco della pena ovvero la rieducazione del condannato. Da qui la conclusione che la funzione rieducativa fosse uno dei tanti scopi della pena ma pur sempre secondario rispetto agli altri.

penalistici era stato appannaggio esclusivo di studiosi appartenenti alla cultura universitaria più accreditata. I temi del carcere hanno ottenuto risonanza pubblica a partire dal 1969, anno in cui, anche grazie alle numerose rivolte che si verificarono, si ebbe la possibilità di conoscere la condizione critica degli Istituti di pena e dei suoi detenuti²³.

La situazione della normativa penitenziaria, in linea con le disposizioni costituzionali, vide un nuovo inizio nel 1975, con l'emanazione del nuovo ordinamento penitenziario.

1.4.L'ordinamento penitenziario: dal 1975 ad oggi

L'ordinamento penitenziario del 1975 rappresenta la svolta in un'ottica costituzionalmente orientata in tema di esecuzione delle pene detentive.

Non fu un percorso semplice quello che condusse all'approvazione della legge: si trattò di un *iter* legislativo iniziato nel 1960 e conclusosi ben quindici anni dopo.

La prima novità fu l'adozione delle nuove regole penitenziarie attraverso una legge ordinaria, invece che con regolamento, come era stato fatto nel 1891 e nel 1931. Il nuovo ordinamento penitenziario – sopravvissuto fino ai nostri giorni seppur con frequenti e non irrilevanti modifiche – ha il pregio di aver spostato l'attenzione dagli organi dell'amministrazione penitenziaria al detenuto. Il detenuto ora, per espressa previsione legislativa, è titolare di diritti al pari dell'uomo libero, compatibilmente con la propria condizione giuridica di privazione della libertà personale; si recupera e si amplia l'idea del trattamento personalizzato, emersa per la prima volta nel Regolamento del 1891. Il detenuto non è più visto come un soggetto da punire e a cui far espiare le proprie colpe ma come un soggetto da recuperare, da rieducare e da reinserire nella società. Anche per queste ragioni viene ampliata la gamma degli elementi del trattamento all'interno del carcere: non più solo lavoro, educazione e religione ma anche attività ricreative, culturali, sportive, i colloqui con i familiari.

Con queste nuove regole si affermò sempre di più l'idea della decarcerizzazione della pena, con l'introduzione di misure alternative alla detenzione di breve durata; maturò, infatti, l'idea che il carcere fosse un luogo criminogeno più

²³ SALVATI, *ibidem*.

che rieducativo per quei soggetti che avrebbero dovuto scontare pene detentive di breve durata e che, al contrario, fosse meglio e più utile far scontare la pena a questi soggetti al di fuori delle mura del carcere.

Per comprendere a pieno le attuali regole penitenziarie è necessario ricostruire la storia di questa legge, fin dagli albori.

A partire dall'emanazione della nuova Costituzione repubblicana, si assiste ad un cambiamento del paradigma in tema di funzione della pena. Il paradigma retribuzionistico cede il passo a quello risocializzativo, perché si affermano quelle teorie criminologiche in base alle quali la causa della delinquenza è nei difetti della società e non più nelle carenze della personalità o nelle predisposizioni individuali. Scopo della pena diventa, quindi, rimuovere quei fattori che hanno portato alla delinquenza²⁴. Grande influenza sulla riforma nazionale ebbero le “Regole minime per il trattamento dei detenuti”, approvate dall'Organizzazione delle Nazioni Unite nel 1955²⁵. Queste linee guida furono riprese dalle “Regole Penitenziarie Europee”, adottate dal Consiglio d'Europa nel 1973²⁶, revisionate nel 1987 con l'intento di ridurre al minimo gli effetti negativi della detenzione, tutelando la salute fisica e mentale dei detenuti, e di promuovere il reinserimento sociale²⁷.

Il primo disegno di legge per la riforma dell'ordinamento penitenziario fu presentato nel 1960 dal guardasigilli Guido Gonella: un testo che insisteva molto sugli elementi dell'osservazione scientifica del detenuto e dell'individualizzazione del trattamento.

Il testo si proponeva di migliorare le condizioni di vita dei detenuti, affrontando i problemi legati alla salute, all'alimentazione, al lavoro e in generale alle attività per i detenuti – quelle che sarebbero diventate elementi del trattamento nel testo finale della riforma. Si trattava, però, di un testo audace ma “monco”, perché ometteva di

²⁴ SALVATI, *ibidem*.

²⁵ Si tratta di una serie di principi generali e regole minime per una buona organizzazione delle carceri e un trattamento adeguato dei detenuti. Furono elaborate nel 1955, durante il I Congresso Internazionale delle Nazioni Unite per la prevenzione del delitto e il trattamento dei detenuti, svoltosi a Ginevra. Durante il Congresso si sottolineò che lo scopo delle regole non era quello di stabilire un vero e proprio sistema penitenziario ma solo dei principi guida, che potessero aiutare gli Stati a superare difficoltà pratiche del sistema penitenziario.

²⁶ Risoluzione (73)5 del 1973.

²⁷ *Infra* §4.

affrontare il tema del rapporto dei detenuti con il mondo esterno e il problema della smilitarizzazione degli agenti di custodia²⁸.

La fine della III legislatura e l'inizio della IV, nel 1963, non comportarono radicali cambiamenti nel modo di operare: a cambiare fu soltanto il ministro, Oronzo Reale.

La svolta si ebbe nel 1973, con la VI Legislatura, quando a ricoprire la carica di Ministro di Grazia e Giustizia era il socialista Mario Zagari, che propose alcuni degli emendamenti più significativi alla riforma.

Il disegno di legge fu approvato dal Senato nella seduta del 18 dicembre 1973, in cui il Ministro insistette sulle principali innovazioni in tema di contatti con la società libera e di misure alternative alla detenzione.

L'approvazione del testo da parte dell'aula del Senato fu fin troppo veloce e non presentò particolari problemi; questo perché una fetta più conservatrice di parlamentari si preparava a dare battaglia al testo approvato dal Senato durante la discussione alla Camera dei deputati.

E così accadde: la discussione alla Camera iniziò nell'aprile del 1974 e fin dal principio alcuni parlamentari fecero presente che non avrebbero accettato un rapido esame e successiva approvazione del testo, chiedendo un riesame completo dello stesso. Inoltre, raccolsero le firme necessarie per la rimessione in assemblea del disegno di legge, che tornò in commissione referente, per poi affrontare un nuovo giudizio dell'assemblea.

Come prevedibile, in sede referente furono eliminate le disposizioni più progressiste della riforma: scomparvero le norme relative alla sospensione dell'esecuzione delle pene e delle misure di sicurezza e venne approvata una modifica dell'affidamento in prova ai servizi sociali, con la quale fu previsto che il condannato dovesse essere sottoposto ad almeno tre mesi di osservazione all'interno del carcere, prima di procedere all'affidamento in prova, contraddicendo la *ratio* dell'istituto che era proprio quella di evitare che i condannati già idonei alla misura alternativa subissero gli effetti negativi del carcere.

²⁸ Un problema che si riscontrava nella riforma riguardava le persone che materialmente la scrissero: un comitato di studio composto esclusivamente da magistrati della direzione generale degli istituti di prevenzione e di pena, segno che si operò in mancanza di un reale contatto con la realtà del paese, con le istanze sociali e politiche, al di fuori di ogni controllo democratico.

Nell'ultima seduta della commissione il 7 agosto 1974, il testo approvato dal Senato subì un'ulteriore menomazione: furono eliminati i permessi "al fine di mantenere le relazioni umane" e venne attribuito al Ministro della Giustizia il potere di sospendere, per gravi ed eccezionali motivi di ordine e di sicurezza, le regole di trattamento e gli istituti previsti dalla legge.

Il 25 settembre del 1974 iniziò la seconda discussione alla Camera dei deputati, in cui si cercò di minimizzare gli interventi peggiorativi apportati dalla commissione e allo stesso tempo di prevenire le opposizioni di una parte del Parlamento, che accusava il testo e i suoi redattori di essere troppo indulgenti. L'*iter* di approvazione si concluse con le sedute del 17 e del 19 dicembre. A partire dal 22 maggio del 1975 riprese la discussione al Senato, in cui i parlamentari manifestarono la comune volontà di non presentare emendamenti per evitare di allungare ulteriormente i tempi di approvazione della legge. La discussione dei singoli articoli si risolse in una sola seduta e l'approvazione definitiva si ebbe nella seduta del 17 luglio 1975²⁹.

La riforma del 1975 non resistette a lungo senza essere oggetto di critiche e bersaglio di coloro che non vedevano di buon occhio il fine rieducativo quale fine principale della pena.

In aggiunta, la realtà carceraria in cui opera la riforma non era assolutamente adatta all'applicazione del trattamento penitenziario personalizzato con fine rieducativo e risocializzante. Il sovraffollamento carcerario non ha permesso che si attuassero al meglio le prescrizioni della riforma: la numerosa e sempre crescente popolazione carceraria e la mancanza di risorse e strutture organizzative adeguate non hanno consentito in passato, e non consentono ancora oggi, di attuare la principale linea guida della riforma³⁰.

A partire dagli anni '80 si registra in Italia un movimento ideologico di stampo progressista nel campo della giustizia: in particolare, abbiamo un'apertura nei confronti dei diritti umani, che porta a considerare un nuovo rapporto tra carcere e territorio.

²⁹ CALAMAI, I soggetti del trattamento. Aspetti normativi e sociologici, in ADIR- L'altro diritto - Centro di ricerca interuniversitario su carcere, devianza, marginalità e governo delle migrazioni, 2003, Cap. II, par. 2.1.

³⁰ Si stima che per una fruttuosa attuazione della riforma i numeri della popolazione carceraria si sarebbero dovuti mantenere intorno alle 10.000 – 15.000 unità; nella realtà dei fatti la popolazione carceraria è sempre stata da 3 a 4 volte superiore a quel tetto massimo.

La rivisitazione dell'ordinamento penitenziario risale al 1985, quando il ministro Martinazzoli decise di non presentare un disegno di legge di iniziativa governativa ma di ampliare il testo della riforma pensato da Mario Gozzini, Giuliano Vassalli, Raimondo Ricci e Marcello Gallo.

La legge 10 ottobre 1986, n. 663 – c.d. legge Gozzini – nacque principalmente con due obiettivi: esportare la logica del trattamento individualizzato anche fuori dal carcere e allo stesso tempo fare fronte alle esigenze di sicurezza, sia all'interno che all'esterno degli Istituti di pena, neutralizzando i detenuti maggiormente pericolosi, che con i loro comportamenti possono contribuire al peggioramento delle condizioni di vita all'interno dell'Istituto.

Grande innovazione del 1986 è stata l'ampliamento del novero delle misure alternative alla detenzione e la previsione della loro applicazione senza previo transito in carcere per il periodo di osservazione, come originariamente previsto, evitando il fenomeno delle cosiddette “porte girevoli”³¹. Una delle novità più significative della riforma è stata l'introduzione dei permessi premio all'art. 30-ter ord. penit.: questo tipo di permesso consiste nella concessione ai detenuti, in possesso di determinati requisiti, di allontanarsi dal carcere per un tempo determinato anche senza scorta, con l'obbligo di rientro alla scadenza del termine. L'obiettivo dell'istituto è quello di consentire al detenuto di curare i rapporti familiari, gli interessi affettivi, culturali e di lavoro e per poter soddisfare.

Negli anni successivi alla riforma del 1986, il legislatore ha continuato ad apportare delle modifiche all'ordinamento penitenziario, talvolta in senso restrittivo³², talvolta in senso favorevole per i detenuti³³.

³¹ Il fenomeno delle c.d. “porte girevoli” consiste in un meccanismo patologico in base al quale il detenuto condannato ad una pena breve, che gli consentirebbe di scontare la condanna con una misura alternativa, è costretto ad entrare in carcere per poi in breve tempo uscire per scontare la pena con la misura alternativa.

³² Tra le riforme in ottica restrittiva si possono ricordare: l'introduzione dell'articolo 4 bis ord. pen. nel 1991, per far fronte all'emergenza scatenata dalle efferate manifestazioni di criminalità organizzata; l'introduzione dell'articolo 41 bis ord. pen., il c.d. carcere duro, nel 1992 che consentiva al ministro della giustizia di sospendere l'applicazione delle normali regole penitenziarie all'interno di un istituto in situazioni di emergenza. L'articolo è stato modificato ad opera della Legge 279/2002, che ha modificato il comma 2 della disposizione in relazione al trattamento di rigore per i condannati per i delitti di criminalità organizzata, al fine di impedire loro di continuare ad avere contatti con l'organizzazione criminale di appartenenza.

³³ Tra le riforme nell'ottica di apertura si possono ricordare: l'affidamento in prova al servizio sociale “in casi particolari”, ovvero la previsione dell'affidamento per il tossicodipendente condannato che intraprenda un percorso di riabilitazione, nel 1985; la detenzione domiciliare “biennale”, nel 1998 con

Ancora, non si può non dare conto dell'introduzione del regolamento di esecuzione dell'ordinamento penitenziario, adottato con decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 2000, n. 230.

Il Regolamento si ispira espressamente alle "Regole minime per il trattamento dei detenuti" adottate dall'ONU nel 1955 e alle "Regole penitenziarie europee" del Consiglio d'Europa del 1987. Il testo insiste molto sulla necessità, e sul dovere, di umanizzare e migliorare le condizioni di vita dei detenuti; viene data molta rilevanza agli incontri con i familiari, alla collaborazione tra carcere e società esterna e ne vengono stabilite le modalità di attuazione³⁴.

Un elemento da mettere in rilievo è la continua e fondamentale opera della giurisprudenza, soprattutto delle corti superiori nazionali e sovranazionali.

Il sistema penitenziario, infatti, si può definire completamente giurisdizionalizzato, nel senso di garantire al detenuto di poter adire un giudice per lamentare la violazione dei diritti stabiliti dalla normativa penitenziaria. Infatti, l'art. 35 *bis* O.P. disciplina il reclamo giurisdizionale rivolto a persone detenute o internate che abbiano subito una lesione di un diritto fondamentale in seguito a un provvedimento (reclamo in materia disciplinare) o a una condotta illegittima dell'amministrazione penitenziaria (reclamo giurisdizionale per condotta illegittima dell'amministrazione). Il reclamo deve riguardare posizioni soggettive che sorgono e si sviluppano nell'ambito dell'esecuzione penale e, se accolto, consente di ottenere l'annullamento del provvedimento o l'eliminazione della condotta dell'amministrazione che hanno determinato un grave pregiudizio al detenuto o all'internato. Contro la decisione del Magistrato di sorveglianza è ammesso reclamo al Tribunale di Sorveglianza, la cui decisione è a sua volta ricorribile per Cassazione³⁵.

Tassello fondamentale del percorso evolutivo della normativa penitenziaria è la sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo Torreggiani e altri contro Italia³⁶,

la legge Simeoni- Saraceni; la detenzione domiciliare "speciale", introdotta con legge 8 marzo 2001, n. 40.

³⁴ ZEPI, La riforma dell'ordinamento penitenziario, in www.AmbienteDiritto.it, 2005; *infra* §2.

³⁵ Art. 35 *bis*, co. 4 e 4 *bis* O.P.

³⁶ Corte EDU, Sez. II, Causa Torreggiani e altri c. Italia, 8 gennaio 2013 (Ricorsi nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10): la Corte, con decisione presa all'unanimità e con le forme della "sentenza pilota", condanna l'Italia per violazione dell'articolo 3 della CEDU per aver mantenuto in condizioni contrarie al senso di umanità i ricorrenti detenuti. Nel caso specifico, la Corte ritiene che la detenzione per lunghi periodi in uno spazio della misura inferiore ai 4 metri quadrati per persona, in aggiunta all'assenza di acqua calda per lunghi periodi e alla poca

ispiratrice delle riforme del 2018, emanate con i decreti legislativi nn. 121, 123 e 124 del 2018, in attuazione della delega data con legge 23 giugno 2017, n. 103 – c.d. legge Orlando.

Il decreto legislativo n. 121 del 2018, *“Disciplina dell’esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni”*, costituisce un vero e proprio nuovo Ordinamento Penitenziario Minorile e si compone di quattro capi: il capo I dedicato ai principi generali, il capo II dedicato alle misure penali di comunità, il capo III dedicato alla disciplina dell’esecuzione e il capo IV dedicato all’intervento educativo e all’organizzazione degli istituti penali per i minorenni. Il decreto legislativo n. 123 del 2018, *“Riforma dell’ordinamento penitenziario, in attuazione della delega di cui all’articolo 1, commi 82, 83 e 85, lettere a), d), i), l), m), o), r), t) e u), della legge 23 giugno 2017, n. 103”*, si compone sempre di quattro capi: il capo I dedicato all’assistenza sanitaria in ambito penitenziario, il capo II riguarda la semplificazione delle procedure, il capo III contenente modifiche in tema di competenze degli uffici locali di esecuzione esterna e della polizia penitenziaria e il capo IV contenente disposizioni in tema di vita penitenziaria. La principale novità introdotta con il d.lgs. n. 123 del 2018 riguarda l’art. 11 O.P., che in apertura afferma che «il servizio sanitario nazionale opera negli istituti penitenziari e negli istituti penale per minorenni nel rispetto della disciplina sul riordino della medicina penitenziaria»; il riferimento è al d.lgs. n. 230 del 1999, che pone il principio della parità tra detenuti e internati e soggetti liberi nella tutela del diritto alla salute e quindi al diritto a godere di prestazioni sanitarie efficaci, tempestive e appropriate³⁷. Il decreto legislativo n. 124 del 2018, *“Riforma dell’ordinamento penitenziario in materia di vita detentiva e lavoro penitenziario, in attuazione della delega di cui all’articolo 1, commi 82, 83 e 85, lettere g), h) e r), della legge 23 giugno 2017, n. 103”*, si compone di due capi: il capo I contenente disposizioni in tema di vita penitenziaria e un capo II contenente disposizioni in materia di lavoro penitenziario. Il capo I prevede delle modifiche degli altri 5, 6 e 8 O.P., relative ad interventi sulle strutture penitenziarie: viene stabilito che gli edifici penitenziari debbano essere dotati di spazi per lo svolgimento di attività

illuminazione e ventilazione, costituisca un trattamento contrario alle previsioni della Convenzione. La scelta della corte per la forma della sentenza pilota è stata dettata dalla presa d’atto che la condizione di sovraffollamento carcerario non riguardasse esclusivamente i ricorrenti ma che fosse una condizione patologica di tutte le carceri italiane.

³⁷ BRUNETTI, Diritto Penitenziario, Napoli, 2021.

lavorative e formative; che le aree residenziali siano strutturate in modo da consentire “una gestione cooperativa della vita quotidiana nella sfera domestica”³⁸; che i servizi igienici siano collocati in spazi riservati. Il capo II contiene delle modifiche alle norme sul lavoro penitenziario: l’obiettivo della riforma è quello di potenziare il lavoro come strumento per il processo risocializzativo e come mezzo per assicurare e promuovere la dignità della persona³⁹. In realtà i decreti delegati del 2018 non hanno dato piena attuazione alla delega della legge Orlando lasciando sostanzialmente dei vuoti normativi, rispetto alle previsioni della delega. Tra le prescrizioni della delega che non hanno visto la luce, per quanto di interesse in questa sede, ricordiamo la mancata previsione della normativa in materia di diritto all’affettività per i detenuti.

A conclusione di questa rassegna dell’evoluzione storica della disciplina penitenziaria successiva all’Unità d’Italia, si può dire che molto è stato fatto ma non sempre gli interventi del legislatore si sono mossi in ottica costituzionalmente orientata.

2. La disciplina vigente in materia di colloqui e permessi premio: l’art. 18 ss. dell’ordinamento penitenziario

Per quanto attiene al tema di questo elaborato, si procederà con la disamina dei pochi istituti che attualmente consentono ai detenuti di intrattenere rapporti con i propri familiari.

La legge sull’ordinamento penitenziario vigente riserva grande attenzione ai rapporti con la famiglia quali elementi fondamentali del trattamento rieducativo, prevedendo la possibilità di intrattenere corrispondenza epistolare e telefonica, oltre ai colloqui all’interno dell’Istituto e i permessi per uscire temporaneamente dallo stesso e trascorrere dei periodi con le famiglie.

I permessi attualmente disciplinati dalla legge sono i permessi di necessità e i permessi premio, i cui requisiti per la concessione sono differenti, perché diversa è la *ratio* che ispira gli istituti.

³⁸ Art. 6, O.P.

³⁹ BRUNETTI, *ibidem*.

Il tema attiene alla grande e parzialmente irrisolta questione della cura dell'affettività in carcere. Sul tema si è espressa anche la Corte costituzionale nella sentenza n. 301 del 2012⁴⁰, evidenziando come questa esigenza attualmente trovi una risposta solo parziale nell'istituto dei permessi premio. In passato sono state avanzate diverse proposte per l'introduzione dei cd. "permessi di affettività", con la predisposizione all'interno degli Istituti carcerari di appositi luoghi in cui i detenuti possano incontrare i propri familiari e *partners* per un tempo congruo e in assoluta *privacy*⁴¹. Queste proposte, nonostante le raccomandazioni del Consiglio d'Europa, la sollecitazione di un intervento del legislatore da parte della Corte costituzionale e la spinta degli Stati Generali sull'Esecuzione Penale del 2015, non hanno mai visto la luce, a causa soprattutto delle forti reazioni dei sindacati di polizia penitenziaria⁴².

2.1. Colloqui e corrispondenza in carcere: analisi dell'articolo 18, legge n. 354 del 1975

L'articolo 18 della legge sull'ordinamento penitenziario⁴³ contiene la disciplina dei colloqui con i congiunti e le altre persone, di cui possono godere detenuti e internati.

⁴⁰ *Infra* §5.2

⁴¹ FORTI, Il trattamento, in GIARDA- FORTI- GIUNTA- VARRASO, Manuale di diritto penitenziario, Milano, 2021, pagg. 83 e ss.

⁴² Nel 2020, Donato Capece, segretario generale del SAPPe, commentò la proposta di introdurre le visite coniugali per i detenuti così: "Ciclicamente si tira fuori la sciagurata ipotesi di destinare stanze o celle per favorire il sesso ai detenuti. Lo diciamo da tempo con fermezza e lo ribadiamo: per il SAPPe i nostri penitenziari non devono diventare postriboli e i nostri Agenti di Polizia Penitenziaria non devono diventare 'guardoni di Stato". E ancora: "Il sesso in carcere è una proposta inutile e demagogica. Si introduca piuttosto il principio di favorire il ricorso alla concessione di permessi premio a quei detenuti che in carcere si comportano bene, che non si rendono cioè protagonisti di eventi critici e che durante la detenzione lavorano e seguano percorsi concreti di rieducazione. E allora, una volta fuori, potranno esprimere l'affettività come meglio credono".

⁴³ Art. 18, commi 1-6 O.P.: «I detenuti e gli internati sono ammessi ad avere colloqui e corrispondenza con i congiunti e con altre persone, anche al fine di compiere atti giuridici.

I detenuti e gli internati hanno diritto di conferire con il difensore, fermo quanto previsto dall'articolo 104 del codice di procedura penale, sin dall'inizio dell'esecuzione della misura o della pena. Hanno altresì diritto di avere colloqui e corrispondenza con i garanti dei diritti dei detenuti.

I colloqui si svolgono in appositi locali sotto il controllo a vista e non auditivo del personale di custodia. I locali destinati ai colloqui con i familiari favoriscono, ove possibile, una dimensione riservata del colloquio e sono collocati preferibilmente in prossimità dell'ingresso dell'istituto. Particolare cura è dedicata ai colloqui con i minori di anni quattordici.

Particolare favore viene accordato ai colloqui con i familiari.

L'amministrazione penitenziaria pone a disposizione dei detenuti e degli internati, che ne sono sprovvisti, gli oggetti di cancelleria necessari per la corrispondenza.

L'articolo 18 O.P. nella sua formulazione fa trasparire il particolare favore accordato dal legislatore ai colloqui soprattutto con i familiari, quali elementi essenziali del trattamento rieducativo. Allo stato attuale della legislazione, i colloqui configurano il mezzo più diretto per coltivare i rapporti con i familiari o persone care dal momento di ingresso in carcere, per quei detenuti che non rispettano ancora le condizioni prescritte per usufruire dei permessi premio di cui all'art. 30-ter dell'ordinamento penitenziario.

I rapporti con la famiglia sono considerati di prioritaria importanza sia per il ruolo essenziale che questa svolge nel percorso rieducativo, sia per gli effetti che è destinata a subire dalla detenzione del congiunto⁴⁴: a conferma di ciò, l'ordinamento penitenziario prescrive che nel corso dell'esecuzione della pena *“particolare cura è dedicata a mantenere, migliorare o ristabilire le relazioni dei detenuti e degli internati con le famiglie”*⁴⁵.

La norma è stata “confezionata” dal legislatore in modo da far emergere le sue due anime: preservare il detenuto dagli effetti desocializzanti del carcere e la considerazione che il rapporto affettivo e familiare costituisce un elemento primario per il reinserimento sociale; e l'utilizzo dei verbi “mantenere, migliorare e ristabilire” mostra come il legislatore abbia preso in considerazione sia le situazioni fisiologiche, sia quelle patologiche dei rapporti affettivi e familiari⁴⁶.

Il detenuto, ove si tratti di congiunti o conviventi, gode di un vero e proprio diritto soggettivo al colloquio, che l'Amministrazione, una volta accertata l'esistenza di un rapporto di parentela o di convivenza, non ha il potere di negare in base a valutazioni di tipo discrezionale⁴⁷.

Tornando alla disciplina dei colloqui, prima di analizzare le modalità con cui questi si devono svolgere, merita di essere approfondito il significato dei termini

Può essere autorizzata nei rapporti con i familiari e, in casi particolari, con terzi, corrispondenza telefonica con le modalità e le cautele previste dal regolamento».

⁴⁴ FORTI, Il trattamento, in GIARDA- FORTI- GIUNTA- VARRASO, Manuale di diritto penitenziario, Milano, 2021, pagg. 83 e ss.

⁴⁵ Art. 28, L. n. 354 del 1975.

⁴⁶ VIOLI, Il trattamento penitenziario, in BALDUCCI- MACRILLÒ (a cura di), Esecuzione penale e ordinamento penitenziario, Milano, 2020, pagg. 740 e ss.

⁴⁷ CIAVOLA, Profili di diritto processuale e penitenziario in tema di coppie di fatto, in Diritto Penale Contemporaneo, 2014, n. 2, pag. 93; sul tema vedi anche Cass. Pen., Sez. Un., 26 febbraio 2003, n. 25079, Gianni, in motivazione, spec. § 16, in C.e.d. Cass., n. 224603.

“familiari” e “congiunti” che compaiono nell’articolo 18 O.P., per individuare quali soggetti la normativa ammette ai colloqui con i detenuti e gli internati.

Di particolare importanza, per capire cosa vogliono dire i due termini, è la circolare del D.A.P. n. 3478/5928 del 08 luglio 1998, che ha dettato linee guida e criteri interpretativi per superare alcuni problemi pratici sorti nell’individuazione delle persone ammesse ai colloqui. Secondo la già menzionata circolare, e la dottrina prevalente, i due termini sono utilizzati nell’ordinamento penitenziario e nel suo regolamento di esecuzione come termini equivalenti. La dottrina opera una distinzione teorica tra i due termini, intendendo con il termine “congiunti” le persone legate da un rapporto di parentela o di affinità e con il termine “familiari” i congiunti conviventi. Tuttavia, non ci si può limitare, ai fini dell’applicazione dell’articolo 18 O.P., alla nozione di famiglia anagrafica⁴⁸, in quanto troppo restrittiva e tale da escludere dall’ammissione ai colloqui i familiari non conviventi ma legati da vincoli affettivi e biologici, come ad esempio fratelli e genitori⁴⁹. La circolare del D.A.P. del 1998 dà, quindi, rilievo alla definizione sociologica di famiglia, quale «*gruppo sociale o unità fondamentale dell’organizzazione sociale, caratterizzato dalla residenza comune, dalla cooperazione economica e dalla riproduzione*»⁵⁰.

La giurisprudenza, dal canto suo, accoglie una interpretazione tutt’altro che restrittiva del concetto di famiglia, ricomprendendo sia la famiglia legittima, fondata sul matrimonio, ma anche la famiglia di fatto⁵¹. L’interpretazione estensiva trova conferma anche nel regolamento di esecuzione dell’ordinamento penitenziario n. 230

⁴⁸ Art 4, comma 1, Decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 1989, n. 223: “Agli effetti anagrafici per famiglia si intende un insieme di persone legate da vincoli di matrimonio, ((unione civile,)) parentela, affinità, adozione, tutela o da vincoli affettivi, coabitanti ed aventi dimora abituale nello stesso comune.”

⁴⁹ BRUNETTI, Diritto penitenziario, Napoli, 2021, pagg. 279 e ss.

⁵⁰ Circolare D.A.P. 8 luglio 1998, n. 3478/5928.

⁵¹ Cfr. Cass. Pen., Sez. V, 3 marzo 1995, n. 2216, di cui si riporta un estratto rilevante dei motivi della decisione: «L’art. 18 dell’Ordinamento Penitenziario dispone che i detenuti sono ammessi ad avere colloqui con i congiunti (comma 1) e che particolare favore viene accordato al colloquio con i familiari (comma 3).

Va notato che la norma si riferisce a tutti i congiunti (e non solo ai prossimi congiunti, come previsto dall’art. 101 del Regolamento del 1931) ed usa una espressione molto ampia “i familiari” (anche l’art. 28 dell’Ordinamento Penitenziario tratta dei rapporti dei detenuti con “le famiglie”) tale da consentire di ricomprendere nel termine non solo la famiglia di diritto, ma anche quella naturale o di fatto, tant’è che l’art. 35, comma 1, del regolamento (D.P.R. 29 aprile 1976, n. 431), proprio in tema di colloqui, pone sullo stesso piano i congiunti ed i conviventi».

del 2000, che ha fatto propri gli approdi giurisprudenziali e ha espressamente previsto la figura dei “conviventi” accanto alle figure di familiari e congiunti.

Da ultimo, bisogna segnalare l’introduzione della legge 20 maggio 2016, n. 76 “Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze”, che estende i diritti spettanti ai coniugi previsti nell’ordinamento penitenziario alle parti che hanno contratto l’unione civile⁵².

Per quanto concerne le modalità applicative, l’articolo 18 O.P. non prevede una disciplina dettagliata sulle modalità di svolgimento dei colloqui.

I colloqui ammessi dalla legge possono svolgersi nella forma del colloquio visivo nell’Istituto in cui si trova il soggetto detenuto, nella forma del colloquio telefonico e della videochiamata. Dall’articolo 18, comma 3 O.P. ricaviamo che i colloqui visivi si svolgono «*in appositi locali, sotto il controllo a vista e non auditivo del personale di custodia*»⁵³. Il controllo del personale deve essere discreto, in modo da non pregiudicare la riservatezza del colloquio e dei suoi contenuti ma che possa comunque assicurare che tutti esercitino il loro diritto senza interferenze e disturbi⁵⁴. Inoltre, grazie ad una innovazione introdotta dal decreto legislativo n. 123 del 2018, i luoghi in cui si svolgono i colloqui devono garantire il più possibile una dimensione riservata dell’incontro ed essere collocati in prossimità dell’ingresso dell’Istituto, allo scopo di limitare, per quanto possibile, i disagi dei familiari⁵⁵.

La disciplina di dettaglio delle modalità di attuazione dei colloqui si trova all’articolo 37 del regolamento di esecuzione, d.P.R. n. 230 del 2000.

All’articolo 37, comma 5 O.P. è previsto che i colloqui si svolgano in locali interni, senza mezzi divisorii, o in spazi all’aperto a ciò destinati; è prevista l’utilizzazione di mezzi divisorii in caso di esigenze sanitarie o di sicurezza. L’assenza di vetro divisorio consente ai detenuti di avere un contatto fisico con il familiare visitatore, contatto che si presenta come condizione indispensabile per assicurare un trattamento conforme al

⁵² VIOLI, *ibidem*.

⁵³ Art. 18, comma 3, Legge 26 luglio 1975, n. 354

⁵⁴ BERTOLOTTI, Commento all’art. 18, in GREVI- GIOSTRA- DELLA CASA, L’ordinamento penitenziario: commento articolo per articolo, CEDAM, Padova, 2000, p. 167

⁵⁵ FIORENTIN- FIORIO, Vita penitenziaria (art. 11 d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 123), in La riforma dell’ordinamento penitenziario, Milano, 2019, pagg. 147 e ss.; si veda anche la Relazione Giostra: “i locali destinati ai colloqui dovranno essere articolati in modo tale da limitarne il carattere rumoroso e l’eccessiva visibilità fra i diversi gruppi familiari. Pur non venendo meno il controllo a vista del personale addetto, si deve tendere a allestire pareti mobili capaci di offrire alle singole famiglie un minimo di riservatezza”.

senso di umanità nel rispetto dell'art. 27, comma 3, Costituzione⁵⁶. Il contatto fisico con la persona cara è un elemento tanto simbolico quanto indispensabile ai fini del trattamento rieducativo: seppur minimo, con una persona che fa parte della sfera affettiva del detenuto consente a questi di mantenere un collegamento vivo e attuale con la società libera e, *in primis*, con le persone dalle quali con molta probabilità tornerà al termine dell'espiazione della pena.

Si tratta, in sostanza, di un modo per evitare che il detenuto perda contatto con la realtà al di fuori del carcere e per evitare che, una volta uscito, questi non sia più in grado di vivere nella società libera, vanificando l'intento della legge, e gli sforzi di chi la applica, di rendere il trattamento realmente rieducativo e utile al reinserimento in società del condannato.

Resta fermo, in ogni caso, che il contatto con il parente nel corso del colloquio non debba essere strumentalizzato dal detenuto⁵⁷: infatti, il colloquio deve svolgersi nel rispetto delle regole e senza arrecare disturbo ad altri. Per questo la polizia penitenziaria ha il potere di sospendere il colloquio se le persone tengono comportamenti scorretti⁵⁸.

Gli internati e i detenuti usufruiscono di sei colloqui al mese; il numero dei colloqui diminuisce in caso di detenuti per uno dei reati di cui all'articolo 4-*bis* O.P.⁵⁹, per i quali i colloqui non possono essere più di quattro al mese, e per i detenuti sottoposti al regime dell'articolo 41-*bis* O.P.⁶⁰, che hanno a disposizione un solo colloquio al mese. Ai sensi dell'articolo 37, comma 10 O.P. il colloquio ha la durata massima di un'ora ma, in considerazione di eccezionali circostanze, la durata del colloquio con congiunti

⁵⁶ RUARO- BRONZO, Gli elementi del trattamento, in DELLA CASA- GIOSTRA, Manuale di diritto penitenziario, Torino, 2020, pagg. 54 e ss.

⁵⁷ RUARO- BRONZO, *ibidem*

⁵⁸ Art. 37, comma 4 reg. esec.: «Nel corso del colloquio deve essere mantenuto un comportamento corretto e tale da non recare disturbo ad altri. Il personale preposto al controllo sospende dal colloquio le persone che tengono comportamento scorretto o molesto, riferendone al direttore, il quale decide sulla esclusione.»

⁵⁹ La diversità di disciplina deriva dalla considerazione dei reati inclusi nel catalogo dell'art. 4 *bis* O.P. (c.d. reati ostativi), ritenuti così allarmanti da non consentire la sospensione dell'esecuzione della pena e da richiedere che il condannato scontasse la pena in carcere. Il condannato per uno dei reati dell'art. 4 *bis* O.P. è ammesso alla fruizione dei benefici penitenziari nei limiti di cui allo stesso articolo.

⁶⁰ L'art. 41 *bis* O.P. prevede un regime detentivo speciale: il Ministro della Giustizia può sospendere l'applicazione delle ordinarie regole di trattamento dei detenuti per il soddisfacimento delle esigenze di ordine e sicurezza e per impedire i collegamenti dei detenuti con le associazioni criminali di appartenenza.

e conviventi può essere aumentata fino a due ore⁶¹. I colloqui, di norma, si svolgono nei giorni feriali ma è previsto lo svolgimento nei giorni festivi per quei detenuti che siano impegnati in attività lavorative durante la settimana⁶². Per quanto riguarda, invece, la ripartizione della competenza per l'autorizzazione ai colloqui, l'articolo 18, comma 10 O.P. stabilisce che, per gli imputati fino alla sentenza di primo grado, la competenza sia dell'autorità giudiziaria che procede; dopo la sentenza di primo grado, la competenza è del direttore dell'Istituto.

Altra modalità consentita di colloqui è quella dei colloqui telefonici, disciplinati dall'articolo 18, comma 6 O.P.

L'utilizzabilità del telefono è una assoluta novità dell'ordinamento penitenziario del 1975. Al giorno d'oggi, il telefono costituisce uno strumento di uso quotidiano e uno strumento di particolare importanza per consentire ai detenuti di mantenere rapporti con la propria famiglia. Il regolamento di esecuzione, che contiene la disciplina di dettaglio dei colloqui telefonici nell'articolo 39, prevede l'uso del telefono come strumento ordinario e non lo subordina alla mancata fruizione dei colloqui visivi o alla presenza di particolari circostanze. Al detenuto è consentito effettuare una chiamata a settimana nonché, in occasione del rientro dal permesso, della durata di dieci minuti, diretta a familiari e, in casi particolari, a terze persone. Le telefonate sono inoltrate a numeri previamente autorizzati dal personale dell'Istituto, con le modalità tecnologiche disponibili⁶³. Tuttavia, si deve sottolineare che attualmente le disposizioni dell'articolo 39, comma 6, reg. esec. sono da considerare obsolete, dato che nelle sezioni detentive sono installati apparecchi telefonici utilizzati dai detenuti in autonomia, attraverso tessere elettroniche in cui sono stati previamente inseriti i numeri autorizzati; il costo della chiamata viene addebitato sul fondo disponibile del detenuto⁶⁴. Inoltre, sono attualmente concesse le telefonate dirette ad utenze cellulari⁶⁵, consentite in presenza di tre requisiti: si deve trattare di detenuti dei circuiti di bassa e

⁶¹ Questo può avvenire nel caso in cui congiunti e conviventi risiedono in un comune diverso da quello in cui ha sede l'istituto, però solo nel caso in cui il detenuto o l'internato non abbia fruito di alcun colloquio nella settimana precedente e se le esigenze e l'organizzazione dell'istituto lo consentono.

⁶² Art. 37, co. 13, d.P.R. n. 230 del 2000.

⁶³ Art. 39, co. 6, d.P.R. n. 230 del 2000.

⁶⁴ RUARO- BRONZO, *ibidem*.

⁶⁵ Circolare D.A.P. n. 0177644 del 26 aprile 2010.

media sicurezza, che non abbiano fruito di altri colloqui visivi o telefonici nei quindici giorni precedenti e non ci sia altra possibilità di contatto se non il cellulare.

L'articolo 39 del regolamento mette in evidenza un'ulteriore distinzione tra le telefonate provenienti dall'esterno e quelle provenienti dall'interno dell'Istituto: nel primo caso il detenuto può solo ricevere comunicazione del nominativo dichiarato dalla persona che ha chiamato, a meno che la chiamata provenga da congiunto o convivente anch'esso detenuto, nel qual caso si darà corso alla telefonata⁶⁶; nel secondo caso, i condannati e gli internati possono essere autorizzati dal direttore dell'Istituto alla corrispondenza telefonica con i congiunti e i conviventi ovvero, se ricorrono ragionevoli e verificati motivi, con persone diverse, una volta alla settimana. Inoltre, possono comunicare con i familiari e con i conviventi in occasione del rientro in Istituto dopo un permesso o una licenza⁶⁷.

Per quanto riguarda il rispetto della riservatezza della conversazione, si applicano criteri differenti a seconda della categoria di appartenenza del detenuto: le telefonate dei detenuti comuni possono essere registrate e ascoltate solo previa autorizzazione dell'autorità giudiziaria; quelle dei detenuti per un reato di cui all'articolo 4-bis O.P. sono sempre registrate e messe a disposizione dell'autorità giudiziaria; quelle dei detenuti in regime di 41-bis O.P. sono sempre registrate e ascoltate in tempo reale.

In tema di corrispondenza telefonica, si ricorda l'intervento operato dal legislatore con il decreto-legge n. 28 del 2020, convertito in legge n. 70 del 2020, il cui articolo 2-*quinquies* ha sostituito l'articolo 39, comma 3 del regolamento di esecuzione dell'ordinamento penitenziario disponendo che l'autorizzazione alla corrispondenza telefonica *“può essere concessa, oltre i limiti stabiliti dal comma 2 del medesimo articolo 39, in considerazione di motivi di urgenza o di particolare rilevanza, nonché' in caso di trasferimento del detenuto. L'autorizzazione può essere concessa una volta al giorno se la corrispondenza telefonica si svolga con figli minori o figli maggiorenni portatori di una disabilità grave; è inoltre concessa nei casi in cui si svolga con il coniuge, con l'altra parte dell'unione civile, con persona stabilmente convivente o legata all'internato da relazione stabilmente affettiva, con il padre, la*

⁶⁶ Art. 39, co. 10 reg. esec., d.P.R. n. 230 del 2000.

⁶⁷ Art. 39, co. 2 reg. esec., d.P.R. n. 230 del 2000.

madre, il fratello o la sorella del condannato qualora gli stessi siano ricoverati presso strutture ospedaliere”.

Ai detenuti per uno dei delitti di cui all'articolo 4-*bis*, comma 1, O.P., l'autorizzazione non può essere concessa più di una volta a settimana; i detenuti in regime di “carcere duro”⁶⁸ sono, invece, esclusi dalla previsione.

A partire dal 2019⁶⁹, con un significativo incremento dallo scoppio della pandemia di Covid-19⁷⁰, è stato concesso l'utilizzo delle videochiamate quale mezzo per lo svolgimento dei colloqui. La modalità del colloquio telematico non sostituisce sicuramente la presenza fisica dei familiari ma è uno strumento alternativo, da utilizzare in caso di impossibilità a svolgere il colloquio di persona. La videochiamata è considerata e computata come una modalità di colloquio visivo e la relativa disciplina, dal momento che non ne esiste una specifica, è mutuata dalle norme in tema di colloqui visivi.

Grande attenzione è riservata dal legislatore alla corrispondenza epistolare. L'articolo 18, comma 5, O.P. prevede che *“l'amministrazione penitenziaria pone a disposizione dei detenuti e degli internati, che ne sono sprovvisti, gli oggetti di cancelleria necessari per la corrispondenza”*. Non è previsto un numero massimo di lettere che il detenuto può inviare e ricevere. Le limitazioni e i controlli della corrispondenza, nel rispetto dei principi di libertà e segretezza assicurati dall'articolo 15 della Costituzione e dagli articoli 8 e 13 della CEDU, devono essere stabiliti dal legislatore che ha il dovere di specificare in quali casi, con quali modalità e per quanto tempo si possono adottare provvedimenti restrittivi; inoltre, deve essere garantita al detenuto la possibilità di domandare tutela giurisdizionale.

L'articolo 18-*ter* O.P. prevede tre diverse restrizioni inerenti all'invio e alla ricezione della corrispondenza: un controllo materiale della busta, senza lettura dello scritto; un controllo con lettura dello scritto ed eventuale trattenimento; un blocco dell'invio e della ricezione della corrispondenza. In passato, era diffusa una prassi investigativa che consisteva nell'apertura in modo occulto delle lettere, successiva scansione del contenuto, richiusura della busta e consegna al detenuto. Questa prassi è stata

⁶⁸ Il “carcere duro” è il regime detentivo differenziato previsto dall'art. 41 *bis* O.P.; si veda anche la *nota* 56.

⁶⁹ Circolare D.A.P. del 30 gennaio 2019, n. 0031246.

⁷⁰ Art. 2, co. 1, lett. u), Decreto Del Presidente Del Consiglio Dei Ministri 8 Marzo 2020.

sconfessata sia dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione⁷¹ e poi dalla Corte costituzionale⁷².

2.2. Permessi di necessità e permessi premio: analisi degli articoli 30 e 30 ter, legge n. 354 del 1975

La legge sull'ordinamento penitenziario prevede due categorie di permessi: i permessi di necessità, disciplinati dall'articolo 30 O.P. e i permessi premio disciplinati, dall'articolo 30 *ter* O.P., introdotto con la legge 10 ottobre 1986, n. 663 (c.d. legge Gozzini).

I due permessi hanno caratteristiche e presupposti applicativi diversi ma la *ratio* di entrambi è riconducibile all'articolo 27, comma 3, della Costituzione: il permesso di necessità attiene al principio di umanità della pena mentre il permesso premio ha finalità prettamente rieducativa.

⁷¹ Cass., Sez. Un. 19 aprile 2012, n. 28997, Pasqua, in Diritto Penale Contemporaneo.

⁷² Corte Cost. n. 20 del 24 gennaio 2017: “4.– Per quanto riguarda più specificamente la corrispondenza postale del detenuto, deve inoltre ricordarsi che la disciplina dettata dall’art. 18-ter della legge n. 354 del 1975, come modificata dalla legge n. 95 del 2004, rappresenta un delicato punto di equilibrio raggiunto dal legislatore, anche a seguito di numerose decisioni della Corte europea dei diritti dell’uomo in cui l’Italia veniva ripetutamente condannata per violazione degli artt. 8 e 13 CEDU (ex multis, sentenze 21 ottobre 1996, Calogero Diana contro Italia; 15 novembre 1996, Domenichini contro Italia; 6 aprile 2000, Labita contro Italia; 26 luglio 2001, Di Giovine contro Italia; 14 ottobre 2004, Ospina Vargas contro Italia).

4.1.– Non è superfluo ribadire il costante orientamento della giurisprudenza di questa Corte, secondo il quale la tutela costituzionale dei diritti fondamentali opera anche nei confronti di chi è stato sottoposto a legittime restrizioni della libertà personale, sia pure con le limitazioni imposte dalla particolare condizione in cui versa: «Chi si trova in stato di detenzione, pur privato della maggior parte della sua libertà, ne conserva sempre un residuo, che è tanto più prezioso in quanto costituisce l’ultimo ambito nel quale può espandersi la sua personalità individuale» (sentenza n. 349 del 1993, nonché sentenze n. 26 del 1999 e n. 212 del 1997).

[...] Per quanto riguarda la corrispondenza epistolare, di norma il detenuto deve avere a disposizione gli strumenti necessari, ma per la sua stessa condizione è comunque tenuto ad affidarsi all’amministrazione penitenziaria, che smista la posta diretta ai detenuti o da loro spedita.

In questo contesto, di per sé limitativo della libertà di comunicare riservatamente, si inserisce l’art. 18-ter, introdotto con la legge n. 95 del 2004, che prevede la possibilità di ulteriori restrizioni [...]

4.2.– La procedura mediante visto di controllo della corrispondenza postale dei detenuti di cui all’art. 18-ter dell’ordinamento penitenziario si affianca, dunque, ad ulteriori limitazioni e condizionamenti a cui la comunicazione con soggetti esterni è sottoposta. Unitamente agli altri strumenti contemplati dal medesimo art. 18-ter, l’apposizione del visto di controllo realizza, nello specifico ambito della detenzione in carcere, un bilanciamento tra le esigenze investigative legate alla prevenzione o alla repressione dei reati e i diritti dei detenuti, tra i quali la possibilità di intrattenere rapporti con soggetti esterni riveste una particolare importanza affinché le modalità di esecuzione della pena siano rispettose dei principi costituzionali e, segnatamente, dell’art. 27 Cost.”.

Per quanto attiene i permessi di necessità, i presupposti applicativi sono previsti dall'articolo 30, commi 1 e 2 O.P., dai quali si evince che si tratta di un istituto ad applicazione sporadica, di carattere straordinario e di breve durata⁷³.

Più nel dettaglio, l'art. 30, comma 1, O.P. prescrive che, in caso di imminente pericolo di vita di un convivente o di un familiare, ai detenuti e agli internati può essere concesso dal magistrato di sorveglianza il permesso di recarsi a visitare l'infermo. Inoltre, il permesso può essere concesso anche "eccezionalmente" per eventi familiari di "particolare gravità" ai sensi dell'art. 30 co. 2 O.P.

Originariamente, la norma subordinava la concessione del permesso alla sussistenza di "gravi e accertati motivi": parte della giurisprudenza di merito interpretava questo concetto in maniera molto estensiva, ricomprendendo non solo eventi luttuosi o altrimenti drammatici ma anche vicende significative nella vita del detenuto, come matrimoni o la nascita di un figlio⁷⁴. Nonostante le modifiche apportate dalla legge n. 450 del 1977 al comma 2 dell'art. 30 O.P., fino all'introduzione nel 1986 dei permessi premio, la magistratura di sorveglianza continuò a concedere i permessi di necessità in una serie di situazioni dotate di un carattere di eccezionale gravità, con la precisazione che il termine "gravità" doveva essere inteso in riferimento a qualsiasi avvenimento particolarmente significativo nella vita di una persona⁷⁵ e anche ad eventi di valore positivo, che abbiano eccezionale importanza e rilevanza nella vita del richiedente⁷⁶. L'introduzione dei permessi premio nel 1986 non ha più consentito l'utilizzazione dei permessi di necessità come strumento a valenza trattamentale. Attualmente, nella giurisprudenza di legittimità prevale un orientamento restrittivo sui criteri di concessione della misura: la Suprema Corte, infatti, precisa che devono sussistere congiuntamente i tre requisiti della "eccezionalità" della concessione, della "particolare gravità" dell'evento giustificativo e della sua "idoneità" ad incidere nella vicenda familiare del detenuto⁷⁷.

⁷³ RUARO- BRONZO, *ibidem*.

⁷⁴ RUARO- BRONZO, *ibidem*.

⁷⁵ Magistratura di sorveglianza di Campobasso, 23 settembre 1978, in *Rivista Penale*, 1979, n. 89 e in *Giurisprudenza di Merito*, 1979, n. 979, citato in CANEPA- MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, 2002, pag. 170.

⁷⁶ BRUNETTI, *ibidem*.

⁷⁷ A titolo di esempio: Cass. Pen. 4 luglio 2019, n. 41240; Cass. Pen. 27 novembre 2017, n. 26062.

Nonostante si affermi che il permesso di necessità non attenga alla sfera trattamentale, si registrano dei casi in cui la giurisprudenza ha concesso questo tipo di permesso per “*accadimenti peculiari, tendenzialmente irripetibili, aventi la loro genesi in relazioni di tipo familiare e idonei ad incidere nella vicenda umana del detenuto*”⁷⁸, mettendo in evidenza il loro ruolo nel mantenimento dei rapporti affettivi, elemento essenziale del trattamento rieducativo.

I permessi di necessità possono essere concessi a tutti coloro che si trovano in carcere – senza distinzione tra detenuti, internati e imputati – indipendentemente dalla condotta intramuraria, dalla pericolosità sociale, dal reato commesso o dalla pena inflitta. Il grado di pericolosità del richiedente rileva solo nel momento in cui il giudice decide sulle cautele da adottare.

Per i permessi di durata superiore alle dodici ore è consentito prescrivere il pernottamento del beneficiario in un istituto penitenziario vicino al luogo di destinazione⁷⁹. La durata massima di un permesso di necessità è di cinque giorni, oltre al tempo necessario per raggiungere il luogo in cui deve recarsi l’interessato⁸⁰.

Per quanto concerne l’autorità competente a concedere il permesso, per i condannati e gli internati è competente il magistrato di sorveglianza che ha giurisdizione sull’Istituto in cui si trova il detenuto al momento della richiesta; per gli imputati sottoposti a procedimento di primo grado è competente l’autorità giudiziaria procedente; per gli imputati che hanno presentato appello è competente il Presidente del collegio; per gli imputati che hanno presentato ricorso per Cassazione è competente il Presidente dell’ufficio giudiziario presso il quale si è svolto l’appello. Nel caso di persona che abbia la duplice condizione di imputato e condannato, si sono determinati orientamenti giurisprudenziali difformi: secondo un primo orientamento la competenza è esclusivamente del giudice della cognizione; un secondo orientamento

⁷⁸ Cass. Pen. 14 luglio 2020, n. 23396; Cass. Pen. 6 novembre 2019, n. 10541 citate in FORTI, Il trattamento, in GIARDA- FORTI- GIUNTA- VARRASO, Manuale di diritto penitenziario, Milano, 2021, pag. 100; si veda anche Cass. Pen., Sez. I, 01 febbraio 2022, n. 3609: “Ai fini della concessione del permesso di necessità previsto dall’art. 30, comma 2, Ord. pen., devono sussistere i tre requisiti del carattere eccezionale della concessione, della particolare gravità dell’evento giustificativo e della correlazione di tale evento con la vita familiare”.

⁷⁹ Art. 64, co. 4 reg. esec., d.P.R. n. 230 del 2000.

⁸⁰ Art. 64, co. 1 reg. esec., d.P.R. n. 230 del 2000.

propende per una competenza combinata del giudice della cognizione e del magistrato di sorveglianza⁸¹.

Gli ultimi due commi dell'art. 30 O.P. prevedono le sanzioni in caso di mancato rientro nell'Istituto: *“Il detenuto che non rientra in Istituto allo scadere del permesso senza giustificato motivo, se l'assenza si protrae per oltre tre ore e per non più di dodici, è punito in via disciplinare; se l'assenza si protrae per un tempo maggiore, è punibile a norma del primo comma dell'articolo 385 del codice penale ed è applicabile la disposizione dell'ultimo capoverso dello stesso articolo”*⁸², ossia beneficerà di una diminuzione della pena in caso di costituzione in carcere prima della condanna.

L'internato che rientra in Istituto dopo tre ore dalla scadenza del permesso senza giustificato motivo è punito in via disciplinare⁸³. Il tempo trascorso dal detenuto, o dall'internato, in permesso è computato ad ogni effetto nella durata della pena, salvo i casi di mancato rientro o di grave comportamento dal quale risulta non meritevole del beneficio. In questi casi decide il magistrato di sorveglianza con decreto motivato, reclamabile al tribunale di sorveglianza⁸⁴.

L'altro tipo di permesso previsto dall'ordinamento penitenziario è il permesso premio, disciplinato all'articolo 30-ter O.P.

Il permesso premio, diversamente dal permesso di necessità, è ispirato ad una logica diversa, in quanto si caratterizza, da un lato, per la sua funzione incentivante, attraverso il meccanismo della premialità, che spinge i detenuti al rispetto delle norme che regolano la vita dell'istituto; dall'altro, per la sua funzione special preventiva, perché contribuisce al mantenimento degli interessi affettivi, culturali e lavorativi del detenuto e permette al soggetto di mettere alla prova il suo comportamento in libertà. Anche la Corte costituzionale, in diverse sentenze, si è pronunciata in merito alla natura e alla finalità dei permessi premio, definendoli uno strumento volto a stimolare la *«regolare condotta»* del detenuto, attestata dall'aver questi manifestato *«costante senso di responsabilità e correttezza nel comportamento personale, nelle attività organizzate negli istituti e nelle eventuali attività lavorative o culturali»*; si tratta a parere della Corte di *«uno strumento [...] spesso insostituibile per evitare che la detenzione*

⁸¹ BRUNETTI, *ibidem*.

⁸² Art. 30, co. 3, O.P.

⁸³ Art. 30, co. 4, O.P.

⁸⁴ Art 53 bis, O.P.

impedisca del tutto di coltivare interessi affettivi, culturali o di lavoro», funzionale a «perseguire efficacemente quel progressivo reinserimento armonico della persona nella società, che costituisce l'essenza della finalità rieducativa»⁸⁵.

Per quanto attiene ai requisiti per l'ottenimento dei permessi, bisogna specificare che questi possono essere concessi solo ai condannati, non socialmente pericolosi, che abbiano tenuto una regolare condotta nel corso della detenzione. Sul requisito della regolare condotta si sono avvicinati diversi orientamenti giurisprudenziali ma, in sintesi, si può dire che la condotta intramuraria del richiedente, per risultare regolare, non solo deve essere caratterizzata da correttezza sul piano disciplinare ma anche denotare senso di responsabilità nella partecipazione alle attività trattamentali ed esprimere la volontà di intraprendere un processo di rivisitazione critica delle precedenti scelte delittuose⁸⁶. L'art. 30 *ter*, co. 4 stabilisce che il permesso premio può essere concesso ai condannati all'arresto o alla reclusione non superiore a quattro anni anche se congiunta all'arresto; ai condannati alla reclusione superiore a quattro anni, dopo l'espiazione di almeno un quarto della pena; però, se si tratta di condannati per taluno dei delitti indicati nei commi 1, 1-*ter* e 1-*quater* dell'articolo 4 *bis*, dopo l'espiazione di almeno metà della pena e, comunque, di non oltre dieci anni; ai condannati all'ergastolo, dopo l'espiazione di almeno dieci anni.

Tali requisiti sono parzialmente diversi per i condannati a cui sia stata applicata la recidiva reiterata, di cui all'art. 99, co. 4 c.p.⁸⁷. Le restrizioni si applicano solo nel caso in cui la recidiva reiterata sia stata contestata nel giudizio di cognizione, riconosciuta nella sentenza di condanna per la quale è in corso l'esecuzione e che abbia trovato concreta applicazione nel giudizio di equivalenza o prevalenza rispetto alle circostanze attenuanti⁸⁸.

⁸⁵ Vedi Corte cost. n. 149/2018 richiamata anche in Corte cost. 229/2019; Corte cost. n. 403/1997; Corte cost. n. 235/1996.

⁸⁶ RUARO- BRONZO, *ibidem*; vedi anche Art. 30 *ter*, co. 8 O.P.: «8. La condotta dei condannati si considera regolare quando i soggetti, durante la detenzione, hanno manifestato costante senso di responsabilità e correttezza nel comportamento personale, nelle attività organizzate negli istituti e nelle eventuali attività lavorative o culturali».

⁸⁷ Art. 30 *quater* O.P.: «1. I permessi premio possono essere concessi ai detenuti, ai quali sia stata applicata la recidiva prevista dall'articolo 99, quarto comma, del Codice penale, nei seguenti casi previsti dal comma 4 dell'articolo 30 *ter*:

- a) alla lettera a) dopo l'espiazione di un terzo della pena;
- b) alla lettera b) dopo l'espiazione della metà della pena;
- c) alle lettere c) e d) dopo l'espiazione di due terzi della pena e, comunque, di non oltre quindici anni».

⁸⁸ FORTI, *ibidem*.

I permessi premio sono disposti dal magistrato di sorveglianza, sentito il direttore dell'Istituto, con decreto motivato e non possono avere durata superiore a quindici giorni ogni volta, per un totale di quarantacinque giorni per ogni anno di espiazione⁸⁹. Il decreto del magistrato di sorveglianza, reclamabile dinanzi al tribunale di sorveglianza⁹⁰, contiene l'indicazione delle prescrizioni cui il beneficiario del permesso dovrà attenersi, relative alla dimora o al domicilio del condannato durante il permesso⁹¹. Inoltre, ai sensi dell'art. 659, comma 1-*bis* c.p.p., introdotto con la legge 19 luglio 2019, n. 69, a tutela delle vittime della violenza domestica e di genere, quando un condannato per uno dei delitti ivi previsti esce dal carcere a seguito della concessione di un permesso, o di una misura alternativa alla detenzione, il pubblico ministero che cura l'esecuzione della sentenza deve darne immediata comunicazione, a mezzo della polizia giudiziaria, alla persona offesa.

Infine, per quanto attiene alle conseguenze del mancato rientro e il computo del periodo trascorso in permesso nella durata della pena si applicano le stesse disposizioni in tema di permessi di necessità⁹².

3. La sfera affettiva come aspetto indispensabile del trattamento rieducativo: violata la funzione rieducativa della pena?

Dopo la disamina dei principali istituti sui quali il legislatore basa la tutela delle relazioni familiari dei detenuti, è necessaria una attenta analisi della finalità rieducativa della pena propugnata dall'art. 27, comma 3, Cost. e della sua applicazione pratica.

In sostanza, bisogna capire in che modo il legislatore ha tradotto le affermazioni di principio dell'art. 27, comma 3, Cost. negli elementi del trattamento rieducativo e se, e dove, si possono ravvisare delle lacune applicative.

L'articolo 27, comma 3 Cost. è il principio più importante alla quale il legislatore deve ispirarsi per disciplinare l'esecuzione delle sanzioni penali.

Il finalismo rieducativo delle pene, in particolare, è espresso dalla proposizione “*le pene [...] devono tendere alla rieducazione del condannato*”. Dalla Costituzione

⁸⁹ Art. 30 *ter*, co. 1 O.P.

⁹⁰ Art. 30 *ter*, co. 7 O.P.

⁹¹ Art. 65, co. 2 reg. esec., d.P.R. n. 230 del 2000.

⁹² Art. 30, co. 3, O.P.

emerge, quale unico fine dichiarato della pena, quello rieducativo; tuttavia, questo non deve essere inteso in senso esclusivo e assoluto, dovendo agire in concorso con le altre funzioni della pena. La sanzione penale infatti, per sua natura, e per il modo in cui incide sui diritti delle persone che vi sono sottoposte, conserva ancora una valenza afflittiva; inoltre, se le pene avessero esclusivamente finalità rieducativa, sarebbe totalmente superflua la specificazione per cui le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità⁹³. Si dice, infatti, che l'esecuzione della pena deve essere tale da non rappresentare per il soggetto un peggior castigo di quello che già si realizza per effetto della privazione della libertà ma deve consentire tutti i trattamenti che appaiono più idonei al recupero sociale del reo⁹⁴. Per una effettiva valorizzazione, il principio del finalismo rieducativo deve ispirare non solo la fase dell'esecuzione della pena ma anche il legislatore nel momento in cui introduce una sanzione penale e il giudice quando emette una sentenza di condanna⁹⁵.

Una ulteriore specificazione merita la valenza semantica del verbo “tendere” e del termine “rieducazione”, utilizzato per indicare l'obiettivo finale del volontario percorso trattamentale del condannato.

Il verbo “tendere”, nell'interpretazione che risulta più convincente, e più aderente con lo spirito della Costituzione, indica l'intenzione di ripudiare qualsiasi trattamento penitenziario coattivo. Il termine “rieducazione” va inteso quale sinonimo di “reinserimento sociale”, alla cui base si pone la capacità del condannato di vivere in società senza violazioni della legge penale. In definitiva, si può dire che il trattamento rieducativo e, di conseguenza, il reinserimento sociale del condannato non possono essere mai imposti, né certi, né impossibili⁹⁶.

⁹³ SALERNO, Affettività e sessualità nell'esecuzione penale: diritti fondamentali dei detenuti? L'atteggiamento italiano su una questione controversa., in *Giurisprudenza Penale Web*, 2017, 1, pag. 2 e ss.

⁹⁴ SALERNO, Affettività e sessualità nell'esecuzione penale: diritti fondamentali dei detenuti? L'atteggiamento italiano su una questione controversa., in *Giurisprudenza Penale Web*, 2017, 1, pag. 2 e ss.

⁹⁵ V. Corte cost. 02 luglio 1990, n. 313, citata in DELLA CASA- GIOSTRA, La cornice costituzionale e sovranazionale, in DELLA CASA- GIOSTRA, *Manuale di diritto penitenziario*, Torino, 2020, pagg. 1 e ss.: “Ne deriva che questo comune aspetto della doglianza, secondo cui il giudice viene ad essere privato del potere di controllare la congruità della pena richiesta consensualmente dalle parti, è particolarmente riferibile al parametro costituzionale di cui all'art. 27, terzo comma: che impone al giudice di valutare l'osservanza del principio di proporzione fra quantitas della pena e gravità dell'offesa, e quindi il concreto valore rieducativo della pena in relazione alla sua pregnante finalità.”

⁹⁶ DELLA CASA- GIOSTRA, *ibidem*

Dopo alcune note preliminari sulla portata dell'art. 27, comma 3 Cost. nel panorama dell'esecuzione penale, occorre capire quale sia la sua attinenza con il tema delle relazioni affettive dei detenuti.

La regolamentazione dei rapporti tra il detenuto e la famiglia rileva sui due versanti della pena "costituzionale": la sua umanità e la sua funzione rieducativa⁹⁷. I rapporti con la famiglia devono essere conservati, recuperati e rafforzati⁹⁸ perché costituiscono un elemento centrale del trattamento. La cura della dimensione affettiva è sì uno strumento di risocializzazione ma, prima ancora, è un diritto della persona che spetta a tutti i detenuti, a prescindere dalla situazione giuridica e dal percorso di riabilitazione personale⁹⁹, che non può che giovare del legame familiare, attraverso cui il detenuto affronta le conseguenze negative della carcerizzazione. È di lampante evidenza che il carcere rappresenti un evento fortemente traumatico, sia per chi si trova ad essere ristretto sia per le persone che sono parte della cerchia affettiva del detenuto. L'interruzione forzata dei rapporti con il mondo esterno e la società civile e l'impossibilità di avere continui e stabili rapporti con i propri cari genera nel detenuto un forte senso di smarrimento, solitudine, esclusione, depressione ed ansia¹⁰⁰. Il detenuto, al momento del suo ingresso in carcere, perde tutto: la sua libertà, il suo lavoro, la sua casa. Perde tutti gli elementi che hanno caratterizzato la sua vita, innescando un processo di perdita della propria identità a seguito del c.d. "processo di prigionizzazione"¹⁰¹.

Ancora, come già stato messo in evidenza in precedenti sezioni di questa ricerca, che le relazioni affettive siano parte integrante del rispetto della dignità della

⁹⁷ CIAVOLA, Art. 28 Rapporti con la famiglia, in FIORENTIN- SIRACUSANO (a cura di), L'esecuzione penale. Ordinamento penitenziario e leggi complementari, Milano, 2019, pagg. 390 e ss.

⁹⁸ V. Circolare D.A.P. 2009-PEA 16/2007: questa evidenza come rappresenti «dato di comune esperienza che i legami affettivi con i propri cari costituiscono per la persona detenuta un insostituibile supporto emozionale e motivazionale per intraprendere un reale processo di reinserimento sociale».

⁹⁹ CERTOSINO, Il diritto del detenuto al mantenimento delle relazioni affettive, in Archivio Penale, 2017, n. 2.

¹⁰⁰ GORDON, *Are conjugal and familial visitations effective rehabilitative concept? Yes*, in The Prison Journal, 1999, 79 (1), pag. 119.

¹⁰¹ CLEMMER, *The Prison Community*, Boston, 194: Donald Clemmer, scienziato sociale statunitense, già a partire dagli anni '40 del Novecento iniziò a studiare le dinamiche della società carceraria e i cambiamenti che la reclusione porta nei soggetti che la subiscono. Secondo lo scienziato, tutti i detenuti subiscono il processo di prigionizzazione ma non tutti reagiscono nello stesso modo; le visite dei familiari sono uno strumento per ridurre una delle conseguenze più devastanti per il detenuto, il "disadattamento sessuale".

persona detenuta è evidenziato anche dallo stesso ordinamento penitenziario: detto in altri termini, i legami familiari sono un elemento positivo di valutazione all'interno del percorso trattamentale e sono un parametro su cui modellare il processo di individualizzazione. Quindi, in linea di principio, si può affermare che le disposizioni dell'ordinamento penitenziario siano perfettamente funzionali alla piena attuazione della dimensione affettiva; questo se non si considera che allo stato attuale l'ordinamento penitenziario nega del tutto incontri privati all'interno dell'istituto penitenziario. Inutili sono stati negli anni i tentativi del legislatore di porre rimedio a questa situazione: da ultimo di ricorda la proposta emersa durante gli Stati Generali dell'esecuzione penale¹⁰² di introdurre i c.d. "permessi di affettività", ipotesi completamente stralciate dalla legge delega 23 giugno 2017, n. 103, che lasciava margini di intervento del legislatore delegato piuttosto circoscritti e che, comunque, si sono tradotti in un nulla di fatto¹⁰³. Infatti, la sessualità intramuraria è l'unico aspetto della vita del detenuto che non è oggetto di alcuna esplicita disciplina, legislativa o regolamentare: più volte e da più voci è emersa l'idea che in realtà le norme attuali dell'ordinamento penitenziario permettono in modo anche molto ampio l'esplicarsi del diritto all'affettività del detenuto; si è detto anche che solo il legislatore possa intervenire in materia, essendo l'amministrazione impossibilitata a supplire alle carenze legislative in via regolamentare dal rispetto del principio di legalità¹⁰⁴. Inoltre, la normativa attuale non lascia spazio a interpretazioni giurisprudenziali evolutive o adeguatrici, in ragione della formulazione inequivoca dell'art. 18, co. 2 e della frammentarietà del quadro normativo vigente in materia: però, l'apparente anomia in tema di diritto alla sessualità intramuraria non è una carenza dell'ordinamento o una zona grigia ma cela in realtà un operante dispositivo proibizionista¹⁰⁵. Inoltre, un altro dato da considerare è che dal 1975 mai l'amministrazione penitenziaria o la

¹⁰² Gli Stati Generali dell'Esecuzione Penale sono stati un'occasione di incontro, confronto e dibattito tra professionisti del campo giuridico (avvocati, magistrati, professori, universitari) sui temi che riguardano il carcere e l'esecuzione delle pene. I lavori sono stati organizzati per tavoli tematici, ognuno dei quali al termine dei lavori ha redatto una relazione conclusiva. L'obiettivo era quello di dare vita a delle nuove regole per riformare il sistema italiano dell'esecuzione penale.

¹⁰³ MANCA, Perché occuparsi della questione "affettività" in carcere?, in "Affettività e carcere: un binomio (im)possibile?", Giurisprudenza Penale Web, 2019, n. 2-bis, pagg. 7 e ss.

¹⁰⁴ PUGIOTTO, La castrazione di un diritto. La proibizione della sessualità in carcere come problema di legalità costituzionale, in "Affettività e carcere: un binomio (im)possibile?", Giurisprudenza Penale Web, 2019, n. 2-bis, pagg. 17 e ss.

¹⁰⁵ PUGIOTTO, *ibidem*.

magistratura di sorveglianza ha autorizzato un detenuto ad avere incontri privati con il proprio *partner*¹⁰⁶. La Cassazione ha affermato che il vigente ordinamento penitenziario esclude, per i detenuti, la possibilità di avere incontri privati, anche tra persone unite in matrimonio, nel carcere; «*tale esclusione è una conseguenza diretta della privazione della libertà personale, propria della reclusione e, pertanto, il nostro ordinamento giuridico non attribuisce al condannato in espiatione della pena inflittagli, il potere di contrastare, in tale suo stato, la detta limitazione opponendo un diritto civico della sua personalità privata, in contrapposizione alla privazione della libertà personale*»¹⁰⁷. Rimane, tuttavia, il paradosso giuridico del fenomeno dei c.d. “matrimoni bianchi”, che vede la celebrazione dell’atto senza però che il detenuto abbia la possibilità di consumare il matrimonio¹⁰⁸. Questa privazione assume, di fatto, la forma di una pena accessoria alla pena principale, che si infligge in conseguenza automatica dell’esecuzione della condanna alla pena detentiva¹⁰⁹. In questo operante dispositivo abolizionista potrebbe prospettarsi la violazione della finalità che l’art. 27, co. 3 Cost. attribuisce alla pena: la pena detentiva si trasforma, recuperando quelle componenti di afflizione e sofferenza che connotavano il Regolamento Penitenziario fascista del 1931. Questa situazione potrebbe far sorgere delle frizioni con i principi del trattamento della legge di ordinamento penitenziario, che comunque assegna un posto di primaria importanza, tra gli elementi del trattamento, al mantenimento delle relazioni affettive familiari¹¹⁰.

Infine, quindi, abituarsi alla cella, farla diventare “casa”, potrebbe risultare controproducente con il fine rieducativo della pena contribuendo alla desocializzazione del detenuto, rendendo il carcere un ambiente criminogeno, che

¹⁰⁶ PUGIOTTO, *ibidem*.

¹⁰⁷ Cass. Pen., sez. I, 10 aprile-22 giugno 1992, n. 1553, Ponti, in Mass. Cass. Pen., 1992, n. 11, p. 66.

¹⁰⁸ Sul punto v. Cass. Pen., sez. I, Sent. 26 novembre 2008, n. 48165: «non costituisce motivo grave che, se accertato, può legittimare la concessione di permesso al detenuto a norma dell’art. 30, legge n. 354 del 1975 [...] la necessità di trascorrere un breve periodo di tempo con il coniuge al fine di consumare il matrimonio celebrato in carcere», né «vi è alcuna illegittimità costituzionale di una norma che ha come scopo ben altro che non un’esigenza naturale ed affettiva, sacrificata per lo stato di detenzione», dato che «tra gli eventi di particolare gravità può rientrare tutto ciò che ha il carattere dell’eccezionalità e non il diritto ad avere rapporti sessuali, che per sua natura, non ha alcun carattere di eccezionalità».

¹⁰⁹ In questo senso: TALINI, L’affettività ristretta, in *Costituzionalismo.it*, 2015, n. 2; PUGIOTTO, *ibidem*; FORTUNA, Il sesso nel carcere italiano e la condizione giuridica del detenuto, in *Giur. Merito*, 1976, IV, p. 71.

¹¹⁰ SOFRI, Note sul sesso degli uomini prigionieri, in SOFRI- CERAUDO, *Ferri battuti*, Pisa, 1999, pag. 96 parla di «una necessità finora negata della rieducazione».

accentua il distacco del detenuto con la società civile, nella quale dovrà tornare a vivere una volta espiata la pena.

4. Le fonti sovranazionali del diritto penitenziario: Regole Penitenziarie Europee, Raccomandazioni e Convenzioni

L'ordinamento penitenziario del 1975, così come le normative penitenziarie di molti Paesi europei ed extraeuropei, è "debitore" di interventi, a tutela delle condizioni di vita dei detenuti, da parte degli organismi sovranazionali.

Infatti, all'indomani della Seconda Guerra Mondiale la comunità internazionale si rese conto dei terribili abusi commessi nei confronti delle persone private della libertà personale durante la guerra e anche del fatto che rimediare alle pessime condizioni di vita dei detenuti non era tra le priorità degli Stati¹¹¹.

La legislazione internazionale per la tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, e quindi anche del detenuto, si divide in due categorie di atti: quelli a carattere obbligatorio o pattizio e quelli a carattere esortativo e non vincolante.

La prima categoria ricomprende gli atti che si occupano, in maniera talvolta marginale, della condizione del detenuto, come ad esempio la CEDU o la Convenzione per la prevenzione della tortura. La seconda categoria ricomprende, invece, quegli atti privi di qualunque valore vincolante per gli Stati parti (si parla di *soft law*), come ad esempio le Regole minime ONU e le Regole Penitenziarie Europee. Questi atti scaturiscono da delibere degli organismi internazionali e assumono la forma della raccomandazione. La loro attuazione è rimessa alla coscienza nazionale di ciascun singolo stato membro e, in particolare, alle singole amministrazioni penitenziarie che devono farsi carico degli sforzi necessari per accentuare il senso di umanità all'interno delle carceri. Tuttavia, con riferimento all'attuazione delle Regole Penitenziarie Europee in Italia, bisogna specificare che, nonostante queste abbiano un valore meramente esortativo dal punto di vista del diritto internazionale, fungono da codice deontologico per l'amministrazione penitenziaria. Queste hanno un altissimo valore morale e politico e una forte incidenza pratica: sono, infatti, parametro di giudizio per la Corte EDU,

¹¹¹ DELLA CASA- GIOSTRA, *ibidem*.

anche se questa ha affermato che la violazione di esse non costituisce, per ciò solo, trattamento inumano e degradante¹¹².

Nel 1955, durante il I Congresso Internazionale delle Nazioni Unite, l'ONU ha elaborato le "Regole minime per il trattamento dei detenuti"¹¹³: il documento più rilevante in tema di esecuzione delle pene detentive, in quanto interamente incentrato sul trattamento penitenziario e sulla condizione detentiva globalmente considerata¹¹⁴. Durante il Congresso si sottolineò che lo scopo di queste regole non era quello di stabilire un vero e proprio sistema penitenziario ma solo dei principi generali e delle regole minime per una buona organizzazione delle carceri e un adeguato trattamento dei detenuti. Le Regole erano state pensate per far sì che gli Stati non sottovalutassero le condizioni precarie dei detenuti, utilizzando le regole per superare le difficoltà pratiche e contingenti e per fare in modo di garantire un trattamento aderente alle condizioni minime stabilite dall'ONU¹¹⁵.

Le regole minime elaborate dall'ONU sono state, poi, tradotte a livello europeo nel 1973, quando il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa il 19 gennaio 1973 ha adottato la Risoluzione (73) 5 contenente, in allegato, le "Regole minime per il trattamento dei detenuti", con le quali si raccomandava agli Stati membri del Consiglio d'Europa di adoperarsi affinché ai detenuti fossero assicurate condizioni di vita di livello non inferiore rispetto a quello risultante dalle direttive contestualmente stabilite. Le Regole minime del 1973 sono state modificate tre volte, fino al 2020: la prima modifica nel 1987¹¹⁶, quando hanno assunto la denominazione di Regole Penitenziarie Europee¹¹⁷, la seconda volta nel 2006 e, infine, nel 2020.

¹¹² BRUNETTI, *ibidem*

¹¹³ Risoluzione adottata il 30 agosto 1955 dal I Congresso Internazionale per la prevenzione del delitto e il trattamento dei detenuti, svoltosi a Ginevra dal 22 agosto al 3 settembre 1955.

¹¹⁴ Si tratta di un *corpus* di regole minime per il trattamento dei detenuti: dopo un preambolo in cui sono enunciate le finalità delle Regole, troviamo una prima parte dedicata all'amministrazione e alla gestione degli stabilimenti penitenziari e ai detenuti (divisione in categorie dei detenuti, organizzazione delle stanze di pernottamento, servizi sanitari, vestiti e alimentazione dei detenuti, disciplina e sanzioni, contatti con il mondo esterno, personale penitenziario); una seconda parte si occupa di dettare regole applicabili a determinate categorie di detenuti. Per il testo completo delle Regole si veda http://www.antoniocasella.eu/archiva/Regole_minime_ONU_1955.htm.

¹¹⁵ BRUNETTI, *ibidem*.

¹¹⁶ Raccomandazione R (87)3.

¹¹⁷ Guy De Vel, Direttore generale degli Affari Giuridici del Consiglio d'Europa, nel discorso introduttivo alla Conferenza ad hoc dei Direttori delle Amministrazioni Penitenziarie e dei Servizi per le Misure Alternative di Roma: "Le Regole Penitenziarie Europee sono, a mio avviso, una delle maggiori conquiste del Consiglio d'Europa, in quanto esse hanno un impatto diretto e quotidiano sulla vita di un (purtroppo) ampio numero di cittadini, e rappresentano la tutela dei diritti umani e della dignità

La prima versione delle Regole Penitenziarie Europee venne approvata durante la 404° riunione dei delegati dei Ministri del Consiglio d'Europa, il 12 febbraio 1987 quando i delegati approvarono la Raccomandazione R (87)3.

L'aggiornamento delle regole del 1973 è stato necessario alla luce di una nuova concezione del trattamento penitenziario, affermatasi in Europa: nelle regole del 1987 si fa ampio riferimento al concetto di "umanizzazione del trattamento" e alla necessità di attenuare o annullare gli effetti deleteri della carcerazione. Dalle regole emerge una moderna nozione di trattamento, il cui scopo è quello di migliorare le condizioni della detenzione, mantenere o ristabilire la salute fisica e mentale del detenuto e promuoverne il reinserimento sociale¹¹⁸. Il Rapporto esplicativo dell'allegato contenente le nuove regole indicava, quale intento delle stesse, quello di "*prendere in considerazione i bisogni e le aspirazioni delle amministrazioni penitenziarie, dei detenuti e del personale penitenziario con un approccio sistematico in materia di gestione e trattamento che sia positivo, realistico e conforme alle norme attuali*"¹¹⁹.

L'obiettivo della revisione del 2006 perseguiva lo stesso obiettivo di carattere generale dell'aggiornamento del 1987.

Dal 1987 si era registrato uno sviluppo nella legislazione e nella prassi penitenziaria. L'evoluzione della società, delle politiche di lotta contro la delinquenza e la criminalità, la prassi in materia di condanne e di ricerca e l'ingresso di nuovi Stati nel Consiglio d'Europa hanno modificato la gestione degli Istituti penitenziari e il

dell'azione "sul campo". Negli anni passati le Regole Penitenziarie Europee sono diventate le linee guida per tutte le Amministrazioni Penitenziarie d'Europa. La loro collocazione è incontestabile e la loro importanza non dovrebbe essere solo preservata bensì valorizzata".

¹¹⁸ BRUNETTI, *ibidem*.

¹¹⁹ Rapporto esplicativo alle Regole Penitenziarie Europee del 1987, citato in CAPOCCIA, Le regole penitenziarie europee, Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria- Ufficio studi ricerche legislazione e rapporti internazionali, Ministero della Giustizia, 2007, in Rassegna Penitenziaria e Criminologica.

trattamento dei detenuti¹²⁰. Il testo del 2006¹²¹ conteneva 108 articoli in cui venivano trattati i profili organizzativi degli Istituti carcerari, lo statuto delle persone in custodia e del personale di sorveglianza, con particolare accenno ai c.d. elementi del trattamento, alla salute, alle misure a tutela della sicurezza dell'Istituto carcerario e ai compiti e alla formazione del personale che vi opera¹²². Le regole del 2006 forniscono agli Stati Membri delle linee guida per modernizzare la legislazione penitenziaria e alle amministrazioni penitenziarie degli orientamenti per determinare in che modo gestire la loro autorità, anche qualora le regole non siano state ancora integrate nel diritto interno. Esse fanno riferimento a misure da inserire nel "diritto interno" piuttosto che nella "legislazione interna", nella misura in cui esse riconoscono che quest'ultima può assumere forme diverse negli Stati membri del Consiglio d'Europa. Il termine "diritto interno" è stato coniato per inglobare non solo la legislazione principale adottata da un parlamento nazionale, ma anche tutte le altre regolamentazioni o ordinanze che hanno forza di legge, oltre alla giurisprudenza delle Corti e dei Tribunali, e ciò nella misura in cui queste forme di normative sono riconosciute dai sistemi giuridici nazionali¹²³. L'ultima modifica alle Regole Penitenziarie Europee si è avuta nel 2020, con l'approvazione da parte del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa della Raccomandazione Rec (2006)2-rev il 1° luglio 2020.

La riforma del 2020 ha registrato una portata innovativa inferiore rispetto a quella del 2006.

¹²⁰ Si veda la Parte II delle Regole Penitenziarie Europee del 2006, che è dedicata alle condizioni di detenzione, con particolare riguardo all'ammissione in istituto, all'assegnazione dei detenuti, ai locali di detenzione, all'igiene, al vestiario, al regime alimentare, all'assistenza legale, ai contatti con l'esterno, al regime di detenzione, al lavoro, alle attività sportive e ricreative, all'istruzione, al diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione, al diritto di tutti i detenuti ad essere informati, in una lingua che comprendono, circa le regole che disciplinano la vita in istituto e circa i loro diritti e doveri in carcere, al trasferimento e alla liberazione dei detenuti, ai particolari bisogni di donne, minori, stranieri e minoranze linguistiche; la parte V dedicata al ruolo della direzione e del personale degli istituti penitenziari: importanza del carcere quale servizio pubblico, selezione e formazione del personale penitenziario, sistema di gestione degli istituti penitenziari, necessità di personale specializzato, sensibilizzazione della società civile alle problematiche del carcere. (Fonte: CAPOCCIA, Le regole penitenziarie europee, Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria- Ufficio studi ricerche legislazione e rapporti internazionali, Ministero della Giustizia, 2007, in *Rassegna Penitenziaria e Criminologica*).

¹²¹ Raccomandazione (Rec)2 dell'11 gennaio 2006.

¹²² DELLA CASA- GIOSTRA, *ibidem*.

¹²³ CAPOCCIA, *ibidem*.

Molte sezioni sono rimaste invariate e le principali modifiche hanno interessato le regole in materia di registri e gestione dei fascicoli dei detenuti; in materia di trattamento speciale per le donne e gli stranieri; in tema di misure speciali di alta sicurezza, di confinamento e di mezzi di contenzione dei detenuti pericolosi, nonché in tema di organizzazione del personale penitenziario e di monitoraggio degli istituti. In realtà, nonostante le modifiche apportate, si dubita che alcuni Stati, tra cui l'Italia, riescano ad applicare le nuove disposizioni così come era avvenuto con le precedenti. A fronte delle difficoltà degli Stati nell'applicazione delle regole 2006, in sede di revisione sarebbe stato opportuno prevedere anche delle indicazioni in merito alle concrete modalità di attuazione delle buone pratiche penitenziarie¹²⁴.

Per quanto di interesse in questa sede, è opportuno dare conto della Regola n. 24, commi 1-5.

La Regola n. 24¹²⁵ è dedicata ai contatti del detenuto con il mondo esterno: si prevede la possibilità di intrattenere rapporti con l'esterno attraverso telefonate, lettere, visite o attraverso i mezzi della tecnologia moderna. Il punto focale sta nel fatto che dalla formulazione del testo della regola n. 24 emerge la necessità dei contatti con il mondo esterno, per evitare gli effetti nefasti del carcere. La regola è da leggere in coordinazione con l'art. 8 CEDU¹²⁶, che riconosce ad ogni individuo il diritto al rispetto della vita privata e familiare: la regola n. 24 può essere letta come il

¹²⁴ VALENTE SARDINA, Le nuove regole penitenziarie del Consiglio d'Europa. Aspetti teorici e limiti pratici di applicabilità, in *Diritto Penale e Uomo*, 2020, n. 10, pagg. 2 e ss.

¹²⁵ Regola n. 24, commi 1-5, Regole Penitenziarie Europee: «1. I detenuti devono essere autorizzati a comunicare il più frequentemente possibile per lettera, telefono, o altri mezzi di comunicazione- con la famiglia, con terze persone e con i rappresentanti di organismi esterni, e a ricevere visite da dette persone.

2. Ogni restrizione o sorveglianza delle comunicazioni e delle visite, necessaria ai fini dell'inchiesta penale, al mantenimento dell'ordine, della sicurezza e alla prevenzione di reati e alla protezione delle vittime dei reati comprese le disposizioni di un'autorità giudiziaria devono comunque garantire un contatto minimo accettabile.

3. Il diritto interno deve precisare quali sono gli organismi nazionali ed internazionali, nonché i funzionari, con i quali i detenuti possono comunicare liberamente.

4. Le modalità delle visite devono permettere ai detenuti di mantenere e sviluppare relazioni familiari il più possibile normali.

5. Le autorità penitenziarie devono aiutare i detenuti a mantenere un contatto adeguato con il mondo esterno, fornendo loro l'assistenza sociale appropriata a tale fine».

¹²⁶ Art. 8 CEDU: «1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza.

2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui».

conferimento di un obbligo per l'amministrazione penitenziaria di assicurare il mantenimento delle relazioni dei detenuti all'interno degli Istituti di pena; inoltre, l'art. 8 par. 2, CEDU prevede che le limitazioni delle comunicazioni debbano essere ridotte al minimo. La Regola n. 24, punto 2, tuttavia, riconosce che tutti i tipi di contatti possono essere limitati e sorvegliati per motivi legati al buon ordine e alla sicurezza dell'Istituto. Le regole che stabiliscono la possibilità di ricorrere a restrizioni sono altrettanto importanti: esse devono essere definite chiaramente in conformità della legge, come esige l'articolo 8, par. 2 CEDU, e non devono essere lasciate alla discrezionalità delle amministrazioni penitenziarie. Le restrizioni devono essere le meno intrusive possibili, tenuto conto del rischio che ne giustifica l'imposizione.

La disposizione di maggior interesse, però, è sicuramente il comma 4 della regola 24¹²⁷: questo conferisce una particolare importanza agli incontri visivi con i propri familiari.

La disposizione stabilisce che «le modalità delle visite devono permettere ai detenuti di mantenere e sviluppare relazioni familiari il più possibile normali»; questa viene comunemente interpretata in senso molto ampio, in modo tale da consentire il più possibile degli incontri prolungati tra il detenuto e la famiglia, che gli consentono di avere anche rapporti intimi con il proprio *partner* e, al contrario, sconsiglia le “visite coniugali” di durata troppo breve, in quanto potrebbero avere un effetto umiliante per entrambi i *partner*¹²⁸. Già nel 1997, l'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa aveva approvato una raccomandazione¹²⁹ il cui articolo 6 prevedeva espressamente che gli Stati membri erano invitati “*a migliorare le condizioni previste da parte delle famiglie dei detenuti, in particolare mettendo a disposizione luoghi in cui i detenuti possano incontrare le famiglie da soli*”.

Infine, il comma 5 della regola 24 obbliga le autorità penitenziarie ad aiutare i detenuti a mantenere i rapporti con il mondo esterno, fornendo l'assistenza sociale appropriata a tal fine¹³⁰.

Meritano un accenno, tra le fonti sovranazionali dell'esecuzione penitenziaria, la «Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà

¹²⁷ Regola 24, comma 4: «Le modalità delle visite devono permettere ai detenuti di mantenere e sviluppare relazioni familiari il più possibile normali».

¹²⁸ CAPOCCIA, *ibidem*.

¹²⁹ Raccomandazione 1340/1997 dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa.

¹³⁰ CAPOCCIA, *ibidem*; per il testo della Regola 24, co. 5 si veda la *nota* 118.

fondamentali», firmata a Roma nel 1950, entrata in vigore nel 1953 e integrata nel corso degli anni con una serie di Protocolli e la «Convenzione per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti», adottata nel 1987 ed entrata in vigore nel 1989. Si tratta di due trattati internazionali, le cui disposizioni sono vincolanti per le Parti contraenti. Pur non contemplando un riferimento specifico alla figura del detenuto, la Commissione per i diritti umani del Consiglio d'Europa ha affermato il principio per cui la detenzione non priva affatto l'interessato della garanzia dei diritti sanciti nella Convenzione¹³¹. Il riferimento è, prima di tutto, all'art. 3 CEDU, che stabilisce il divieto di subire tortura o altri trattamenti inumani o degradanti ma anche all'art. 5, co. 4 CEDU che garantisce alle persone detenute il diritto di presentare ricorso ad un tribunale, affinché decida sulla legittimità della sua detenzione; per quanto attiene al tema dell'elaborato, non si può omettere l'art. 8 CEDU, sul rispetto della vita privata e familiare¹³².

5. Arresti giurisprudenziali in materia affettività: Corti nazionali e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo

Nell'ultima parte di questa prima sezione dell'elaborato si darà conto degli arresti giurisprudenziali delle corti nazionali e sovranazionali.

Verrà analizzato il parere n. 61 del 2000 del Consiglio di Stato, Sezione Consultiva - Atti Normativi, in merito al Regolamento di esecuzione dell'ordinamento penitenziario; la sentenza n. 301 del 2012 della Corte costituzionale che, sebbene dichiara inammissibile il ricorso, contiene delle affermazioni degne di nota in tema di diritto all'affettività; la posizione altalenante della Corte di Cassazione, più aperta quando si tratta di tutela della genitorialità, più restrittiva quando si tratta di tutela della sessualità; infine, la posizione della Corte Europea dei diritti dell'uomo.

¹³¹ BRUNETTI, *ibidem*.

¹³² Sull'art. 8 CEDU, *infra* §5.4.

5.1. Il Consiglio di Stato si pronuncia sulle modifiche al d.P.R. n. 230 del 2000

Dall'introduzione del nuovo ordinamento penitenziario nel 1975, più volte e nel corso di più legislature è stata affrontata la questione dell'affettività¹³³.

Durante la XIII legislatura, nel corso dei lavori preparatori al regolamento di esecuzione penitenziaria del 2000¹³⁴ era stato fatto un tentativo per cercare di porre rimedio al problema, prevedendo una forma particolare di permesso che avrebbe consentito a detenuti e internati di trascorrere con i propri familiari fino a ventiquattro ore in unità abitative predisposte all'interno dell'Istituto, limitando il controllo del personale di polizia penitenziaria alla sorveglianza esterna dei locali, con la possibilità di effettuare dei controlli all'interno solo in situazioni di emergenza. Si trattava di una novità di grande rilievo, un'affermazione del diritto del detenuto al mantenimento di relazioni funzionali al pieno godimento del diritto alla vita¹³⁵. L'elemento più innovativo della proposta consisteva proprio nella limitazione dei controlli, effettuati dal personale penitenziario solo dall'esterno, salvo il ripristino dell'obbligatorietà in situazioni di comprovata emergenza; era proprio questo, infatti, l'elemento cardine della proposta che avrebbe consentito il pieno godimento del diritto ad una relazione affettiva, persino all'interno del carcere. L'obiettivo del legislatore era quello di tutelare l'affettività prevedendo ambienti più vivibili in cui poter consumare un pasto in compagnia delle persone care e trascorrere più tempo insieme¹³⁶.

La proposta, per quanto degna di nota, non ha mai visto la luce: il Consiglio di Stato¹³⁷, nel parere n. 61 del 2000¹³⁸ stralciò la proposta, rilevando come le scelte che il regolamento voleva compiere non potessero essere legittimamente effettuate, nel

¹³³ Tra le voci più autorevoli del tempo, Michele Coiro, Capo del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria, era stato il primo a sollevare il problema, quando emanò una circolare in cui si chiedeva ai direttori degli istituti di pronunciarsi sulla possibilità di umanizzare le case di reclusione.

¹³⁴ Il Regolamento di esecuzione dell'ordinamento penitenziario era stato elaborato sotto la responsabilità dell'allora Sottosegretario alla Giustizia Franco Corleone e del Capo del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria Alessandro Margara.

¹³⁵ CANEVELLI, Il commento al Nuovo regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà, in *Diritto penale e processo*, 2000, n. 10, pag. 1321, citato in CIAVOLA, Art. 18 Colloqui, corrispondenza e informazione, in *FIorentin- SIRACUSANO* (a cura di), *L'esecuzione penale. Ordinamento penitenziario e leggi complementari*, Milano, 2019, pagg. 249 e ss.

¹³⁶ SALERNO, Affettività e sessualità nell'esecuzione penale: diritti fondamentali dei detenuti? *L'atteggiamento Italiano su una questione controversa.*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2017, 1, pag. 2.

¹³⁷ Consiglio di Stato, Sezione Consultiva Atti Normativi.

¹³⁸ Adunanza del 17 aprile 2000.

silenzio della legge, in sede regolamentare attuativa o esecutiva: secondo il Consiglio di Stato, simili scelte presuppongono il «*contemperamento tra i diritti più intimi della persona da un lato e la configurazione di fondo del trattamento penitenziario dall'altro*» e, dunque, postulano «*il responsabile intervento del legislatore, al quale solo spetta il potere di adeguare sul punto una normativa penitenziaria che sembra diversamente orientata*»¹³⁹.

Il Consiglio di Stato aveva elaborato obiezioni sotto due profili: da una parte, aveva evidenziato il “*forte divario fra il modello trattamentale teorico*” del nuovo regolamento e l’inadeguatezza del “*carcere reale*”¹⁴⁰; dall'altra aveva evidenziato come la scelta di introdurre norme a favore del diritto all'affettività fosse prerogativa della legge, per questo non possibile attraverso norme regolamentari attuative o esecutive¹⁴¹. Altro punto messo in evidenza nel parere riguardava le modalità di controllo dei colloqui, che secondo il Consiglio di Stato risultavano dissonanti rispetto alle prescrizioni legislative dell'art. 18, comma 2, O.P., il quale prevede che i colloqui si svolgano sotto il controllo a vista e non auditivo del personale di custodia.

In assenza di una ricostruzione legislativa degli incontri riservati come “permessi interni”, concessi dal direttore del carcere, il Consiglio di Stato ha considerato gli stessi alla stregua di colloqui e non ha potuto non rilevare una frizione con il disposto dell'art. 18, comma 2, O.P.¹⁴².

Il parere del Consiglio di Stato, comunque, non incise sul riconoscimento del diritto all'affettività ma impedì, sicuramente, l'avvio sperimentale di questa nuova tipologia di colloqui, già avviati, con buoni risultati, in altri Paesi europei.

Inoltre, vista l'importanza del tema ci si aspettava che il legislatore italiano intervenisse, anche su spinta delle fonti sovranazionali¹⁴³ e della giurisprudenza ma, dopo oltre venti anni, la situazione è rimasta invariata.

¹³⁹ Consiglio di Stato, Sez. Consultiva, parere n. 61 del 2000 citato in PUGIOTTO, La castrazione di un diritto. La proibizione della sessualità in carcere come problema di legalità costituzionale, in “Affettività e carcere: un binomio (im)possibile?”, Giurisprudenza Penale Web, 2019, n. 2-bis, pagg. 19 e ss.

¹⁴⁰ Consiglio di Stato, Sez. Consultiva, parere n. 61 del 2000.

¹⁴¹ BRUNETTI, Il diritto all'affettività per le persone recluse, in www.ristretti.it, 2008, pagg. 117 e ss.

¹⁴² SIRACUSANO, Art. 28 Rapporti con la famiglia, in DELLA CASA (a cura di), Ordinarmento Penitenziario Commentato, Milano, 2019, pag. 397.

¹⁴³ Regole minime per il trattamento dei detenuti dell'ONU, elaborate nel 1955; Regole Penitenziarie Europee; Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

5.2. La sentenza n. 301 del 2012 della Corte costituzionale

La sentenza n. 301 del 2012 della Corte costituzionale rappresenta uno dei principali approdi della giurisprudenza nazionale.

La sentenza in questione, pur non essendo risolutiva in materia, stante la dichiarazione di inammissibilità del ricorso, contiene delle affermazioni di principio che non possono essere ignorate – e che non avrebbero dovuto essere ignorate dal legislatore italiano. La Corte, in tema di diritto all'affettività, non ha dubbi: pur affermando che la regolamentazione delle modalità delle visite private deve scaturire da una decisione parlamentare, i giudici supremi si sono spinti fino ad affermare che il mantenimento di relazioni affettive, anche a carattere sessuale, rappresenta un'esigenza attuale, e fortemente avvertita, alla quale l'ordinamento dà solo una risposta parziale.

Per capire a pieno la portata della sentenza in questione è opportuno ripercorrere le varie tappe della vicenda che ha portato alla pronuncia.

Con l'ordinanza n. 132 del 2012 il Tribunale di Sorveglianza di Firenze rimetteva alla Corte costituzionale una questione di legittimità costituzionale relativa all'articolo 18, comma 2, O.P. L'ordinanza di rimessione articola un *iter* logico-giuridico scandito in quattro fasi: indagine sulle fonti normative nazionali e sovranazionali; analisi dei possibili soggetti destinatari del diritto; critica alla scelta negazionista del legislatore italiano; ragioni che portano ad una possibile incostituzionalità della scelta.

Per quanto riguarda il primo profilo, l'ordinanza rileva come l'ordinamento penitenziario accordi particolare importanza al mantenimento dei rapporti affettivi e familiari dei detenuti, però evidenzia anche che tale riconoscimento del valore dei rapporti con l'esterno potrebbe rimanere solo un'enunciazione di principio¹⁴⁴.

Il Tribunale, nell'ordinanza, richiama espressamente anche la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e le Raccomandazioni del Consiglio d'Europa a sostegno delle proprie conclusioni, esprimendo quelle che dovrebbero essere le caratteristiche minime che dovrebbero connotare il diritto all'affettività: *«la soluzione al problema sessuale [...] deve passare attraverso il riconoscimento più ampio e naturale dell'affettività: la concessione di permessi più ampi per l'intera famiglia per*

¹⁴⁴ TALINI, Un diritto "sommerso": la questione dell'affettività in carcere approda alla Corte costituzionale, 2012.

trascorrere, all'interno del carcere e senza controllo visivo del personale, uno o più giorni evitando così le ammissioni al solo sesso fra partner, che viene invece considerato umiliante»¹⁴⁵.

Per quanto riguarda il secondo punto, l'ordinanza distingue i destinatari del diritto in due categorie: il diritto all'affettività ha una valenza tendenzialmente generale mentre il diritto alla sessualità riguarda solo quei detenuti che abbiano un rapporto di matrimonio o convivenza stabile.

Nella terza parte l'ordinanza articola, invece, una critica alla scelta negazionista del sistema penitenziario italiano, che all'art. 18, comma 2 O.P. prevede il controllo a vista di tutti i colloqui, inibendo, secondo il giudice rimettente, l'esercizio del diritto.

A sostegno della propria posizione, richiama anche la sentenza della Corte costituzionale n. 26 del 1999¹⁴⁶, in cui la Corte affermò che il soggetto detenuto rimane titolare di diritti e aspettative che corrispondono a valori tutelati dalla Costituzione e, con riferimento alla tematica in esame, che trovano espressione nei diritti relativi all'integrità fisica e morale, alla salute mentale e ai rapporti familiari e sociali¹⁴⁷.

¹⁴⁵ Ordinanza n. 132/2012, Tribunale di Sorveglianza di Firenze.

¹⁴⁶ Corte costituzionale Sent. n. 26/1999: «3.1. - L'idea che la restrizione della libertà personale possa comportare conseguenzialmente il disconoscimento delle posizioni soggettive attraverso un generalizzato assoggettamento all'organizzazione penitenziaria è estranea al vigente ordinamento costituzionale, il quale si basa sul primato della persona umana e dei suoi diritti.

I diritti inviolabili dell'uomo, il riconoscimento e la garanzia dei quali l'art. 2 della Costituzione pone tra i principi fondamentali dell'ordine giuridico, trovano nella condizione di coloro i quali sono sottoposti a una restrizione della libertà personale i limiti a essa inerenti, connessi alle finalità che sono proprie di tale restrizione, ma non sono affatto annullati da tale condizione. La restrizione della libertà personale secondo la Costituzione vigente non comporta dunque affatto una capitis deminutio di fronte alla discrezionalità dell'autorità preposta alla sua esecuzione (sentenza n. 114 del 1979).

L'art. 27, terzo comma, della Costituzione stabilisce che le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato. Tali statuizioni di principio, nel concreto operare dell'ordinamento, si traducono non soltanto in norme e direttive obbligatorie rivolte all'organizzazione e all'azione delle istituzioni penitenziarie ma anche in diritti di quanti si trovino in esse ristretti. Cioché l'esecuzione della pena e la rieducazione che ne è finalità - nel rispetto delle irrinunciabili esigenze di ordine e disciplina - non possono mai consistere in "trattamenti penitenziari" che comportino condizioni incompatibili col riconoscimento della soggettività di quanti si trovano nella restrizione della loro libertà. La dignità della persona (art. 3, primo comma, della Costituzione) anche in questo caso - anzi: soprattutto in questo caso, il cui dato distintivo è la precarietà degli individui, derivante dalla mancanza di libertà, in condizioni di ambiente per loro natura destinate a separare dalla società civile - è dalla Costituzione protetta attraverso il bagaglio degli inviolabili diritti dell'uomo che anche il detenuto porta con sé lungo tutto il corso dell'esecuzione penale, conformemente, del resto, all'impronta generale che l'art. 1, primo comma, della legge n. 354 del 1975 ha inteso dare all'intera disciplina dell'ordinamento penitenziario».

¹⁴⁷ SALERNO, *ibidem*.

Alla luce dei principi enunciati nella sentenza costituzionale del 1999, il giudice *a quo* scrive che «non è possibile costituzionalmente inibire il diritto al rapporto sessuale con il partner in una relazione legale di coniugio o di convivenza stabile e che la forma con cui deve essere ammessa la fruizione di tale diritto è quella dell'affettività, che evita l'effetto umiliante del riconoscimento puro e semplice dell'ammissione a rapporti sessuali tra partner». Nell'ultima parte dell'ordinanza il giudice *a quo* chiede, quindi, che la Corte costituzionale dichiari l'illegittimità costituzionale dell'articolo 18, comma 2 O.P., in relazione agli articoli 2, 3, 27 co.3, 29, 31 e 32 della Costituzione, nella parte in cui prevede il costante controllo a vista dei colloqui, che impedisce la completa consumazione del rapporto affettivo con il partner.

Come già anticipato, la Corte costituzionale con sentenza 19 dicembre 2012, n. 301 dichiarava l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 18, co. 2 O.P., in quanto ritenne che la giurisprudenza costituzionale non potesse spingersi fino a favorire la completa emersione del diritto all'affettività, *sub specie* di diritto alla sessualità inframuraria, rendendosi necessario un intervento legislativo in tal senso¹⁴⁸.

La questione risulta inammissibile sotto due profili. In primo luogo, viene accolta l'eccezione sulla non autosufficienza dell'ordinanza di rimessione: manca, secondo la Corte, una descrizione adeguata della fattispecie concreta e delle ragioni che hanno condotto il rimettente a ritenere applicabile la norma al caso concreto, elementi che impediscono una pronuncia nel merito, stante l'impossibilità di operare un sindacato di legittimità in via astratta e svincolata dal concreto oggetto del giudizio. Per quanto riguarda il secondo motivo di inammissibilità, la Corte rileva come la questione dell'affettività in carcere sia una questione di primario interesse, a cui si è data solo una risposta parziale da parte del legislatore; tuttavia, il riconoscimento del diritto all'affettività in tutte le sue forme non può passare per l'accoglimento della questione di legittimità costituzionale, perché la semplice eliminazione del controllo a vista non consentirebbe di riconoscere tale diritto¹⁴⁹. Da un lato, il controllo a vista dei colloqui costituisce una misura a tutela dell'ordine e della sicurezza; la circostanza che il

¹⁴⁸ TALINI, L'affettività ristretta, in *Costituzionalismo.it*, 2015, n. 2.

¹⁴⁹ Corte cost. 301/2012: «Risulta, tuttavia, evidente come un intervento puramente e semplicemente ablativo della previsione del controllo visivo sui colloqui – quale quello in apparenza richiesto dal giudice *a quo*, alla luce della formulazione letterale del *petitum* – si rivelerebbe, per un verso, eccedente lo scopo perseguito e, per altro verso, insufficiente a realizzarlo».

controllo non permetta di sviluppare l'affettività, *sub specie* di diritto alla sessualità è solo una conseguenza indiretta della norma, che non giustifica la caducazione della previsione nella generalità dei casi.

D'altra parte, l'intervento ablativo richiesto dal giudice *a quo* non sarebbe comunque sufficiente ad ottenere il riconoscimento del diritto, in quanto sarebbe comunque necessario un intervento del legislatore in ordine a scelte discrezionali concernenti modalità e tempi di attuazione ma anche in relazione a quel processo di bilanciamento che vede contrapposti l'emersione del diritto e le esigenze di ordine e sicurezza delle carceri¹⁵⁰. Inoltre, nell'ottica del giudice rimettente, il riconoscimento del diritto all'affettività, *sub specie* di diritto alla sessualità non avrebbe portata generale ma sarebbe riservato solo a quei detenuti che siano legati da un rapporto di matrimonio o di convivenza stabile, escludendo coloro che non sono legati da tali rapporti. Questa soluzione, secondo la Corte, difficilmente potrebbe porsi in contrasto con diversi parametri costituzionali e soprattutto, non essendo l'unica scelta possibile, imporrebbe alla Corte una scelta di fondo non costituzionalmente obbligata¹⁵¹.

La sentenza in commento, in sostanza, pur avendo dichiarato la questione inammissibile, assume una importante valenza monitoria: la Corte raccomanda, infatti, un intervento del legislatore, non solo in adeguamento della tendenza europea a riconoscere le visite coniugali ai detenuti¹⁵² ma anche in relazione al tentativo di

¹⁵⁰ TALINI, Diritto inviolabile o interesse cedevole? Affettività e sessualità dietro le sbarre (secondo la Sentenza n. 301 del 2012), in *Studium Iuris*, 2013, n. 10.

¹⁵¹ TALINI, Diritto inviolabile o interesse cedevole? Affettività e sessualità dietro le sbarre (secondo la Sentenza n. 301 del 2012), in *Studium Iuris*, 2013, n. 10; si riportano anche le parole utilizzate dalla Corte nella sentenza in commento: «4.– Né, d'altra parte, il problema potrebbe essere superato ritenendo che il giudice a quo abbia richiesto a questa Corte una sentenza additiva “di principio”, la quale – secondo la dinamica propria di tale tipo di decisioni – si limiti ad affermare l'esigenza costituzionale di riconoscere il diritto in parola, demandando al legislatore il compito di definire modi e limiti della sua esplicazione e, nelle more dell'intervento legislativo, lasciando ai giudici comuni la possibilità di garantire interinalmente il diritto stesso tramite gli strumenti ermeneutici, sulla base della disciplina in vigore (quella, in specie, dei colloqui e delle visite familiari).

La sentenza additiva “di principio” in ipotesi richiesta dal rimettente risulterebbe, infatti, essa stessa espressiva di una scelta di fondo.

Nella prospettiva del giudice a quo, il «diritto alla sessualità» intra moenia dovrebbe essere, infatti, riconosciuto ai soli detenuti coniugati o che intrattengano rapporti di convivenza stabile more uxorio, escludendo gli altri (si pensi, ad esempio, a chi, all'atto dell'ingresso in carcere, abbia una relazione affettiva “consolidata”, ma non ancora accompagnata dalla convivenza, o da una convivenza «stabile»). Detta soluzione non solo non è l'unica ipotizzabile (come di nuovo attestano i progetti di legge in materia), ma non appare neppure coerente con larga parte dei parametri costituzionali evocati dallo stesso giudice a quo: talora “per eccesso”, talaltra “per difetto”».

¹⁵² Si ricordano le Raccomandazioni del Consiglio d'Europa, le Regole Penitenziarie Europee, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo oltre

valorizzare i principi costituzionali in materia penitenziaria. Se è vero, come si è più volte ribadito fin qui e come ha ribadito più volte la giurisprudenza nazionale e sovranazionale, che la rieducazione è una delle qualità essenziali della pena, questa non può prescindere dall'espressione anche fisica dell'affettività, connotato dell'identità di ogni individuo¹⁵³.

5.3. La posizione restrittiva della Corte di Cassazione

Differente, invece, la posizione della Suprema Corte di Cassazione.

Questa, infatti, ha assunto negli anni una posizione altalenante sui temi dell'affettività, mostrandosi più aperta in quei casi che declinavano l'affettività nel senso di "diritto alla genitorialità" del detenuto e decisamente più restrittiva in quei casi declinabili come "tutela della sessualità". La Cassazione ha specificato che, visto che il mantenimento delle relazioni familiari costituisce un elemento fondamentale del trattamento penitenziario, l'adozione di generalizzate restrizioni in ambito affettivo comporta un'ulteriore afflizione nel grado di privazione della libertà personale; restrizioni possono essere applicate solo ove ricorrano comprovate e motivate esigenze di ordine e sicurezza.

Significativa sul tema ed esplicativa della posizione restrittiva della giurisprudenza di legittimità è la sentenza della Cassazione, prima sezione penale, n. 48165 del 2008.

In questa pronuncia, la Corte rigetta il ricorso di un detenuto condannato all'ergastolo che aveva contratto matrimonio durante lo stato di detenzione e che si era visto rigettare, da parte del Magistrato di Sorveglianza, la richiesta di concessione di un permesso *ex art. 30, comma 2. O.P.*, chiesto al fine di poter consumare il matrimonio. Il detenuto nella sua memoria sosteneva che *«tra gli eventi di particolare gravità doveva comprendersi anche quello positivo come il matrimonio e che un rifiuto a consentire la consumazione si traduceva in un trattamento penitenziario contrario al sentimento di umanità»*¹⁵⁴. La Corte, nella motivazione, sostiene al contrario che il

all'esempio della maggior parte degli Stati dell'area europea, che ammettono con modalità differenti da Stato a Stato, le visite private tra il detenuto e il partner o la famiglia.

¹⁵³ TALINI, L'affettività ristretta, in *Costituzionalismo.it*, 2015, n. 2.

¹⁵⁴ Cass. Pen., Sez. I, 48165/2008, in *DeJure*.

detenuto, condannato all'ergastolo e non ancora in possesso dei requisiti per ottenere il permesso-premio *ex art. 30 ter O.P.*, richiedesse una interpretazione anomala dell'art. 30, co. 2 O.P. quale *escamotage* per ottenere il permesso di uscire dal carcere, nella forma del permesso di necessità; la Corte afferma, di conseguenza, che «*non esiste un divieto assoluto di tutela di tale esigenza affettiva e umana, ma che i detenuti debbono trovarsi nelle condizioni di poter beneficiare della misura*»¹⁵⁵. In sostanza, secondo i giudici supremi, non costituisce motivo grave, tale da legittimare la concessione di un permesso di necessità *ex art. 30 O.P.*, «*la necessità di trascorrere un breve periodo di tempo con il coniuge al fine di consumare il matrimonio celebrato in carcere*»¹⁵⁶. La Corte non scorge profili di illegittimità costituzionale della norma, in quanto i permessi di necessità hanno uno scopo diverso da quello di tutelare la sfera affettiva del detenuto; inoltre, il rigetto delle richieste del ricorrente deriva dal fatto che la concessione del permesso di necessità è subordinata alla sussistenza congiunta dei requisiti dell'eccezionalità della concessione, della particolare gravità dell'evento giustificativo e si deve trattare di un avvenimento significativo della vita del richiedente¹⁵⁷: per la Corte la necessità di trascorrere del tempo con il coniuge, al fine di consumare il matrimonio celebrato in carcere, «non ha alcun carattere di eccezionalità»¹⁵⁸.

La sentenza del 2008, tuttavia, non è il primo caso in cui la Corte non ha riconosciuto un diritto alla sessualità del detenuto. Già nel 1992, con la sentenza n. 1553, la Corte aveva sostenuto che «*il vigente ordinamento penitenziario esclude, per i detenuti, la facoltà di rapporti sessuali, anche tra persone unite in matrimonio, nel carcere; tale esclusione è una conseguenza diretta della privazione della libertà personale, propria della reclusione e, pertanto, il nostro ordinamento giuridico non attribuisce al condannato in espiazione della pena inflittagli, il potere di contrastare, in tale suo stato, la detta limitazione opponendo un diritto civico della sua personalità privata, in contrapposizione alla privazione della libertà personale*»¹⁵⁹. I giudici di legittimità, in sostanza, riconoscono l'importanza del mantenimento delle relazioni affettive del detenuto con i propri familiari ma affermano che le relazioni all'interno

¹⁵⁵ Cass. Pen., Sez. I, sent. 48165/2008, in DeJure.

¹⁵⁶ Massima Cass. Pen., Sez. I, 48165/2008, in DeJure.

¹⁵⁷ *Infra* §2.2.

¹⁵⁸ Cass. Pen., Sez. I, sent. 48165/2008, in DeJure.

¹⁵⁹ Cass. Pen., Sez. I, sent. 1553/1992; dello stesso tenore Cass. Pen., Sez. I, ord. 1524/1992.

del carcere, che siano connotate da una maggiore riservatezza e da un contatto fisico, non siano attualmente consentite dall'istituto del colloquio¹⁶⁰. Questa tendenza della Corte la si ritrova anche in una sentenza del 2014, in cui la Corte ha riconosciuto espressamente come diritto soggettivo il «*mantenimento delle relazioni affettive familiari, elemento essenziale del trattamento. I colloqui, pertanto, realizzano la condizione di effettività di tale diritto e costituiscono la principale forma di mantenimento dei contatti con i familiari*»¹⁶¹.

Altra sentenza che si inserisce nel filone restrittivo risale al 2015 ed è la sentenza n. 882.

Il caso trattato è quello di un detenuto condannato ad una pena detentiva molto lunga, per dei delitti inclusi nel catalogo dell'art. 4-bis O.P., il quale richiedeva, e si vedeva negato dal Magistrato di Sorveglianza, un permesso di necessità per consumare il matrimonio contratto in corso di espiazione di pena in carcere. La Corte, ancora una volta, respinge il ricorso del condannato richiamando tutte le considerazioni già svolte nella sua precedente giurisprudenza, specificando anche che «*nel caso di specie, considerata la gravità dei reati per cui è condanna in espiazione (inclusi nel catalogo di cui all'art. 4-bis Ord. Pen.), [...] le limitazioni subite dal ricorrente nella sua vita privata e familiare risultano del tutto proporzionate agli scopi legittimamente perseguiti attraverso l'esecuzione della pena senza che lo Stato abbia oltrepassato il margine di apprezzamento di cui gode in materia*».

Come già anticipato, si registra una maggiore apertura della Cassazione in tema di tutela della genitorialità. A titolo di esempio, la decisione del 2008, n. 7791, con la quale la prima sezione ha riconosciuto ad un detenuto in regime di 41-bis O.P. la possibilità di procedere con la procreazione medicalmente assistita, vista la circostanza che la moglie era affetta da una patologia prevista dalla legge n. 40 del 2004.

¹⁶⁰ In definitiva, i colloqui rappresentano una forma di mantenimento dei contatti con i familiari ma non si può concordare con l'orientamento dei giudici di legittimità, secondo i quali questi realizzano la condizione di effettività di tale diritto: questi, infatti, realizzano solo in parte le esigenze del detenuto e delle famiglie, provocando turbamenti nella salute fisica e psichica sia di chi è all'interno sia di chi rimane fuori dal carcere. Continuare a pensare che l'istituto dei colloqui possa esaurire le esigenze di contatto con i familiari rischia di tradursi in un fallimento dell'opera rieducativa, minata fin dalle fondamenta.

¹⁶¹ Cass. Pen., Sez. I, sent. n. 52544/2014.

La decisione della Corte è scaturita dal riconoscimento dell'esistenza di posizioni tutelabili in capo ai detenuti¹⁶²: devono assumersi come tutelabili tutte le situazioni giuridiche soggettive, espressamente riconosciute dalle norme penitenziarie, nonché tutte quelle riconoscibili ad un soggetto libero, in relazione alle quali occorre sempre applicare il principio di proporzionalità. Nel caso di specie, la Corte ritenne che il giudice *a quo* avesse ignorato che in capo al detenuto, con riferimento alla pretesa avanzata, sussisteva una situazione giuridica soggettiva tutelabile e in relazione alla quale il giudice è chiamato a pronunciarsi valutandone la tutelabilità concreta. La Corte, quindi, al contrario del Magistrato di Sorveglianza, riconosceva che il diritto alla riproduzione rappresenta una situazione giuridica soggettiva meritevole di tutela, anche in regime penitenziario speciale¹⁶³.

5.4. Il diritto all'affettività nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo

Non si può non considerare, nel panorama giurisprudenziale, la posizione assunta dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

La necessità di guardare il diritto all'affettività anche in una prospettiva sovranazionale nasce dalla consapevolezza che il tema della tutela giuridica dei diritti dell'uomo, e quindi anche dei detenuti, non possa essere affrontato guardando solo all'ordinamento nazionale. Il tema del trattamento penitenziario costituisce una "*sensitive matter*"¹⁶⁴ in cui si intrecciano normativa nazionale e sovranazionale. Sappiamo bene che il momento dell'esecuzione in concreto della pena è quello in cui si registra una maggiore compressione dei diritti dell'individuo; con la precisazione che, come ha più volte detto la Corte EDU, i soggetti privati della libertà personale continuano a godere

¹⁶² Le situazioni giuridiche soggettive dei detenuti si distinguono in due categorie. La prima comprende i diritti c.d. inviolabili, riconosciuti ad ogni persona indipendentemente dalla circostanza che sia libera o detenuta: ci si riferisce agli artt. 2, 3, 4, 13, 24, 25, 27 e 32 Cost. Una seconda categoria comprende situazioni giuridiche soggettive riferibili soltanto ai detenuti: si tratta dei diritti relativi all'integrità fisica (art. 32 Cost.; artt. 5-11 ord. penit.), di quelli relativi alla tutela dei rapporti familiari e sociali (artt. 18, 28 e 45 ord. penit.), nonché dei diritti relativi all'integrità morale e culturale (artt. 18 comma 6, 19, 26 e 27 ord. penit.) e, infine, il diritto al proprio e personale percorso rieducativo (art. 1 ord. penit.).

¹⁶³ BRUNETTI, Il diritto all'affettività per le persone reclusi, in www.ristretti.it, 2008, pagg. 117 e ss.

¹⁶⁴ SALERNO, Affettività in carcere e diritto alle visite familiari. A Strasburgo, tra affermazioni di principio e tutela effettiva, in "Affettività e carcere: un binomio (im)possibile?", Giurisprudenza Penale Web, 2019, n. 2-bis, pag. 47.

dei propri diritti, con le opportune limitazioni dettate dallo stato di detenzione. Tra le situazioni più problematiche vi sono quelle inerenti alle limitazioni dei contatti con il mondo esterno, che incidono soprattutto sul diritto alle visite familiari. La Corte si è sempre espressa a favore del mantenimento del maggior numero di contatti possibili con i familiari: questo perché anche per i giudici di Strasburgo i legami familiari e i contatti con il mondo esterno al carcere apportano dei notevoli benefici al trattamento rieducativo, nell'ottica della reintegrazione del detenuto nella società. Tuttavia, nonostante la Corte negli anni abbia assunto delle posizioni molto forti in tema di diritti dei detenuti, in relazione soprattutto all'articolo 3 della CEDU, la posizione sulla questione delle visite familiari non è del tutto chiara e lascia spazio a delle perplessità e ad alcune considerazioni.

Infatti, nella produzione giurisprudenziale si rileva, in alcuni casi, una discrasia tra la volontà di valorizzare la funzione rieducativa della pena¹⁶⁵ e l'esistenza di un atteggiamento prudente, con una propensione a riconoscere un ampio margine di discrezionalità degli Stati in questa materia¹⁶⁶.

Quasi che interessi di più l'affermazione retorica di un principio generale in funzione di orientamento politico- culturale, che la effettiva tutela dei diritti dell'uomo attraverso la verifica del rispetto del principio stesso nel caso concreto"¹⁶⁷.

Il ruolo della Corte di Strasburgo, nel panorama europeo, è di fondamentale importanza, dal momento che è al suo operato che si deve l'affermazione di una tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti: il soggetto ristretto in carcere, infatti, conserva una sfera residua di libertà che non può essere intaccata durante l'esecuzione della pena. Le norme di riferimento per i giudici di Strasburgo, quando si tratta di diritti dei

¹⁶⁵ Corte EDU, Grande Camera, 9 luglio 2013, Vinter e altri c. Regno Unito, §115, «The Court has already had occasion to note that, while punishment remains one of the aims of imprisonment, the emphasis in European penal policy is now on the rehabilitative aim of imprisonment, particularly towards the end of a long prison sentence».

¹⁶⁶ Corte EDU, Grande Camera, Khoroshenko c. Russia, Joint concurring opinion of Judges Pinto de Albuquerque and Turković, §9, «Our second point of discomfort with the Grand Chamber's reasoning is the open-ended statement that States enjoy a wide margin of appreciation in delineating and implementing their penal policies. We note that this statement is at odds with the strong statements, also made by the Grand Chamber, to the effect that resocialisation is a "mandatory" factor that States need to take into account in designing their penal policies, and that the current European situation is indicative of a "narrowing of the margin of appreciation left to the respondent State in the assessment of the permissible limits of the interference with private and family life in this sphere».

¹⁶⁷ SALERNO, Affettività in carcere e diritto alle visite familiari. A Strasburgo, tra affermazioni di principio e tutela effettiva, in "Affettività e carcere: un binomio (im)possibile?", Giurisprudenza Penale Web, 2019, n. 2-bis, pag. 48.

detenuti, sono gli articoli 3, 8 e, per quanto riguarda specificamente il diritto all'affettività, l'articolo 12 della CEDU.

Con riferimento all'art. 3 CEDU, in casi di accertate violazioni gravi, ma tali da non integrare una lesione dell'articolo citato, la Corte utilizza come parametro di riferimento del giudizio l'art. 8 CEDU, che tutela il diritto al rispetto della vita privata e familiare. Questa disposizione entra in gioco quando si parla di diritti c.d. tangibili, ovvero che subiscono e vengono travolti dall'esecuzione, pur conservando un margine di rilevanza che risulta da un'operazione di bilanciamento con l'interesse pubblico alla potestà punitiva: l'art. 8 CEDU sancisce un diritto non assoluto ma qualificato¹⁶⁸. Quindi, il diritto al rispetto della vita privata e familiare può essere compresso con misure previste dalla legge, necessarie in una società democratica, purché siano adottate allo scopo di tutelare preminenti interessi altrui, individuali o collettivi, sicurezza nazionale e pubblica sicurezza, benessere economico del Paese, prevenzione di reati, protezione della salute o della morale¹⁶⁹.

L'art. 8 CEDU¹⁷⁰ non identifica con precisione le situazioni giuridiche effettivamente tutelate ma si può dire che protegga il diritto all'integrità fisica, psicologica e morale, apportando una garanzia che, in parte, si sovrappone con quella fornita dall'art. 3 CEDU. Con riferimento all'ambito penitenziario, l'art. 8 CEDU è stato utilizzato dalla Corte inizialmente in riferimento al diritto alla corrispondenza e, successivamente, con riferimento al diritto di mantenere contatti con il mondo esterno, di contrarre matrimonio e di accedere alla procedura di procreazione medicalmente assistita¹⁷¹.

¹⁶⁸ SALERNO, *ibidem*.

¹⁶⁹ SALERNO, *ibidem*.

¹⁷⁰ Art. 8, CEDU: «1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza.

2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui».

¹⁷¹ Corte EDU, sent. 4 dicembre 2007, Dickson c. Regno Unito. Il caso trae origine dal ricorso presentato dai coniugi Dickson avverso il rifiuto delle autorità britanniche di garantire loro l'accesso alle tecniche di fecondazione assistita. I due si erano conosciuti in carcere e si erano sposati nel 2001; l'uomo, tuttavia, stava scontando una condanna all'ergastolo. Proprio in ragione della particolarità della loro condizione, avevano richiesto di avere accesso alle tecniche di procreazione assistita ma le autorità nazionali competenti avevano rigettato la loro istanza. I coniugi hanno quindi presentato ricorso alla Corte EDU per la violazione degli articoli 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare) e 12 (diritto a fondare una famiglia) della Convenzione. Inizialmente la Corte si pronunciò contro la violazione dei diritti del detenuto che chiedeva la possibilità di fecondare in vitro, giustificando la decisione sulla base di ragioni legate alla natura violenta del reato commesso e al benessere del nascituro. Nel 2007, la Grande Camera

Entrando nel merito del tema qui trattato, si può dire che, inizialmente, la corte di Strasburgo e la Commissione per i diritti umani del Consiglio d'Europa¹⁷² avevano adottato un approccio molto prudente in tema di visite familiari; attualmente, invece, è consolidato nella giurisprudenza che eventuali restrizioni all'esercizio di questo diritto danno tendenzialmente luogo a violazioni dell'art. 8 CEDU.

Nella causa *Wakefield c. Regno Unito*, ricorso n. 15817/89, è stato sottolineato come anche la localizzazione geografica dell'Istituto incida sul diritto al mantenimento dei legami familiari, nonostante nel caso specifico non sussistesse una violazione dell'art. 8 CEDU.

In alcune pronunce risalenti, si nota la tendenza della Commissione per i diritti umani del Consiglio d'Europa a ritenere che una generale limitazione dei contatti diretti con i familiari, dovuta alla lontananza del luogo di detenzione, non violi l'art. 8 CEDU. Con il passare degli anni, la Commissione ha precisato che solo in eccezionali circostanze la detenzione in un carcere distante dalla famiglia costituisce un'interferenza con la vita familiare, chiarendo che di fatto non esiste in capo agli Stati un obbligo di trasferire i detenuti in un luogo vicino alla famiglia per facilitare il mantenimento dei rapporti familiari. I giudici di Strasburgo hanno anche affermato che in caso di limitazioni dei contatti con i familiari, imposte da norme penitenziarie nazionali che vadano aldilà di ciò che normalmente sarebbe accettato, si sarebbe in presenza di un'ingerenza nel diritto al rispetto della vita familiare. Quindi, il margine di discrezionalità in punto di disciplina interna degli Stati non è illimitato¹⁷³.

La Corte, sul tema specifico delle “*family visits*”, continua a mantenere una posizione prudente perché si tratta di un tema sul quale non vi è ancora accordo tra gli Stati membri.

ha, al contrario, rilevato che «*the inability to have a child was not an inevitable consequence of imprisonment*», data la disponibilità di strumenti di inseminazione artificiale e considerato che il fine rieducativo della pena ha assunto sempre maggiore importanza. Pur riconoscendo l'ampiezza del margine d'apprezzamento statale sulla disciplina da adottare, la Corte afferma anche la necessità per lo Stato di prendere in considerazione le circostanze specifiche del caso concreto. Per i coniugi Dickson, si trattava di una questione di vitale importanza e per tale ragione viene riscontrata l'inadeguatezza del bilanciamento tra gli interessi rilevanti operato dalle autorità britanniche: «*The Court therefore finds that the absence of such an assessment as regards a matter of significant importance for the applicants (see paragraph 72 above) must be seen as falling outside any acceptable margin of appreciation so that a fair balance was not struck between the competing public and private interests involved. There has, accordingly, been a violation of Article 8 of the Convention*».

¹⁷² La Commissione è stata abolita con il Protocollo n. 11 del 1998 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

¹⁷³ SALERNO, *ibidem*.

Pur escludendo che esista un obbligo positivo in capo agli Stati di riconoscere un diritto all'affettività, *sub specie* di diritto alla sessualità, discendente dagli artt. 8 e 12 CEDU, la Corte ha manifestato più volte il proprio favore per gli interventi normativi rivolti in tal senso¹⁷⁴.

Da ultimo, si riporta una sentenza del 2021, causa *Lesław Wójcik c. Polonia*¹⁷⁵: il ricorrente lamentava la lesione del suo diritto a ricevere visite intime della moglie, di cui aveva goduto diverse volte dall'inizio dell'esecuzione della pena; a seguito di numerosi procedimenti disciplinari avviati nei suoi confronti per violazioni delle regole di buona condotta, vedeva rigettarsi le successive richieste di incontri con i componenti della famiglia, inclusi i permessi di visita coniugale. Nelle numerose richieste di visita avanzate e rigettate, il ricorrente affermava, anzitutto, che il contatto intimo con la moglie fosse necessario per mantenere saldi i legami matrimoniali oltre che per concepire e dare alla luce un altro figlio. Infine, riferendosi allo stadio avanzato della sua risocializzazione sosteneva di meritare un «premio». La Corte, tuttavia, rigettava il ricorso non ravvisando violazione dell'art. 8 CEDU, scrivendo che le visite coniugali nell'ordinamento polacco non costituiscono un diritto ma un beneficio subordinato alla buona condotta. I provvedimenti di rigetto del giudice di sorveglianza polacco sono stati motivati esclusivamente alla luce della cattiva condotta del detenuto e affinché questi intraprendesse un percorso di riabilitazione serio e continuativo. In ultimo, concludono i giudici di Strasburgo, non è mai venuta meno la possibilità per il ricorrente di colloqui visivi controllati, scambio di corrispondenza e contatti telefonici.

In conclusione, le visite familiari non dovrebbero essere considerate un privilegio ma un vero e proprio diritto delle persone recluse e delle rispettive famiglie sancito dall'art. 8 CEDU¹⁷⁶.

¹⁷⁴ Corte EDU, 29 aprile 2003, *Aliev c. Ucraina*: «Rilevando positivamente i percorsi di riforma in diversi Stati europei tesi al miglioramento delle condizioni detentive attraverso l'agevolazione delle visite coniugali [...], attualmente il rifiuto di tali visite potrebbe ritenersi giustificato da ragioni di prevenzione penale»; Corte EDU, 4 dicembre 2007, *Dickson contro Regno Unito*: «mentre la Corte ha espresso approvazione per l'evoluzione in favore delle visite coniugali, essa non ha ancora interpretato la Convenzione in senso tale da affermare che richieda agli Stati Parte di provvedere in merito a tali visite. Di conseguenza è questa un'area in cui gli Stati godono di ampia discrezionalità nella determinazione del percorso da seguire per garantire l'applicazione della Convenzione, con particolare riguardo alle necessità e alle risorse delle comunità nazionali».

¹⁷⁵ Corte EDU, Sez. I, 1° luglio 2021, *Lesław Wójcik c. Polonia*.

¹⁷⁶ Corte EDU, Grande Camera, *Khoroshenko c. Russia*, Joint concurring opinion dei giudici Pinto De Albuquerque e Turković, §17, “We do not consider regular family visits as a privilege that can be withdrawn, but as an Article 8 right of an inmate and of his or her family, in order to maintain their family relationships”.

Nonostante la giurisprudenza europea abbia segnato un punto di svolta, è auspicabile un'ulteriore evoluzione giurisprudenziale affinché venga sancito in maniera inequivoca il dovere delle autorità nazionali di esaminare le richieste relative al diritto alle visite familiari caso per caso, effettuando una valutazione individuale dei rischi e delle esigenze di ciascun detenuto e delle relative famiglie¹⁷⁷. Inoltre, si spera in un approccio più deciso della Corte nel porre un freno all'abuso del potere discrezionale degli Stati che intendono limitare oltremodo il diritto alle visite private, tema di ancora difficile trattazione in molti Stati¹⁷⁸.

¹⁷⁷ SALERNO, *ibidem*.

¹⁷⁸ SALERNO, *ibidem*.

CAPITOLO II

IL DIRITTO ALL’AFFETTIVITÀ E ALLA SESSUALITÀ IN CARCERE: LE VISITE CONIUGALI

1. Le proposte di riforma del legislatore italiano mai attuate

I tentativi di riforma dell’ordinamento penitenziario in tema di diritto all’affettività sono stati molteplici nel corso degli anni.

Il legislatore già a partire dalla fine degli anni ’80, all’indomani dell’emanazione della legge Gozzini, aveva iniziato a proporre delle riforme all’ordinamento penitenziario che avrebbero portato a colmare la grande lacuna che ancora oggi caratterizza la legge del 1975. In linea di massima, tutte le proposte prevedevano degli strumenti, spesso molto simili, per implementare l’affettività all’interno degli istituti penitenziari e rinnovare l’ordinamento penitenziario del 1975, con previsioni finalizzate a rendere possibili rapporti affettivi del detenuto con il partner o con il coniuge¹. Come già detto, un tentativo di riforma consistente si tentò al momento dell’emanazione del Regolamento di esecuzione del 2000², che però ricevette parere sfavorevole da parte del Consiglio di Stato, che stralciò la proposta. Per essere precisi, in realtà, fino ad oggi, nessuna delle proposte di riforma dell’ordinamento penitenziario in punto di affettività ha visto la luce. Si potrebbe ipotizzare un atteggiamento restio da parte del legislatore a mettere mano ad un tema così politicamente divisivo: si registra, infatti, un certo *modus operandi* del Parlamento quando si tratta di discutere proposte di riforma sul tema; le varie proposte di legge negli anni sono state tutte presentate, assegnate alla Commissione permanente Giustizia per l’esame in sede referente e poi mai discusse in aula, impedendo così l’emersione di questo “diritto ancora sommerso”³. Legislatura dopo legislatura, l’iter era sempre lo stesso e si arrestava

¹SALERNO, Affettività e sessualità nell’esecuzione penale: diritti fondamentali dei detenuti? L’atteggiamento Italiano su una questione controversa., in *Giurisprudenza Penale Web*, 2017, 1, pag. 16.

² *Infra* Cap. I § 5.1.

³ TALINI, L’affettività ristretta, in *Costituzionalismo.it*, 2015, n. 2.

sempre nello stesso punto. Il legislatore ha sprecato diverse occasioni, facendo cadere nel dimenticatoio parlamentare tutti i progetti presentati per mancanza di convergenza tra le diverse forze politiche⁴. Si ricorda, inoltre, il monito proveniente dalla Corte costituzionale al legislatore, affinché si occupasse di inserire nell'agenda parlamentare il tema dei rapporti intimi con il partner per quei detenuti che non possono godere dei permessi premio; infatti, se, come sostiene la Corte⁵, la rieducazione è un contenuto ontologico della pena, questa non può prescindere dall'espressione anche fisica dell'affettività⁶. La questione, inoltre, andrebbe analizzata dal punto di vista degli spazi carcerari: questione a cui il legislatore italiano ha provato a porre rimedio ma sempre con interventi sporadici e non risolutivi, nonostante la condanna da parte della Corte EDU nella sentenza Torreggiani.

Un enorme scoglio che non può non essere considerato sono le polemiche che si sono sviluppate di pari passo con ogni tentativo di far emergere il diritto all'affettività, dovute principalmente a ragioni ambientali ed etico-morali.

Le ragioni ambientali sono riconducibili al fenomeno del sovraffollamento delle carceri italiane, costato allo Stato italiano diverse condanne da parte della Corte EDU (vedi Torreggiani e altri c/ Italia già citata), a causa del quale non si ritiene possibile effettuare il dovuto numero di controlli prima di consentire visite senza sorveglianza, con il rischio di facilitare l'ingresso in carcere di oggetti illeciti e droga. Le ragioni etico-morali, invece, attengono alle modalità per garantire il godimento del diritto alla parte di popolazione carceraria composta da celibi e stranieri e anche la tendenza comune della cultura esterna al carcere di considerare le relazioni affettive e intime un premio e un privilegio piuttosto che un diritto fondamentale di cui anche i ristretti sono titolari⁷. Questo problema, volgendo lo sguardo oltre i confini nazionali, non si verifica in quanto è già diffusa nell'opinione pubblica la consapevolezza che i rapporti intimi hanno un'influenza positiva sul trattamento del detenuto e di conseguenza sulla società nel suo complesso⁸. Tuttavia, per una trattazione da un punto di vista giuridico del

⁴ TALINI, Diritto inviolabile o interesse cedevole? Affettività e sessualità dietro le sbarre (secondo la Sentenza n. 301 del 2012), in *Studium Iuris*, 2013, n. 10.

⁵ Corte cost., nota alla sentenza n. 313 del 1990.

⁶ TALINI, *ibidem*.

⁷ DAP, Le dimensioni dell'affettività, in *Le Dispense dell'ISSP*, 2013, n. 3, pag. 30, disponibile in <https://www.bibliotedap.it/issp/xl/30.pdf>.

⁸ SALERNO, *ibidem*.

tema in questione, non è opportuno soffermarsi su valutazioni etico-morali ma bisogna concentrarsi sul bilanciamento tra i valori costituzionali in gioco. Occorre stabilire quanto l'esigenza di sicurezza possa prevalere e giustificare la compressione dei diritti fondamentali di un individuo: si dice comunemente che sono ammesse restrizioni dei diritti fondamentali nel caso in cui siano effettivamente presenti, nel caso concreto, elementi dai quali desumere un concreto pericolo per l'ordine e la sicurezza e per la prevenzione dei reati⁹. Nell'elaborare una disciplina adeguata alle caratteristiche del nostro sistema penitenziario, bisogna partire dalla constatazione che il riconoscimento del diritto all'affettività e alla sessualità impone un'operazione di bilanciamento con gli interessi pubblici connessi all'esecuzione penale¹⁰. La speranza è che il legislatore cambi rotta, abbandonando la scelta negazionista del passato operata in tutti questi anni e che segua l'esempio dell'esperienza comparatistica, aprendosi quanto meno alla sperimentazione del nuovo istituto e alla valutazione dei risultati ottenuti, in termini di agevolazione del reinserimento sociale del reo e di recidiva¹¹.

Dopo queste considerazioni preliminari, si passerà all'esame di alcune delle proposte degli ultimi venti anni depositate alla Camera dei deputati e al Senato della Repubblica, per cercare di ricostruire, più che altro, le buone intenzioni e l'attenzione del legislatore al problema.

1.1. I progetti di legge presentati dal 2000 al 2020

Per chiarezza espositiva, si procederà ad una trattazione separata in base alla legislatura e all'anno delle proposte presentate alla Camera e al Senato nel corso degli ultimi venti anni.

La trattazione separata viene utilizzata solo ed esclusivamente come espediente redazionale, dal momento che, nel corso di questi pochi anni le proposte sono state molteplici, molte sostanzialmente identiche tra loro.

Dopo il parere negativo del Consiglio di Stato nel 2001, nel 2002 si è discussa nuovamente la possibilità di riconoscere come diritto l'affettività inframuraria: si tratta

⁹ TALINI, Un diritto "sommerso": la questione dell'affettività in carcere approda alla Corte costituzionale, 2012.

¹⁰ BRUNETTI, Il diritto all'affettività per le persone reclusi, citato in SALERNO, *ibidem*.

¹¹ SALERNO, *ibidem*.

della proposta di legge n. 3020 presentata il 12 luglio 2002 alla Camera dei deputati, a prima firma dell'onorevole Boato.

In questa proposta si fa leva sugli articoli 2 e 32 della Costituzione, per arrivare a riconoscere l'affettività come un diritto inviolabile in quanto parte del diritto di poter esprimere la propria personalità sotto ogni aspetto e come mezzo per garantire la salute fisica e psicologica del detenuto, affinché ci sia una maggiore possibilità di arrivare alla rieducazione dell'art. 27, co. 3 Cost. Nella proposta si fece attenzione a non ridurre il più ampio diritto all'affettività al diritto alla sessualità, così come in realtà aveva già fatto il Regolamento di esecuzione nella bozza poi stralciata¹². Si recupera l'impianto del regolamento ma in veste di legge ordinaria di modifica dell'ordinamento penitenziario. La modifica principale riguardava l'art. 28, del quale si modificava la rubrica aggiungendo alle parole "rapporti con la famiglia" le parole "e diritto all'affettività"; era prevista, poi, l'aggiunta di un secondo comma nel quale si prevedevano colloqui in locali adibiti senza sorveglianza audio e video per coltivare le relazioni affettive con amici, parenti, coniugi e partner. Si propose una modifica anche all'art. 30 O.P. modificando al secondo comma le parole "eventi familiari di eccezionale gravità" con le parole "eventi familiari di particolare rilevanza", per consentire la concessione dei permessi di necessità non solo in caso di eventi luttuosi o che riguardano la salute di un familiare ma anche in caso di eventi non traumatici che rappresentano delle situazioni in cui si ritiene fondamentale che il detenuto partecipi. All'art. 3 della proposta fu prevista l'aggiunta del comma 8 *bis* all'art. 30 *ter*, con la previsione di un ulteriore permesso della durata di dieci giorni per ogni semestre per coltivare specificamente gli interessi affettivi. Anche in questo caso gli "interessi affettivi" sono da considerare in senso ampio, quindi il permesso non deve necessariamente essere trascorso con i famigliari, con un coniuge o un convivente, ma può essere trascorso con qualsiasi persona con la quale vi sia un legame affettivo¹³. Nell'ultimo articolo si propose una sostituzione del comma 5 dell'art. 18 O.P., prevedendo la sostituzione di ogni colloquio non fruito con una telefonata della durata di quindici minuti. La proposta, come già anticipato, non vide mai la luce; dopo la calendarizzazione non fu mai discussa in aula e cadde nel dimenticatoio.

¹² Relazione alla Proposta di legge n. 3020 del 2002.

¹³ Relazione alla Proposta di legge n. 3020 del 2002.

La legislatura successiva (2006-2008) vide la presentazione di diverse proposte sia alla Camera che al Senato.

Il 28 aprile del 2006, il primo giorno della nuova legislatura, vennero presentate contemporaneamente tre proposte, due alla Camera e una al Senato, per il riconoscimento del diritto all'affettività. La proposta n. 29, a prima firma dell'onorevole Boato, presentata alla Camera si articolava in una riforma completa della legge sull'ordinamento penitenziario: nella nuova legge, all'articolo 37, rubricato "Diritto alle relazioni familiari e alla affettività", si ribadiva l'importanza dei colloqui, delle telefonate e della corrispondenza con i familiari quali mezzi per migliorare, mantenere e ristabilire le relazioni familiari e al secondo e al terzo comma si affermava l'importanza di garantire relazioni a carattere più intimo e riservato, prevedendone le relative modalità¹⁴. Lo stesso giorno viene presentata alla Camera la proposta n. 32, sempre a prima firma dell'onorevole Boato, che proponeva delle modifiche all'attuale legge sull'ordinamento penitenziario ricalcando pedissequamente la legge proposta nel 2002. Sempre il 28 aprile 2006, al Senato veniva presentato il disegno di legge n. 63 dal senatore Malabarba. La legge in realtà anche in questo caso è una riproposizione delle proposte di modifica già fatte in passato, con l'unica nota distintiva che riguarda l'art. 2 della proposta, in cui si propone l'introduzione di un art. 28 *bis* rubricato "Incontri con la famiglia", in cui si prevede la possibilità per il detenuto di trascorrere mezza giornata con la propria famiglia, in aree apposite all'interno delle case di reclusione. Le proposte successive ricalcano senza alcuna minima distinzione i testi precedenti¹⁵.

¹⁴ Art. 37, p.d.l. Camera n. 29/2006: « 1. I detenuti e gli internati hanno diritto a mantenere le proprie relazioni familiari. Particolare cura è dedicata a mantenere, migliorare o ristabilire tali relazioni, anche con l'intervento degli operatori interni, del centro servizio sociale adulti e della rete sociale esterna, seguendo un criterio di progressione nel trattamento, sia con colloqui oltre quelli ordinari, sia con modalità tali da accrescere la qualità dei rapporti familiari. 2. Particolare cura è altresì dedicata a coltivare i rapporti affettivi. A tale fine, i detenuti e gli internati hanno diritto ad una visita al mese, della durata minima di sei ore e massima di ventiquattro ore, delle persone autorizzate ai colloqui. Le visite si svolgono in locali adibiti o realizzati a tale scopo, senza controlli visivi e auditivi. 3. Nei casi in cui non sono utilizzabili le possibilità di cui ai commi 1 e 2, i detenuti e gli internati possono essere avvicinati per colloqui, almeno una volta l'anno, all'istituto più vicino al domicilio dei familiari. In tale sede, in quanto possibile, oltre i colloqui, è anche espletata la visita di cui al comma 2. Il presente comma si applica anche alle persone inserite nel circuito a sorveglianza elevata, salvo non esistano, per tali persone, controindicazioni al rientro al luogo di origine. Il presente comma non si applica alle persone sottoposte ai regimi differenziati di cui al capo III del titolo III».

¹⁵ Si veda p.d.l. Camera n. 1179/2006; p.d.l. Camera n. 1310/2008; p.d.l. Camera n. 3801/2010.

Nel 2012, all'indomani dell'ordinanza del Tribunale di Sorveglianza di Firenze, con la quale veniva sollevata la questione di legittimità costituzionale sull'art. 18 O.P., viene presentato il disegno di legge n. 3420, a firma dei senatori Della Seta e Ferrante, concernente modifiche all'ordinamento penitenziario in punto di diritto all'affettività.

La proposta non presenta caratteri innovativi rispetto alle precedenti; quello che probabilmente ha spinto ancora una volta a presentare una proposta di riforma è stato il mutato clima sociale e politico: nella Relazione introduttiva si fa menzione delle Raccomandazioni del Consiglio d'Europa, delle Regole Penitenziarie Europee e dell'ordinanza del giudice fiorentino, sulla quale i proponenti nutrivano molte speranze. Sappiamo, però, che ancora una volta il Parlamento ha deciso di non intervenire, di rimanere inerte di fronte ad un sistema che calpesta senza soluzione di continuità da quasi cinquanta anni un diritto fondamentale dell'uomo.

Un'ottima occasione di svolta si sarebbe potuta avere nel 2015, quando si svolsero gli Stati generali sull'esecuzione penale.

In particolare, per quanto interessa in questa sede, bisogna guardare al documento finale del Tavolo 6 "*Mondo degli affetti e territorializzazione della pena*", che ha posto l'accento sull'importanza del riconoscimento del diritto all'affettività e della sua positivizzazione, modificando la disciplina attuale in materia di colloqui e introducendo l'articolo 30 *quinquies* che avrebbe disciplinato i permessi di affettività¹⁶. Gli Stati generali sono stati anche il trampolino di lancio per la c.d. riforma Orlando. Questi hanno preceduto e accompagnato i primi passi della legge delega nel tentativo di propiziare un diverso sentire sociale rispetto al valore e alle finalità della pena; gli Stati generali hanno utilizzato un approccio metodologicamente nuovo caratterizzato da due opzioni di fondo: da un lato, si è voluta dedicare alla realtà dell'esecuzione penale un'attenzione multifocale, orientandola sui suoi aspetti nevralgici e qualificanti; dall'altro, si è cercato di promuovere una mobilitazione culturale più ampia possibile¹⁷. Sulla scia delle considerazioni degli Stati generali, nel 2017 è stata emanata la legge delega 23 giugno 2017, n. 103, che delegava al Governo

¹⁶ AMERIO- MANCA, Forma attiva e passiva del verbo amare: riflessioni a margine delle prime applicazioni del D.lgs. n. 123/2018 in materia di affettività e sessualità., in *Giurisprudenza Penale Web*, 2019, n. 9, pag. 14.

¹⁷ GIOSTRA, La riforma penitenziaria: il lungo e tormentato cammino verso la Costituzione, in *Diritto penale contemporaneo*, 2018, n. 4, pagg. 2 e ss.

la riforma del sistema dell'esecuzione penale. Furono istituite tre Commissioni per dare attuazione alla delega: una per riscrivere le norme che governano l'esecuzione delle pene, una seconda per la rifondazione del sistema delle misure di sicurezza e una terza per la redazione di un testo normativo dedicato all'ordinamento penitenziario per i minorenni e la giustizia riparativa. Per quanto riguarda il tema affrontato in questa sede, l'art. 1, co. 85, lett. *n* della legge 103/2017 conteneva una direttiva volta al «riconoscimento del diritto all'affettività delle persone detenute e internate e disciplina delle condizioni generali per il suo esercizio»: il criterio della delega era esplicitamente volto all'introduzione degli incontri intimi ma, al momento dell'emanazione del decreto legislativo n. 123/2018, il Governo ha deciso di non dare attuazione alla delega, mantenendo inalterata la disciplina dei colloqui e dei permessi, ignorando anche quel monito che la Corte costituzionale aveva fatto nella sentenza 301/2012¹⁸. Inoltre, se, da un lato, la scelta di non dare attuazione alla delega può essere sintomo della percezione di una incompatibilità culturale tra affettività e carcere, dall'altro è la stessa Amministrazione Penitenziaria a evidenziare come «al di là delle limitazioni legate alla sicurezza, e riservate ad alcune tipologie detentive, minoritarie nell'attuale sistema penitenziario, occorre farsi carico di un nuovo modello trattamentale fondato sul mantenimento delle relazioni affettive la cui mancata coltivazione rappresenta la principale causa del disagio individuale e un grave motivo di rischio suicidiario. L'esperienza della detenzione finisce, peraltro, per compromettere anche l'unità dei nuclei familiari, come attestano le numerose procedure di separazione tra coniugi iniziate nello stato di detenzione e l'ancor più consistente numero di relazioni affettive che si interrompono»¹⁹.

Fallito anche il tentativo di riforma partito dagli Stati generali e proseguito con la riforma Orlando, nel 2020 il Consiglio Regionale della Regione Toscana ha presentato al Senato un disegno di legge (n. 1876/2020) contenente modifiche all'ordinamento penitenziario in tema di relazioni affettive intime per i detenuti.

Nella relazione introduttiva si mettono ancora una volta in evidenza i punti focali di questo “diritto sommerso”, si fa riferimento alle esperienze oltre confine, alle

¹⁸ CIAVOLA, Art. 18 Colloqui, corrispondenza e informazione, in FIORENTIN- SIRACUSANO (a cura di), L'esecuzione penale. Ordinamento penitenziario e leggi complementari, Milano, 2019, pag. 252.

¹⁹ Circ. D.A.P. 24 aprile 2010, n. 0177644 citata in CIAVOLA, Art. 28 Rapporti con la famiglia, in FIORENTIN- SIRACUSANO (a cura di), L'esecuzione penale. Ordinamento penitenziario e leggi complementari, Milano, 2019, pag. 399.

Raccomandazioni internazionali e della giurisprudenza della Corte costituzionale (sentenze 301/2012, 26/1999, 135/2013). L'impianto del disegno di legge ricalca la proposta degli Onorevoli Boato e altri, n. 32 del 28 aprile 2006, rivista alla luce delle riflessioni emerse a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 301 del 2012 e delle proposte elaborate dagli Stati generali dell'esecuzione penale²⁰. All'articolo 1 del disegno di legge si propongono due modifiche additive all'art. 28 O.P.: la prima alla rubrica, aggiungendo, in fine, le seguenti parole: «e diritto all'affettività»; la seconda modifica consiste invece nell'aggiunta di un secondo comma²¹, grazie al quale si lascerebbe un ampio spazio alla definizione della natura di quelli che possono essere i «rapporti affettivi»: con un familiare, un convivente o anche di amicizia. Nella relazione, in proposito di questo secondo comma, si legge: «Così ricostruito, l'esercizio del diritto all'affettività e alla sessualità potrà essere effettuato da tutte le persone autorizzate ai colloqui senza distinzioni tra familiari, conviventi e «terze persone»: limitare la tutela ai rapporti affettivi familiari o coniugali, avverte la Consulta con la sentenza n. 301 del 2012, non solo non è l'unica soluzione ipotizzabile ma non appare neppure coerente con larga parte dei parametri costituzionali. Le unità abitative sono pensate come luoghi adatti alla relazione personale e familiare e non solo all'incontro fisico, un tempo troppo breve infatti rischia di far tramutare la visita in esperienza umiliante e artificiale. Per tale ragione si è inteso prevedere che la visita possa svolgersi all'interno di un lasso di tempo sufficientemente ampio. L'assenza dei controlli visivi e auditivi serve a garantire la riservatezza dell'incontro». All'articolo 2 si propone una modifica dell'art. 30 O.P. uguale a quella proposta nel 2006. All'art. 3 si interviene sulla disciplina della corrispondenza telefonica, modificando la frequenza delle telefonate, portando il numero da una a settimana a una al giorno e aumentando la durata da dieci a venti minuti; inoltre, la proposta mira ad eliminare le restrizioni ai colloqui telefonici per i soggetti detenuti nei reparti di alta sicurezza, equiparando la disciplina. Nell'ultimo articolo troviamo le disposizioni finanziarie e per l'attuazione

²⁰ Relazione al disegno di legge 1876/2020.

²¹ Art. 1 d.d.l. 1876/2020: 2. All'articolo 28 della legge n. 354 del 1975 è aggiunto, in fine, il seguente comma: «Particolare cura è altresì dedicata a coltivare i rapporti affettivi. A tale fine i detenuti e gli internati hanno diritto ad una visita al mese, della durata minima di sei ore e massima di ventiquattro ore, delle persone autorizzate ai colloqui. Le visite si svolgono in apposite unità abitative appositamente attrezzate all'interno degli istituti penitenziari senza controlli visivi e auditivi».

della legge. Si prevede, in particolare, una attuazione in due fasi: in una prima fase si dovrà garantire il diritto alle visite in almeno un istituto per regione; in una seconda fase, da attuare entro sei mesi dall'entrata in vigore della legge, si dovrà garantire il diritto in tutti gli istituti.

1.2. La recente proposta di legge d'iniziativa della Regione Lazio

Nel mese di dicembre 2021, il Consiglio regionale del Lazio ha approvato una mozione, la n. 552/2021, avente ad oggetto la presentazione al Parlamento di una proposta di legge sulla "Tutela delle relazioni affettive e della genitorialità delle persone ristrette".

La proposta è stata elaborata a seguito di un grande studio condotto dall'Università di Cassino e del Lazio meridionale, sotto la supervisione dell'Avvocato Sarah Grieco; sono state coinvolte nello studio oltre duecento persone tra detenuti e agenti penitenziari di quattro diversi istituti di pena della regione, ai quali sono stati somministrati interviste e questionari anonimi con domande su tutte le modalità di contatto tra detenuti e familiari attualmente concesse dalla legge. Fondamentali sono stati i lavori dei Tavoli 6 e 14 degli Stati generali dell'esecuzione penale e della Commissione Giostra per l'attuazione della delega della legge 103/2017, oltre al recente disegno di legge presentato al Senato dalla Regione Toscana. La proposta della Regione Lazio, rispetto ad altre presentate in precedenza, ha una portata più ampia in termini sia soggettivi che oggettivi: dal punto di vista oggettivo, si prevede di riformare tutte le principali modalità di contatto tra i detenuti e i familiari; dal punto di vista soggettivo, si equipara la disciplina anche per i detenuti sottoposti al regime dell'art. 41 *bis* O.P. e per quelli condannati per reati di cui all'art. 4 *bis* O.P. Inoltre, per recuperare la sistematicità della materia, la proposta si occupa non solo delle norme dell'ordinamento penitenziario ma anche di quelle del regolamento di esecuzione²².

Dopo alcune indicazioni generali sulla proposta, si darà conto del contenuto della riforma in modo più analitico.

²² Relazione alla proposta di legge della Regione Lazio, oggetto della mozione 552/2021 del Consiglio Regionale.

All'art. 1, co. 1 si propongono due modifiche dell'art. 28 O.P.: la prima riguarda la rubrica dell'articolo, prevedendo di aggiungere le parole «e diritto all'affettività»; la seconda consiste nell'aggiunta di un comma in cui disciplinare l'istituto della visita, per garantire al detenuto relazioni affettive intime, anche a carattere sessuale; una questione che, secondo la Corte costituzionale, merita «ogni attenzione da parte del legislatore, anche alla luce dalle indicazioni provenienti dagli atti sovranazionali richiamati dal rimettente [...] 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: movimento di riforma nei cui confronti la Corte europea dei diritti dell'uomo ha reiteratamente espresso il proprio apprezzamento»²³. Le visite che si propone di introdurre necessitano dei luoghi in cui poter essere svolte, nel pieno rispetto della riservatezza del detenuto e per un tempo sufficiente a non rendere l'esperienza un momento umiliante sia per il detenuto che per le persone care, riducendosi ad un mero incontro fisico. Sempre nell'art. 1 al secondo comma, si modifica l'art. 37 del regolamento di esecuzione, per uniformare le previsioni in tema di colloqui con figli di minore età: al momento le previsioni dell'ordinamento penitenziario e del regolamento prevedono limiti di età diversi, generando confusione nella prassi applicativa e lasciando troppa discrezionalità ai direttori degli istituti. L'età viene, quindi, uniformata ai quattordici anni. Nell'art. 2 sono proposte delle modifiche all'art. 30 O.P., in tema di permessi di necessità, modificando il requisito dell'evento di “particolare gravità” con quello dell'evento di “particolare rilevanza”, ripensando il beneficio come mezzo trattamentale per «favorire il mantenimento dei rapporti con la famiglia»²⁴. L'art. 3, invece, propone l'introduzione di un nuovo tipo di permesso, il c.d. “permesso familiare”, ideato per coltivare specificamente gli interessi affettivi e da trascorrere con le persone ammesse ai colloqui; il permesso ha una durata di dieci giorni per ogni semestre di detenzione, in aggiunta ai permessi degli artt. 30 e 30 *ter* O.P., è concesso dal Magistrato di Sorveglianza, sempre che non sussistano delle ragioni per ritenere che il detenuto possa commettere altri reati o possa darsi alla fuga durante il permesso. Con l'art. 4 si propone una modifica del sistema delle telefonate, mezzo sottoposto comunque ad una

²³ Corte cost. 301/2012, citata nella Relazione alla proposta della Regione Lazio.

²⁴ Relazione alla proposta della Regione Lazio.

serie di rigide previsioni e poco gradito dai detenuti, perché non garantisce la riservatezza sperata durante una conversazione con la famiglia, essendo il tutto affidato alla sensibilità degli altri detenuti. Viene, quindi, proposta una modifica dell'art. 39 reg. esec., estendendo la durata delle telefonate da dieci a venti minuti, con una frequenza di non meno di tre volte alla settimana, senza più distinzioni tra detenuti comuni e ostativi. Le telefonate non sarebbero, poi, più a carico del detenuto ma dell'amministrazione penitenziaria, trattandosi di un diritto del detenuto e non di un servizio privato. È prevista, infine, l'istituzione di una linea telefonica destinata solo ai figli minori di quattordici anni per mettersi in contatto con il genitore detenuto. L'art. 5, vista la situazione generata dalla pandemia da Covid-19, propone l'introduzione della videochiamata come mezzo alternativo alla telefonata, soprattutto per quei detenuti con familiari fuori regione o fuori Stato. L'art. 6 reca, in ultimo, disposizione per l'attuazione della legge, prevedendo che questa venga applicata dal giorno dopo l'entrata in vigore in almeno un istituto per regione ed entro sei mesi in tutti gli istituti dello Stato.

La proposta della Regione Lazio si presenta sicuramente come quella di più ampio respiro tra quelle presentate negli anni; l'auspicio è che il Parlamento non decida ancora una volta di ignorare la proposta di riforma, lasciando l'Italia indietro sul tema dei diritti umani dei detenuti rispetto agli standard che attualmente si registrano in gran parte dell'Europa.

Ma soprattutto, l'auspicio è che il legislatore italiano smetta di ignorare le istanze di riforma che provengono dalle Corti nazionali e sovranazionali, da gran parte della dottrina processual penalistica e dagli organismi europei.

2. Le implicazioni costituzionali: gli artt. 29 e seguenti della Costituzione

Nel paragrafo che segue si cercherà di mettere in luce alcuni problemi di legittimità costituzionale della disciplina dell'ordinamento penitenziario rispetto ad alcune disposizioni della Carta costituzionale.

Infatti, come ogni norma dell'ordinamento, anche quelle che attengono all'esecuzione delle pene devono rispettare il dettato costituzionale e non solo la disposizione già

analizzata dell'art. 27, co. 3²⁵ ma anche una serie di enunciati che stabiliscono diritti che appartengono ad ogni essere umano e che non possono essere oggetto di deroghe o sospensioni. Il detenuto in quanto essere umano, seppur privato della libertà personale, conserva una vasta gamma di diritti al pari delle persone libere, compatibilmente con lo *status detentionis*. Infatti, la reclusione è causa di una rilevante compressione dei diritti soggettivi che fanno capo all'individuo, giustificata dalle esigenze di ordine e sicurezza²⁶. In materia di tutela dell'affettività, si registrano dei possibili profili problematici poiché è complicato operare un corretto bilanciamento tra le esigenze di tutela collettiva, connaturate allo stato detentivo, e la garanzia del rispetto dei diritti della persona. Di fatto l'imposizione di un titolo detentivo comporta la perdita del potere di curare in piena autonomia le proprie relazioni personali ed è la legge a determinare quali legami siano meritevoli di tutela, definendone tempi e modalità di godimento. Tra gli articoli della Costituzione, particolare attinenza con il tema proposto hanno gli artt. da 29 a 32 Cost., a tutela della famiglia, del matrimonio e della salute.

2.1. La tutela della famiglia: gli articoli 29, 30 e 31 della Costituzione

Il primo degli articoli considerati, l'art. 29 Cost., stabilisce che «la Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio». I punti su cui bisogna soffermarsi per capire il collegamento tra una disposizione così lineare e il tema proposto sono, ad avviso di chi scrive, le parole “famiglia” e “matrimonio”: queste due parole rappresentano gli elementi più vulnerati dalla detenzione quando si parla di mantenimento dei legami affettivi. La famiglia del detenuto, infatti, pur non essendo formalmente soggetta ad una pena, sconta la stessa condanna del parente recluso. Entrambe le parti del rapporto sono vittime della “desertificazione affettiva e relazionale”²⁷ che la detenzione produce: il detenuto, condannato alla solitudine, correrà il rischio di sviluppare depressioni psicofisiche gravi; il consorte, allo stesso

²⁵ *Infra* Cap. I §3.

²⁶ MINAFRA, La tutela genitoriale nel preminente interesse del minore: mai più “bambini detenuti”, in *Affettività e carcere: un binomio (im)possibile?*, Giurisprudenza Penale Web, 2019, n. 2-bis, pag. 102

²⁷ PUGIOTTO, La castrazione di un diritto. La proibizione della sessualità in carcere come problema di legalità costituzionale, in *“Affettività e carcere: un binomio (im)possibile?”*, Giurisprudenza Penale Web, 2019, n. 2-bis, pagg. 17 e ss.

modo, è condannato a vedere compressa la propria sfera affettiva per un reato che non ha mai commesso e per una condanna che non ha meritato²⁸. Diversamente da quanto si possa pensare, l'«inevitabile frantumazione del rapporto emotivo-sentimentale»²⁹ che si verifica è una diretta conseguenza dell'operante dispositivo proibizionista delineato dal legislatore italiano³⁰. Proprio per questo motivo non è difficile trovare dei punti di frizione con il dettato costituzionale degli artt. 29 e 31 Cost., dato che il mantenimento delle relazioni familiari è sì un fondamentale valore sociale ma anche un «diritto della persona e dei suoi congiunti che l'ordinamento intende preservare, in quanto tale, dai possibili “effetti collaterali” della detenzione»³¹. Tra questi effetti collaterali, la tendenza a stigmatizzare e isolare socialmente i familiari del recluso, considerati “*guilty by association*”³² dalla società. Come si cerca di mettere in evidenza, la separazione forzata del detenuto dai propri affetti non si pone solo come un problema di natura antropologica e psicologica ma anche e soprattutto come un problema giuridico, poiché incide su una posizione soggettiva del detenuto dalla natura complessa, protetta dalla Costituzione, che abbraccia la tutela della filiazione, della genitorialità e della sessualità³³. In ambito penitenziario i rapporti con la famiglia non rilevano tanto in una prospettiva di tutela dell'istituzione familiare e del ruolo genitoriale o in ottica di limitare le ripercussioni della detenzione sui familiari; piuttosto, rilevano quali strumenti del trattamento rieducativo, nella misura in cui sono utili per accrescere le aspettative di vita futura dei soggetti detenuti³⁴. Sul punto, la normativa penitenziaria non rispetta pienamente le previsioni costituzionali degli artt. 29-31 Cost., non considerando il nucleo familiare come meritevole di tutela ma in senso strumentale, utilizzando la potenzialità che il mantenimento dei rapporti affettivi esercita sul comportamento del detenuto all'interno dell'istituto e sulle concrete possibilità di successo del suo percorso di reinserimento sociale³⁵.

²⁸ Sempre PUGIOTTO, *ibidem*.

²⁹ BRUNETTI, Il diritto all'affettività per le persone recluse, in www.ristretti.it, 2008, pag. 108

³⁰ PUGIOTTO, *ibidem*.

³¹ RENOLDI, Il diritto all'affettività delle persone detenute: la parola alla Corte costituzionale, in *Quest. Giust.*, 2012, n. 4, p. 217.

³² MCCONNELL, *Are Conjugal and Familial Visitations Effective Rehabilitative Concepts?: Rejoinder to Jill Gordon*, in *The Prison Journal*, 1999, 79(1), pag. 132.

³³ TALINI, L'affettività ristretta, in Costituzionalismo.it, 2015, n. 2.

³⁴ BRUNETTI, *ibidem*.

³⁵ BRUNETTI, *Diritto penitenziario*, Napoli, 2021.

Altro punto nodale è la tutela del rapporto tra detenuti e figli e il diritto del minore a ricevere dai genitori cura, educazione e istruzione³⁶, che trova espressione negli artt. 30 e 31 della Costituzione, che proteggono la famiglia come nucleo fondamentale della società e che costituiscono una sfera giuridica e relazionale complessa, in cui, però, i legami affettivi vengono compressi dalle esigenze punitive, riconducendo gli affetti alla categoria dei “diritti sommersi”³⁷.

Inoltre, non si può non considerare il rilievo costituzionale del principio della pari dignità sociale e del principio personalistico³⁸, che impediscono di considerare il carcere come un luogo in cui vige un regime di extraterritorialità rispetto alle garanzie fondamentali assicurate dallo Stato³⁹. Si può sostenere che «la preminenza attribuita alla dignità della persona in un ordinamento costituzionale pluralista, in cui il Costituente ha eliso ogni forma di gerarchia tra i molteplici diritti fondamentali, che, dunque, si confrontano contestualmente, impone la costante ricerca di un bilanciamento tra gli interessi in gioco, in cui è proprio il rispetto della dignità umana, insuscettibile di riduzione, a costituire l’ago della bilancia»⁴⁰. Senza dubbio, lo Stato con proprie leggi può regolamentare anche degli aspetti così sensibili appartenenti alla dignità umana e questo aspetto incide profondamente nella “percezione valoriale del detenuto nella sua permanenza in carcere”⁴¹, facendo in modo che egli riconosca la detenzione come un’occasione di autoricostruzione e non come un percorso demolitivo e distruttivo. Le norme, però, impongono delle restrizioni che intervengono all’ingresso e durante la carcerazione e non si limitano alla privazione della libertà personale ma si spingono fino alla sospensione dei rapporti umani, ponendo fine alle

³⁶ Art. 30, co. 1 Cost.: «È dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori dal matrimonio»; Art. 31 Cost.: «La Repubblica agevola con misure economiche e altre provvidenze la formazione della famiglia e l'adempimento dei compiti relativi, con particolare riguardo alle famiglie numerose.

Protegge la maternità, l'infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo».

³⁷ I c.d. “diritti sommersi” sono delle posizioni giuridiche di vantaggio non espressamente regolate dal diritto positivo ma che, rappresentando diretta espressione di diritti costituzionalmente cristallizzati, dovrebbero trovare esplicito riconoscimento nel dato normativo e nella realtà penitenziaria.

³⁸ Art. 2 Cost.: «La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale».

³⁹ PENNISI, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, Torino, 2002.

⁴⁰ MINAFRA, *ibidem*.

⁴¹ DÈ ROSSI, *Architettura penitenziaria, diritti umani e qualità della salute. L'affettività in carcere: modelli da ripensare*, in “Affettività e carcere: un binomio (im)possibile?”, *Giurisprudenza Penale Web*, 2019, n. 2-bis, pag. 231.

relazioni familiari di carattere intimo-affettive. Con la disciplina attuale in alcun modo il diritto all'affettività e all'intimità del detenuto con il proprio *partner* vengono tutelati⁴². Anche la Corte costituzionale afferma che è "interesse del figlio minore a vivere e a crescere nell'ambito della propria famiglia, mantenendo un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori, dai quali ha diritto di ricevere cura, educazione ed istruzione"⁴³: questa affermazione assume una speciale rilevanza, se si considerano gli artt. 2 e 31, co. 2 Cost. con riguardo al diritto al mantenimento dei rapporti affettivi e familiari in carcere, senza dimenticare la valenza rieducativa dei rapporti familiari, parte del trattamento rieducativo. Infatti, è bene ribadire che, una volta scontata la pena, la famiglia rappresenta di fatto l'unico vero argine alla devianza; l'interruzione improvvisa, e spesso per un tempo prolungato, del flusso degli affetti e dei rapporti umani comporta una rottura con la dimensione sociale in cui l'individuo ha vissuto e, quindi, una separazione dalla sua storia personale⁴⁴.

2.2. La tutela della salute: l'articolo 32 della Costituzione

Non si può tacere, ancora, l'evidente violazione del dettato dell'art. 32 Cost., posto a tutela del diritto alla salute, sia individuale che collettiva.

Dal punto di vista individuale, è certo che anche il soggetto recluso in carcere è titolare del diritto alla salute⁴⁵, qualunque sia la pena a cui è stato condannato. Più specificamente, la legittima pretesa punitiva dello Stato deve coordinarsi sempre con la tutela della salute del recluso; la salute in questo caso non va intesa solo come assenza di malattia ma come uno stato complessivo di benessere fisico e di equilibrio psichico. L'astinenza sessuale coatta e prolungata, in persone che hanno superato l'età puberale, inibisce uno sviluppo normale della sessualità, con delle conseguenze sia sul piano della salute fisica che psicologica, perché «il sesso solo pensato mutila, inibisce e disadatta»⁴⁶. Per quanto attiene la salute collettiva, si può richiamare il parere del

⁴² DE ROSSI, *ibidem*.

⁴³ Corte cost., sent. 12 febbraio 2012, n. 31.

⁴⁴ DE ROSSI, *ibidem*.

⁴⁵ Si veda anche l'art. 11 O.P.

⁴⁶ Raccolta di testimonianze, RISTRETTI ORIZZONTI (a cura di), *L'amore a tempo di galera*, Associazione il Granello di Senape, Padova, 2004, <http://www.ristretti.it/convegni/affettivita/atti/index.htm>; tuttavia, secondo DIDI, *Il diritto del detenuto a coltivare legami intimi con persone esterne al carcere: una*

Comitato Nazionale di Bioetica, approvato all'unanimità il 27 settembre 2013, per capire in che modo la tutela della salute all'interno degli istituti penitenziari si ripercuota sulla salute dell'intera comunità. Nel parere citato la salute è indagata non solo come diritto in sé ma come concetto multifattoriale, che include anche la dimensione affettivo-sessuale, che concorre al raggiungimento del fine rieducativo e si atteggia a presupposto e condizione per la stessa legalità della detenzione. Il parere si concentra soprattutto sugli effetti collaterali dell'astinenza eterosessuale cui è costretto il detenuto; la privazione e la negazione dell'intimità provocano nell'individuo ristretto sofferenza e deteriorano i legami familiari, aggiungendo alla già pesante situazione determinata dalla privazione della libertà personale anche l'aggravamento del rapporto con il *partner* all'esterno: si vedono spesso crisi coniugali, sofferenza per lo scarso rapporto con i figli, crisi generalizzata su varie componenti umane. Concordano tutti ormai, al netto delle ipocrisie e delle ideologie sessuofobiche, che l'attività sessuale rappresenta un aspetto ineliminabile dell'essere umano, che non può essere interrotto senza determinare traumi fisici e psichici⁴⁷. L'affettività «è insopprimibile bisogno di vita, un po' come respirare, nutrirsi, dormire. Mutilando l'umanità, comprimendo la natura oltre un certo limite, non rimane che la patologia della rinuncia o la patologia della degenerazione. [...] Ne derivano gravi tensioni, inquietudine, frustrazioni, deviazioni, perversioni, tendenze ed esposizione alla violenza»⁴⁸.

È stato rilevato che la privazione di incontri intimi con i familiari potrebbe spingere il detenuto ad assumere comportamenti che non vuole ma che l'ambiente carcerario, in un certo senso, gli ha "imposto"⁴⁹.

Questo potrebbe avere degli effetti negativi sulla personalità del soggetto. È stato rilevato che il detenuto, a causa dell'ambiente carcerario, subisce un lento processo di depersonalizzazione, con tutte le conseguenze nell'ambito della salute psicologica, anch'essa rientrante nel concetto di salute dell'art. 32 Cost., del detenuto che ne

questione antica e non (ancora) risolta, in Proc. Pen. e Giust., 2013, pag. 104, nota 24: «mancano evidenze scientifiche che documentino danni alla salute conseguenti a tali situazioni».

⁴⁷ DÈ ROSSI, *ibidem*.

⁴⁸ CERAUDO, La sessualità in carcere: aspetti psicologici comportamentali ed ambientali, in Ristretti Orizzonti, 2002.

⁴⁹ DÈ ROSSI, *ibidem*.

potrebbero derivare⁵⁰. Un altro problema medico che inevitabilmente si manifesta in campo giuridico, come una mancata tutela del diritto alla salute riguarda, la diffusione delle malattie all'interno degli istituti di pena: il parere del Comitato Nazionale di Bioetica ha rilevato, ad esempio, i tassi di morbilità più elevati tra i detenuti rispetto alla popolazione generale con riferimento al virus dell'HIV⁵¹. È stato rilevato che la diffusione delle malattie all'interno del carcere è dovuta soprattutto alla mancanza mezzi di protezione individuale⁵².

Date queste considerazioni, ci si dovrebbe aspettare che la normativa penitenziaria, molto attenta alla tutela della salute, possa intervenire con delle iniziative mirate per garantire ai detenuti il pieno rispetto del diritto alla salute, sia dal punto di vista della salute fisica che psicologica⁵³.

3. Le possibili modalità organizzative per le visite coniugali: la predisposizione dei luoghi, i tempi e i soggetti ammessi alle visite

Dopo aver analizzato le proposte di riforma che si sono succedute negli anni e le implicazioni a livello costituzionale che scaturiscono dal tema qui proposto, è necessario traslare la dissertazione verso un piano più "pratico" e analizzare in che modo il diritto all'affettività possa trovare applicazione nella realtà penitenziaria.

Il punto non è di facile risoluzione in quanto, come si è già visto, i problemi e gli interrogativi che solleva sono tanti e complessi. Le questioni principali da risolvere riguardano la predisposizione dei luoghi, i tempi di fruizione della visita e i soggetti ammessi alle visite. I primi due problemi sono strettamente correlati tra loro, in quanto la disponibilità dei luoghi influisce sulla frequenza con cui i singoli istituti penitenziari possono essere in grado di assicurare la visita a tutti i detenuti che ne hanno diritto. In

⁵⁰ DÈ ROSSI, *ibidem*.

⁵¹ PUGIOTTO, *ibidem*.

⁵² Ad esempio, sarebbe necessario dotare i detenuti di preservativi, ammettendo un fatto che già accade e di cui tutti sono a conoscenza. Però, il carcere ignora l'omosessualità e il comprovato alto rischio di trasmissione di malattie sessualmente trasmissibili, sacrificando la salute dei detenuti per salvare le apparenze.

⁵³ L'operante dispositivo proibizionista dà vita ad un paradosso: quello per cui il carcere «fa ammalare anche chi è in buona salute. Non a caso la prigione è l'unico luogo in cui si apre una cartella clinica ad una persona sana, che non è malata, ma che probabilmente lo diventerà» (Fonte: Castellano- Stasio, *Diritti e castighi. Storie di umanità cancellata in carcere*, Milano, 2009, pag. 243).

realtà, a ben vedere, il terzo problema influisce anche sugli altri due, perché la predisposizione dei luoghi dovrebbe poter avvenire sulla base del numero dei detenuti che potenzialmente potrebbero fruire della visita e il tempo della visita dovrebbe essere calibrato su quello stesso numero, con l'accortezza di non prevedere visite né troppo lunghe, che impediscano a tutti i detenuti di usufruirne, né troppo brevi da far diventare la visita un'esperienza degradante per il soggetto recluso e per chi va a trovarlo.

Una delle prime questioni da affrontare riguardo alla predisposizione dei luoghi, riguarda la denominazione degli ambienti in cui dovrebbero svolgersi le visite e fornire una definizione precisa; questo non accade, tanto che esistono differenti termini usati per indicare luoghi e contesti intracarcerari dove le persone si incontrano. Data la diversità di regolamentazione dell'istituto in diversi paesi, il luogo dove si svolge la visita assume denominazioni diverse, che talvolta si riferiscono al luogo fisico (*visiting rooms, parlours*) e talaltra all'attività che vi si svolge all'interno (*extended visit, colloqui intimi*)⁵⁴. La difficoltà nel ricondurre l'istituto ad una o un'altra denominazione può sembrare un problema marginale e di scarsa rilevanza ma, in realtà, la denominazione è l'elemento che consente di capire quale sia la percezione moralistica che lo Stato vuole attribuire a tale attività. Come si è già messo in evidenza, al momento in Italia l'unico modo per dare attuazione al diritto all'affettività consiste nell'ottenimento di un permesso premio, beneficio a cui possono accedere poche categorie di detenuti, a causa dei requisiti molto stringenti che l'ordinamento penitenziario prevede. Con la riforma del 2018, sembrava essersi aperto uno spiraglio per l'introduzione delle visite private intramurarie ma il legislatore si è limitato a specificare nell'art. 18 O.P. che i colloqui si devono svolgere mantenendo, per quanto possibile, una dimensione riservata. Nulla, però, cambia per le relazioni di tipo affettivo e sessuale per i detenuti, senza considerare che il carcere è considerato luogo pubblico e, quindi, le manifestazioni affettive in carcere sono soggette alla sanzione dell'art. 527 c.p. Una eventuale apertura dell'ordinamento a questo tipo di visite necessita di una attenta progettazione logistica, in quanto grande problema dei penitenziari italiani è proprio la mancanza di spazi. In Italia, il problema del luogo in cui dovrebbe svolgersi la visita è di difficile risoluzione, a causa del già poco spazio

⁵⁴ LIBIANCHI, Argomenti di prevenzione ed igiene pubblica in carcere: la questione della sessualità, della riduzione del danno e delle c.d. "love rooms", in "Affettività e carcere: un binomio (im)possibile?", *Giurisprudenza Penale Web*, 2019, n. 2-bis, pag. 306.

negli istituti penitenziari. Ciò è confermato anche dal patologico e cronico sovraffollamento delle carceri, costato all'Italia diverse condanne da parte della Corte EDU e mai risolto dal legislatore italiano, che negli anni è intervenuto con interventi sporadici e non risolutivi. La nota sentenza “Torreggiani e altri c/ Italia” ha messo in luce, ormai quasi un decennio fa, le critiche condizioni degli alloggi per i detenuti, lo spazio vitale⁵⁵ di cui dovrebbe godere ogni detenuto e il problema del sovraffollamento. In considerazione di questi profondi deficit strutturali e funzionali delle strutture penitenziarie italiane, spesso vetuste e molto inospitali, non è agevole progettare delle sistemazioni dedicate all'affettività e alla sessualità; sicuramente, volendo iniziare a pensare alla creazione di spazi riservati, bisogna considerare tre aspetti che coesistono in maniera inscindibile, soprattutto in assenza di una specifica normativa: la regolamentazione come locale pubblico, sia pure con accesso limitato e controllato; un regolamento specifico, come locale di un istituto penitenziario; l'applicazione di norme di igiene collettiva di comunità confinata. Considerare questi aspetti garantirebbe la creazione di spazi dignitosi, rispettosi degli standard igienici e sanitari e adeguati all'accoglienza anche di bambini e comunque di persone esterne alla realtà del carcere. Le varie proposte legislative che si sono succedute negli anni non si sono mai spinte fino a regolamentare nel dettaglio la configurazione del luogo in cui si sarebbe svolta la visita: il legislatore si è sempre limitato a dire che si sarebbe dovuta svolgere in “unità abitative appositamente organizzate senza controlli visivi e auditivi”⁵⁶, probabilmente facendo affidamento sul fatto che poi dell'effettiva configurazione della struttura se ne sarebbe occupato il regolamento di esecuzione modificato o un nuovo regolamento. Tuttavia, è possibile immaginare dei requisiti minimi strutturali⁵⁷: si potrebbe pensare a strutture differenziate per i colloqui familiari prolungati e per le visite intime; le strutture devono essere di dimensioni adeguate, posizionate in un'area riservata, che garantisca al visitatore di sperimentare nella minor misura possibile l'ambiente carcerario; i locali dovranno essere dotati di un bagno

⁵⁵ Il CPT nel 2015 perviene ad una formulazione dello spazio vitale in termini numerici: la superficie effettiva e disponibile per ogni singolo detenuto prevede uno standard minimo di 6 m², esclusi i servizi igienici, a cui si aggiungono altri 4 m² per ogni detenuto in più, con un limite massimo di quattro persone per stanza, almeno 2 m tra le pareti della cella e almeno 2,5 m tra il pavimento e il soffitto. La definizione dello spazio vitale dipende sia dalla superficie calcolata in metri quadri sia dalla concreta possibilità di movimento al suo interno.

⁵⁶ Vedi Cap. 2 § 1.1

⁵⁷ LIBIANCHI, *ibidem*

attrezzato con tutti i sanitari e effetti igienici a perdere; una cucina o angolo cottura con una dotazione standard; il mobilio deve essere dignitoso; la stanza dovrà essere dotata di riscaldamento e sistema di aerazione; dovrà, inoltre, essere predisposto un sistema di chiamate di emergenza con personale formato per gestire le visite e impedire il rischio di intrusioni non legittimate. L'istituzione di una struttura di questo tipo presuppone anche la redazione di un regolamento, reso noto e fornito agli astanti in cui vengano spiegate le modalità della visita e con l'indicazione degli aventi titolo o delle esclusioni; si dovrà predisporre un efficiente servizio di pulizia con incarichi di lavoranti ai detenuti; e infine, si deve fare in modo che la visita sia realmente un momento fondamentale del trattamento rieducativo e che venga instaurata una relazione di fiducia tra l'utente, la famiglia e il personale penitenziario. Come è facile intuire dalla trattazione, la questione degli spazi non è di agevole risoluzione, perché sono tanti gli aspetti da considerare. Queste difficoltà di progettazione, inoltre, rischiano di diventare una scusante da parte del legislatore per non intervenire o farlo in termini minimali.

L'altro aspetto da considerare è la durata delle visite. Si tratta di un punto nodale affinché l'incontro, soprattutto quello intimo, non si trasformi in un'esperienza degradante per il detenuto e il *partner* e anche il rapporto con i figli sia appagante per il detenuto e non destabilizzante per il minore, che ha il diritto di passare più del tempo attualmente previsto per i colloqui con il padre o la madre.

Nelle varie proposte di riforma dell'ordinamento penitenziario si fa riferimento ad una durata non inferiore alle sei ore fino a ventiquattro, una volta al mese. In generale, si ritiene che una visita con una durata inferiore alle tre ore possa essere un'esperienza umiliante perché si ridurrebbe alla semplice consumazione di un rapporto sessuale: obiettivo dell'istituto è anche quello ma non solo quello; l'obiettivo primario è fare sì che il detenuto non perda il contatto con la propria famiglia ed evitare che il rapporto si degradi, soprattutto trattandosi di detenuti che devono scontare pene molto lunghe. Come detto nelle premesse della trattazione, il problema della durata della visita si interseca con quello della predisposizione dei luoghi; non è attualmente pensabile prevedere visite di una durata ragionevole senza porre prima rimedio al problema degli spazi dell'esecuzione. L'Italia soffre di una grave carenza di spazi, che si riflette sulla qualità della detenzione, aggiungendo sofferenza alla sofferenza: per attuare l'istituto

occorrerebbe una rivalutazione e una rinnovazione degli ambienti carcerari, per rendere le camere di pernottamento più vivibili e per recuperare spazi per la costruzione dei nuovi ambienti per lo svolgimento delle visite. Solo così il sistema sarà in grado di garantire a tutti i detenuti una visita di durata non inferiore alle tre ore, almeno una volta al mese⁵⁸. Quello che si auspica è che si riesca a prevedere e attuare delle visite della durata di un giorno intero o più giorni, in modo da far rivivere un po' di normalità al detenuto e alla sua famiglia, sempre all'interno del carcere ma in un luogo separato e arredato come se fosse una casa: infatti, il detenuto "farebbe una pausa" dalla cella, dalle sbarre, dal bagno senza privacy e dalle docce in comune e i suoi familiari eviterebbero il trauma e la frustrazione dell'ingresso nel carcere, senza nessuna privacy durante l'incontro, sotto gli sguardi della polizia penitenziaria e degli altri detenuti.

Un terzo problema da affrontare riguarda i soggetti da ammettere alle visite, interni ed esterni al carcere.

Per quanto riguarda i soggetti in stato di detenzione, si discute sulla possibilità di ammettere tutti i soggetti a prescindere dalla posizione giuridica (imputato, condannato definitivo e internato) oppure di differenziare l'ammissione all'istituto solo ai condannati definitivi e gli internati; all'interno delle categorie si pone il problema di consentire la visita solo ai detenuti coniugati o uniti civilmente e alle coppie di fatto, lasciando di fatto esclusi tutti quei soggetti che non sono legati da un rapporto di matrimonio o di convivenza ma hanno relazioni saltuarie o non hanno alcuna relazione. Per quanto riguarda i soggetti esterni da ammettere alla visita, si discute sulla possibilità di farne usufruire solo ai soggetti che abbiano una relazione giuridicamente tutelata con il detenuto o di ammettere anche i semplici fidanzati; altro

⁵⁸ LIBIANCHI, *ibidem*, formula una ipotesi per cercare di quantizzare l'impatto che avrebbe sull'organizzazione degli istituti di pena l'introduzione dell'istituto delle visite coniugali, alla luce della situazione di altri Paesi in cui si svolgono le visite coniugali: «categorie da ammettere al beneficio/diritto: tutte le fasce di età, ma solo coniugati o conviventi (17.031+7.357=24.388); numero di "visite coniugali" ammissibili: una al mese (24.388 visite/mese/in Italia); - impatto su un carcere medio con 100 aventi titolo e che tutti utilizzassero il beneficio: 100/mese/carcere medio = 3,8 al giorno/26 giorni/mese equivalenti a 2 visite per due turni mattina e pomeriggio (ipotizzando una durata della visita pari a tre ore); - ipotizzando che su 100 detenuti eleggibili vanno tolti coloro che stanno in particolari misure di sicurezza (divieti di incontri, disciplina, salute, ecc.) valutabili nel 20% del numero totale, avremmo circa 80 visite coniugali al mese per un carcere con 100 detenuti aventi titolo; - spazi necessari per un carcere di 100 detenuti di cui solo 80 fanno una visita al mese di tre ore, pari a 3-4 visite al giorno/6 gg. a settimana: almeno due stanze attrezzate/miniappartamenti. Questa proiezione realizza una visione a pieno regime delle procedure, non considerando però diverse variabili che possono influire sulla programmazione delle visite.

punto su cui si dibatte riguarda la possibilità di usufruire di questo tipo di visite per coltivare il rapporto con un amico invece che con un familiare. La necessità di impedire la totale estraniamento del soggetto recluso dalla realtà fa sì che la legge garantisca i legami affettivi non solo con la famiglia, nella misura più congrua ai preminenti interessi dello Stato, come la lotta al crimine⁵⁹. L'art. 18 O.P. fa, infatti, riferimento allo svolgimento di colloqui con congiunti e altre persone: trattandosi di un diritto soggettivo, l'ammissione ai colloqui è subordinato solo ad una verifica dei presupposti richiesti dalla disciplina, riscontrabili nel rapporto di parentela o nella sussistenza di "ragionevoli motivi". Si è già messo in evidenza nella trattazione che dottrina e giurisprudenza sono concordi nell'adottare una definizione ampia di famiglia, equiparando la famiglia legittima alla famiglia di fatto e adottando un criterio di maggior favore per la fruizione dei colloqui⁶⁰. La normativa vigente prevede che il diritto soggettivo ai colloqui venga esercitato con congiunti e conviventi indipendentemente dalla posizione giuridica assunta dal detenuto, dal circuito penitenziario in cui è inserito e dalla regolarità della sua condotta detentiva, mentre con riguardo ai colloqui con terzi soggetti 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. Tuttavia, mentre è pacifico che l'opportunità di fruire degli incontri intimi debba essere concessa indistintamente a congiunti e conviventi in qualità di familiari, non è di immediata soluzione la questione dell'ammissione di terze persone estranee al contesto familiare. Ci si chiede, dal momento che tra i soggetti terzi possono essere ricompresi i semplici amici ma anche i legami affettivi consolidati ma non giuridicamente tutelati, se questo tipo di rapporto sia un requisito sufficiente per consentire un incontro tra il detenuto e il terzo soggetto senza il controllo del personale di custodia, lasciando aperta la possibilità che vengano compiuti atti illeciti. Diversi ancora sono, poi, i "fidanzati", cioè coloro che sono legati al detenuto da un legame affettivo stabile che, però, non hanno raggiunto un grado tale da essere riconosciuto dall'ordinamento. Da un punto

⁵⁹ OLIVO, Affetti e carcere: prospettive intramurarie di riforma nel bilanciamento tra esigenze di tutela contrapposte, in "Affettività e carcere: un binomio (im)possibile?", Giurisprudenza Penale Web, 2019, n. 2-bis, pag. 146.

⁶⁰ OLIVO, *ibidem*.

di vista affettivo, questi rapporti meritano la stessa tutela di quelli con i congiunti, poiché anche la loro conservazione è parte integrante del percorso di rieducazione e risocializzazione del detenuto. Su questa base, l'ordinamento penitenziario potrebbe procedere a parificare la figura del "compagno" a quella del "congiunto" e del "convivente" in modo da consentire, previo accertamento del reale legame affettivo intercorrente, il mantenimento di tutte le relazioni personali rilevanti per la persona ristretta⁶¹. Per quanto riguarda le categorie di detenuti da ammettere alle visite, bisogna riflettere sulla possibilità di concedere la possibilità a tutti i soggetti privati della libertà personale, trattandosi di un diritto soggettivo, o se operare delle restrizioni in base alla posizione giuridica del recluso. La prima distinzione da fare è quella tra imputati e indagati e detenuti definitivi: imputati e indagati, nonostante godano ancora di tutti i diritti personali dal momento che la responsabilità penale non è ancora stata accertata, potrebbero andare incontro a delle limitazioni imposte dalle esigenze dell'art. 274, co.1, lett. a c.p.p., ovvero impedire che un contatto diretto e riservato con soggetti provenienti dall'esterno diventi uno strumento di inquinamento probatorio⁶²; per i detenuti con condanna definitiva, il colloquio potrebbe essere un mezzo per continuare a svolgere l'attività criminale che svolgeva prima della condanna, con l'ausilio dei familiari. Inoltre, bisognerebbe tenere in considerazione la distinzione tra i detenuti sottoposti al regime ordinario e quelli sottoposti a regimi differenziati: in questo caso si dovrebbero prevedere delle restrizioni legate alla pericolosità sociale del detenuto, facendo in modo che questi possa usufruire della visita solo a determinate condizioni, trasformando, però, il "diritto di avere un colloquio privato" nel "premio ad avere un colloquio privato". Altra distinzione che potrebbe doversi fare attiene al *quantum* di pena espiata o da espiare e alla specie di reato commesso: il punto è capire se l'esercizio del diritto all'affettività in ogni sua forma possa essere limitato in relazione a queste variabili e se a fronte di reati particolarmente gravi, che comportano pene detentive molto lunghe, la possibilità della visita debba essere prevista fin dall'inizio

⁶¹ OLIVO, *ibidem*.

⁶² Art. 274, co. 1, lett. a) c.p.p.: « Le misure cautelari sono disposte: a) quando sussistono specifiche ed inderogabili esigenze attinenti alle indagini relative ai fatti per i quali si procede, in relazione a situazioni di concreto e attuale pericolo per l'acquisizione o la genuinità della prova, fondate su circostanze di fatto espressamente indicate nel provvedimento a pena di nullità rilevabile anche d'ufficio. Le situazioni di concreto ed attuale pericolo non possono essere individuate nel rifiuto della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato di rendere dichiarazioni né nella mancata ammissione degli addebiti [...]».

dell'esecuzione oppure dopo l'espiazione di una parte della pena. Tuttavia, il rischio è sempre quello di trasformare un diritto al cui godimento dovrebbero avere tutti diritto in un beneficio premiale, al pari dei permessi premio, da concedere solo in presenza di determinati presupposti di ordine soggettivo o oggettivo⁶³.

La proposta più concreta sulle possibili modalità attuative del nuovo istituto proviene dal Tavolo n. 6 degli Stati Generali sull'Esecuzione Penale.

Il gruppo di lavoro nel 2015 aveva ipotizzato la creazione dell'istituto della "visita", tra il detenuto e tutti i soggetti che l'attuale ordinamento penitenziario ammette ai colloqui, senza distinzioni tra familiari, conviventi e terze persone e senza controllo visivo e auditivo. Le visite si svolgono all'interno delle "unità abitative" collocate all'interno dell'istituto, separate dalla zona detentiva, la cui cura e pulizia è affidata ai detenuti lavoratori. La durata della visita può variare tra le quattro e le sei ore ogni due mesi, a seconda della disponibilità degli spazi. Infatti, dagli studi del Tavolo n. 6 è emerso che negli istituti di nuova costruzione (dagli anni '80 in poi) si potrebbero ricavare degli spazi per l'installazione di prefabbricati da adibire alle visite intime; tuttavia, sorge un problema negli istituti di maggiori dimensioni, in cui il rapporto tra spazi e numero di detenuti ha portato ad ipotizzare che non sia possibile prevedere più di una visita ogni due mesi⁶⁴.

3.1. Alcuni esperimenti italiani: le c.d. "stanze dell'affettività" del carcere di Milano Bollate, Milano Opera e di Roma Rebibbia

Nonostante il silenzio della legge, già da diversi anni alcuni istituti penitenziari hanno avviato dei progetti pilota con la creazione di case o stanze dell'affettività, con l'obiettivo principale di consentire al detenuto di incontrare i propri figli e il partner in una dimensione più riservata e meno traumatica per il minore.

È da premettere che si tratta di tentativi di miglioramento del sistema penitenziario ancora ad uno stato embrionale e che, soprattutto, celano del tutto la dimensione sessuale del rapporto di coppia. Infatti, come si metterà in luce di seguito, gli ambienti che sono stati creati non prevedono una stanza da letto ma solo un ambiente comune

⁶³ OLIVO, *ibidem*.

⁶⁴ Relazione Tavolo 6 - Mondo degli affetti e territorializzazione della pena, Stati Generali sull'Esecuzione Penale, https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_2_19_1_6.page.

con salotto e cucina e il bagno: ancora una volta l'Italia mostra il suo volto ipocrita e sessuofobico, negando che il contatto fisico sia un elemento insopprimibile della vita di ogni essere umano. A partire dal 1996 si è avviato un percorso di riforma finalizzato all'introduzione delle stanze dell'affettività, o almeno alla concessione di modalità riservate di incontro, per limitare rumori e sguardi degli altri gruppi familiari⁶⁵. Anche gli Stati generali sull'esecuzione penale avevano espresso parere favorevole all'introduzione delle stanze dell'affettività o, per definirle in modo più pudico, "love rooms". A seguito degli Stati generali, le Commissioni ministeriali istituite dal Ministro Orlando individuarono delle modalità per la realizzazione delle stanze, la cui costruzione si arrestò a causa di "problemi architettonici degli istituti di detenzione"⁶⁶.

Il primo progetto, dal nome "Comunque famiglia", fu avviato nel 2005 nel carcere di Milano Bollate, con l'obiettivo di descrivere ed analizzare il rapporto tra madre detenuta e figlio/a, analizzando un percorso rieducativo individualizzato volto al mantenimento e alla tutela del rapporto⁶⁷.

Il carcere di Bollate è stato utilizzato per l'esperimento perché i dati hanno mostrato come si tratti di uno degli istituti sul territorio italiano con la maggiore evidenza di elementi rieducativi e di tutela del rapporto tra detenute madri e figli: infatti, la struttura è organizzata in modo da consentire ai detenuti di rimanere fuori dalla cella fino a sera e di andare da una sezione all'altra dell'istituto liberamente; non si registrano problemi di sovraffollamento e il personale di Polizia Penitenziaria è adeguato per tenere in sicurezza la struttura; l'equipe trattamentale consente lo svolgimento di efficaci programmi di trattamento e rieducazione. Con il progetto "Comunque famiglia" è stato consentito a 20 nuclei famigliari di trascorrere delle ore con il genitore detenuto, nella stanza dell'affettività⁶⁸, con lo scopo di «mantenere e favorire, dove possibile, la

⁶⁵ OLIVO, *ibidem*.

⁶⁶ DÈ ROSSI, Architettura penitenziaria, diritti umani e qualità della salute. L'affettività in carcere: modelli da ripensare, in "Affettività e carcere: un binomio (im)possibile?", *Giurisprudenza Penale Web*, 2019, n. 2-bis, pag. 235.

⁶⁷ TRAVERSO-CAMBIERI, Progetto di vita e progettazione educative in dialogo: Essere madre in contesti di detenzione, in *Rivista Formazione, Lavoro, Persona*, 2016, Anno VI, n. 17.

⁶⁸ La Psicologa, Dott.ssa Carla Fregoni, descrive così la stanza dell'affettività: «La stanza dell'affettività è un luogo grande quanto un monolocale, con servizio di pertinenza. È arredata con mobili in legno e comprende un divano, un tavolo per consumare un pasto e/o fare i compiti o un gioco, una piastra per cucinare e un forno per scaldare cibi già preparati. È possibile utilizzare una tv per guardare film di animazione o comunque per ragazzi. È provvista di una piccola biblioteca e sono a disposizione di bambini e genitori giochi e materiale da disegno [...] alcuni genitori si organizzano per dare senso al tempo trascorso insieme ai figli, proponendo lavoretti in pasta di sale, portando disegni da colorare insieme, e cd o dvd da condividere».

relazione genitoriale tra detenuto e figlio. Il progetto è composto da due anime: i colloqui di sostegno, svolti con il genitore detenuto e con il genitore libero (se esistente) finalizzati allo sviluppo e/o al recupero delle risorse genitoriali e alla rimozione dei nodi problematici presenti nei nuclei familiari; e i colloqui genitore-figlio all'interno di un ambiente simile a quello abitativo. I due momenti offrono un percorso di “allenamento” alla relazione e al successivo, imminente, ritorno in famiglia»⁶⁹. All'interno della stanza il controllo visivo è garantito da un sistema di microtelecamere a circuito chiuso, in modo da evitare il controllo di una persona fisicamente presente nella stanza. Questo tipo di sorveglianza consente al detenuto di sentirsi più libero e di abbandonarsi anche a manifestazioni di affetto, solitamente inibite dalla costante percezione degli occhi puntati su di sé del personale di polizia penitenziaria, e gli consente di “sentirsi a casa”, nonostante sia ben conscio del luogo in cui si trova.

In tempi più recenti sono state costruite delle stanze dell'affettività anche nel carcere di Milano Opera: sono composte da un ambiente cucina, tavolo, sedie, divano, televisione e bagno.

Per il progetto pilota del carcere di Opera vengono selezionate sedici famiglie, scelte dagli educatori tra quelle con maggiori difficoltà, che poi presentano la proposta al Direttore dell'istituto. Per le famiglie selezionate è previsto trascorrere un giorno intero all'interno della stanza, in cui è possibile parlare, mangiare, abbracciarsi e baciarsi come se ci si trovasse nella propria casa. Anche in questo caso la sicurezza viene garantita da un sistema di microtelecamere a circuito chiuso, della presenza delle quali gli occupanti devono essere informati e le cui registrazioni vengono osservate dal personale penitenziario a distanza⁷⁰. Data la configurazione delle stanze, la modalità di utilizzo e la continua sorveglianza attraverso le videocamere non consentono lo sviluppo della dimensione sessuale del rapporto intimo.

Nel 2019 anche nel carcere femminile di Rebibbia, su iniziativa dell'architetto e Senatore Renzo Piano, è stata avviata la progettazione di stanze dell'affettività, che prendono il nome di M.A.MA. (Modulo per l'Affettività e la Maternità), con l'obiettivo di agevolare l'incontro tra le madri detenute e i propri figli.

⁶⁹ TRAVERSO-CAMBIERI, *ibidem*.

⁷⁰ MATURO, Stanze dell'amore in carcere: la situazione in Italia e nel mondo, 2018, in www.studiocataldi.it.

Il modulo è stato progettato da un gruppo di giovani architetti (Tommaso Marenaci, Attilio Mazzetto e Martina Passeri) coordinati da Pisana Posocco, docente presso il Dipartimento Architettura e Progetto con la supervisione di Renzo Piano, nell'ambito dell'iniziativa G124⁷¹. La Casa dell'Affettività di Rebibbia è un «prefabbricato in legno di abete di 28 metri quadri posizionato in un'area verde sufficientemente protetta. Il tetto a falde inclinate protegge una piccola loggia dalla quale si accede ad un unico ambiente interno che raccoglie soggiorno, un nucleo di servizio, un angolo cottura e zona pranzo dove le detenute potranno incontrare i propri familiari e condividere con loro un pasto frugale, seduti intorno a un tavolo»⁷². Si tratta di un luogo di incontro tra detenute e famiglie che non sia quello anonimo e sorvegliato dei colloqui tradizionali, ma uno spazio che ricrei la dimensione domestica, che ricostituisca momentaneamente il nucleo familiare e che permetta alle detenute di mantenere un ruolo all'interno di esso, favorendone la riabilitazione e la reintegrazione.

Come si è visto, i tentativi di superare la resistenza del legislatore ci sono stati ma si è trattato di interventi che ancora soffrono la persistenza del tabù sul sesso che sopravvive in Italia.

Sicuramente si è trattato di opere all'avanguardia che hanno apportato un miglioramento al sistema dell'esecuzione penale, soprattutto in tema di genitori detenuti e mantenimento dei rapporti con i figli minori. Tuttavia, questo non basta a risolvere il problema della fruizione generalizzata del diritto all'affettività, perché ogni giorno che passa questo diritto, che dovrebbe essere universale, assume sempre più i connotati di un premio.

⁷¹ Si tratta di un progetto di rammento delle periferie avviato da Renzo Piano dopo la sua nomina a Senatore a vita.

⁷² https://www.archiportale.com/news/2019/12/architettura/a-rebibbia-la-casa-dell-affettivit%C3%A0-di-renzo-piano_73932_3.html .

3.2. Il bilanciamento tra un diritto fondamentale e le contrapposte esigenze di sicurezza all'interno degli istituti di pena

Fino a questo punto della trattazione si è cercato di mettere in evidenza come il diritto alle relazioni affettive debba essere considerato un diritto fondamentale di ogni uomo e, quindi, anche dei soggetti privati della libertà personale. Non si possono tacere delle perplessità che sorgono per la piena esplicazione di questo diritto: bisogna tenere in considerazione che si è pur sempre in carcere, luogo in cui devono essere imposte delle restrizioni e il bisogno di affettività deve essere bilanciato con le esigenze di ordine e sicurezza, soprattutto per prevenire la commissione di reati. La domanda che sorge spontanea è se sia possibile conciliare le esigenze di sicurezza con il diritto all'affettività dei detenuti. Una prima risposta positiva la si può dare guardando al panorama internazionale: infatti, ben 31 Stati su 47 componenti del Consiglio d'Europa autorizzano le visite affettive con il proprio *partner*. In Italia, però, sembra che non si riesca a trovare una soluzione per contemperare le due esigenze; l'attuale assetto normativo, come sappiamo, si risolve in un dispositivo proibizionista nel quale il legislatore non ha voluto trovare uno spazio per allentare il controllo costante durante i contatti con il mondo esterno⁷³. Di fronte a questi due grandi obiettivi istituzionali, quello del bisogno di sicurezza e quello del trattamento penitenziario informato all'umanizzazione e alla rieducazione della pena, è possibile affermare che l'ordinamento contiene una serie di regole aventi quale fine l'autotutela istituzionale piuttosto che la salvaguardia della dignità umana. Naturalmente, così come aveva affermato anche la Corte costituzionale nel 2012, non è pensabile eliminare qualsiasi forma di controllo, poiché la necessità è sempre quella di evitare che i colloqui si trasformino in strumenti di contatto con la criminalità all'esterno; il soggetto, infatti, sapendo di non essere soggetto ad alcun controllo, potrebbe sfruttare il colloquio come un'occasione per mantenere vivi i rapporti con l'ambiente criminale di cui era parte prima della detenzione, usando i familiari per riferire messaggi o per compiere atti idonei a mantenere costante la sua presenza nell'ambiente criminale. Questo problema di sicurezza si interseca con la questione dei soggetti da ammettere

⁷³ OLIVO, *ibidem*.

al colloquio o alla visita privata⁷⁴: in relazione a questo problema non serve fare una differenziazione tra familiari e terze persone, perché il rischio che diventino strumenti di comunicazione di cui il detenuto si serve è lo stesso in entrambi i casi; tuttavia, appare più difficile negare l'accesso a questa forma di colloquio a coloro che sono legati al detenuto da un vincolo affettivo giuridicamente tutelato mentre il legislatore potrebbe decidere di consentire l'incontro con soggetti terzi solo in presenza di un costante controllo, applicando una disciplina differenziata. Sotto il profilo meramente sessuale, si verrebbe a creare una disparità di trattamento tra chi ha un congiunto, un convivente o una relazione stabile e chi è solo, che si vedrebbe negato il diritto all'affettività⁷⁵. Allo stesso tempo, però, non è ipotizzabile allo stato attuale di fare accedere nell'istituto dei soggetti al fine di compiere mere prestazioni sessuali, sia per ragioni di sicurezza interna dell'istituto che per ragioni di ordine legale⁷⁶.

Per quanto riguarda la dimensione sessuale, è necessario affrontare anche un'altra questione di rilevanza costituzionale: infatti, è stato ipotizzato che se mai dovesse essere approvata una riforma introduttiva delle visite intime, consentendo la fruizione di colloqui sottratti al controllo del personale di custodia, si porrebbe il problema di capire lo scopo degli incontri, ossia il loro utilizzo per scopi puramente fisici volti a porre fine all'astinenza forzata oppure come mezzo finalizzato alla procreazione, con tutti i rischi che ne deriverebbero.

Questo perché la questione legata alla riproduzione porterebbe con sé due rischi principali: da un lato la strumentalizzazione della gravidanza per ottenere dei benefici, dall'altro la violazione del diritto alla maternità o alla paternità e la violazione del diritto ad avere una famiglia qualora si decidesse di vietare la procreazione⁷⁷. Inoltre, è stato rilevato che sussisterebbe il problema del controllo a posteriori per verificare l'eventuale violazione di una prescrizione posta in questi termini; se il legislatore dovesse decidere nella regolamentazione di far prevalere la tutela del minore nascituro e impedire un'eventuale gravidanza, l'ordinamento dovrebbe imporre a tutti coloro che accedono al colloquio l'uso di metodi contraccettivi. L'aspetto contraddittorio risiederebbe nel fatto che attualmente l'ordinamento vieta l'utilizzo dei contraccettivi.

⁷⁴ *Infra* § 3.

⁷⁵ OLIVO, *ibidem*.

⁷⁶ Consentire l'ingresso di *sex workers* costituisce una violazione della Legge Merlin, 20 febbraio 1958, n. 75, che vieta l'esercizio della prostituzione in luoghi chiusi, categoria in cui rientra anche il carcere.

⁷⁷ OLIVO, *ibidem*.

È stato ipotizzato che una soluzione potrebbe essere non imporre l'utilizzo del contraccettivo ma, nel caso in cui il rapporto si concludesse con la riproduzione, tale condizione non sarebbe di per sé sufficiente ad ottenere l'accesso a misure alternative o a ulteriori benefici, in modo da disincentivare la procreazione per il solo conseguimento di tale scopo. Inoltre, si è detto che sarebbe difficile anche il controllo *ex post* da effettuare per constatare se sia stato utilizzato o meno il contraccettivo⁷⁸.

Dati questi presupposti, l'unica soluzione possibile per assicurare il rispetto della prescrizione dell'utilizzo del contraccettivo potrebbe essere quella di prevedere il controllo a vista, almeno sporadico, da effettuare nel corso dell'incontro intimo in modo da ingenerare nei soggetti coinvolti il timore di essere scoperti in violazione delle prescrizioni; è stato rilevato che in questo modo, però, verrebbe meno il presupposto necessario al pieno riconoscimento del diritto all'affettività, ovvero la riservatezza del colloquio che rimarrebbe vulnerata⁷⁹.

4. La declinazione del diritto all'affettività per i detenuti LGBTQ+

In tutta la trattazione fino a questo punto, si è cercato di mettere in evidenza come il carcere sia strutturato come una "istituzione totale", un luogo in cui il detenuto entra a far parte di una comunità chiusa, separata dal mondo esterno e con regole diverse.

Si è messo in evidenza anche quale sia la situazione dell'espressione del diritto all'affettività dei detenuti, situazione caratterizzata dalla proibizione di qualsiasi attività sessuale tra detenuti e tra detenuti e *partner* all'esterno. L'attenzione, tuttavia, si è concentrata sulla grande maggioranza della popolazione carceraria, senza considerare la parte della popolazione carceraria che appartiene alla comunità LGBTQ+. L'ambiente carcerario contribuisce alla costruzione di un paradigma fondato sull'ipermascolinizzazione⁸⁰ delle relazioni sociali intramurarie, rendendo particolarmente difficoltoso il periodo di detenzione delle persone omosessuali,

⁷⁸ OLIVO, *ibidem*.

⁷⁹ OLIVO, *ibidem*.

⁸⁰ Si veda, ad es. COHEN, Keeping Men "Men" and Women Down: Sex Segregation, Anti-Essentialism and Masculinity, *Harvard Journal of Law & Gender*, 2010, 33, pp. 509-553; ROBINSON, Masculinity as Prison: Sexual Identity, Race, and Incarceration *California Law Review*, 2010, 99, pp. 1309-1408.

bisessuali, lesbiche, *transgender* e queer, a causa dei numerosi casi di discriminazione e in alcuni casi di violenza che questi soggetti si trovano a subire. Il problema della salvaguardia dell'incolumità fisica e psichica di questa categoria di detenuti si intreccia inevitabilmente con il problema degli spazi che affligge il sistema penitenziario italiano. A seguito della sentenza Torreggiani, durante gli Stati generali sull'esecuzione penale, venne affrontato il tema dei detenuti che non si riconoscono nello schema eteronormativo o binario dell'identità sessuale o di genere e i risultati hanno posto le fondamenta per l'adozione della legge delega 103/2017 e dei successivi decreti legislativi di attuazione della delega. In particolare, il d.lgs. n. 123/2018 apporta una riforma all'art. 1 O.P., estendendo la tutela dell'art. 3 Cost. ai fattori di discriminazione per "sesso, identità di genere e orientamento sessuale". Una trasformazione che oggi si rivela però problematica, perché allarga le dimensioni della differenza, ora anche sessuale, prevedendone la tutela in nome dell'uguaglianza⁸¹. Quando si parla di persone omosessuali e *transgender* in carcere, l'immaginario collettivo richiama al centro il tema della sicurezza: uscire dal tracciato sicuro dell'eterosessualità, dall'espressione convenzionale del proprio genere è un rischio concreto. Significa essere esposti alla prevaricazione e alla violenza virile ma anche a discriminazioni istituzionali⁸². In ottica di tutelare l'incolumità di questa categoria di detenuti, particolare importanza assume la Carta dei diritti e dei doveri dei detenuti e degli internati⁸³, approvata con decreto del Ministro della Giustizia 5 dicembre 2012, in attuazione del d.P.R. 5 giugno 2012, n. 136. L'ordinamento italiano deve anche rispettare le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo, mentre strumenti di *soft law* a livello europeo, come le raccomandazioni del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa⁸⁴ svolgono un'importante funzione di indirizzo delle politiche penitenziarie nazionali. Il problema principale sta, però, nel fatto che sia le fonti interne che quelle sovranazionali propongono una classificazione delle persone private della

⁸¹ ROSSI, I diritti LGBT+: Il carcere alla prova del principio di non discriminazione verso la differenza sessuale e di genere, XVIII rapporto sulle condizioni di detenzione: I diritti LGBT+ in carcere, in <https://www.rapportoantigone.it/diciottesimo-rapporto-sulle-condizioni-di-detenzione/i-diritti-lgbt-in-carcere/>, 2022.

⁸² ROSSI, *ibidem*.

⁸³ Ad esempio, la Carta prevede che il detenuto, all'ingresso dalla libertà, possa "chiedere di non convivere con altri detenuti per motivi di tutela della propria incolumità personale".

⁸⁴ Tra le più importanti, le Regole Penitenziarie Europee (*infra* Cap. 1 § 4).

libertà personale sulla base del sesso anagrafico⁸⁵. La mancata valutazione del genere espresso dal detenuto o del suo aspetto esteriore lede la dignità e il diritto alla riservatezza della persona interessata⁸⁶. Il nuovo art. 11 O.P., al comma 10 prevede che sia assicurata la prosecuzione del programma terapeutico e del sostegno psicologico per i detenuti che abbiano già iniziato un percorso di adeguamento del sesso all'identità di genere⁸⁷. Si tratta sicuramente di un passo in avanti dell'ordinamento penitenziario ma mancano ancora delle disposizioni per l'assegnazione all'interno dell'istituto di pena di questi detenuti, né si tiene conto dei soggetti la cui affermazione dell'identità di genere non sia accompagnata da un percorso trattamentale⁸⁸. Lo stesso si può dire per quanto riguarda l'orientamento sessuale, dal momento che il detenuto non è tenuto a dichiarare il proprio orientamento all'ingresso in carcere perché si tratta di un dato sensibile ma può farlo se teme per la propria incolumità tra la popolazione comune. Al momento le soluzioni adottate dai singoli istituti per l'assegnazione dei detenuti sono due: l'assegnazione del detenuto *trans* sulla base del sesso anagrafico e l'assegnazione presso sezioni c.d. "protette", per quei detenuti che abbiano timore di subire "aggressioni o sopraffazioni da parte dei compagni"⁸⁹. La costituzione delle sezioni protette presenza dei profili di criticità, primo fra tutti il rischio che la protezione si trasformi in isolamento: molto spesso, infatti, i detenuti assegnati a queste sezioni vengono esclusi dalle attività del programma trattamentale, che dovrebbero svolgere con i detenuti comuni; la segregazione continua nell'ora d'aria, giustificata da motivi di sicurezza ma arrecante

⁸⁵ OP, art. 14 comma 5; RPE, Regole 18 e 19, dove la separazione tra detenuti maschi e detenute femmine trova il suo fondamento nell'esigenza di garantire la dignità umana. Le Mandela Rules, riformate nel 2015, affermano invece per la prima volta che al momento dell'ingresso in carcere, il personale deve inserire tra le informazioni rilevanti concernenti la persona detenuta anche quelle che permettano di determinare la specifica identità del detenuto o della detenuta, rispettando il genere con cui egli/ella si auto-identifica (Regola 7(a)). A questa apertura, tuttavia, non fa seguito alcuna regola che disciplini esplicitamente il trattamento e la collocazione delle persone transgender. Al contrario, le Regole successive tornano a fare riferimento alla distinzione tra detenuti uomini e detenute donne.

⁸⁶ LORENZETTI, Carcere e transessualità: la doppia reclusione delle persone transgender, in *GenIUS*, 2017, 1, pagg. 53 – 68.

⁸⁷ Art. 11, co. 10 O.P.: «Ai detenuti e agli internati che, al momento della custodia cautelare in carcere o dell'esecuzione dell'ordine di carcerazione, abbiano in corso un programma terapeutico ai fini di cui alla legge 14 aprile 1982, n. 164, sono assicurati la prosecuzione del programma e il necessario supporto psicologico».

⁸⁸ ZAGO, Declinazioni del principio di dignità umana per i detenuti queer: sessualità e identità di genere nel sistema penitenziario italiano, in "Affettività e carcere: un binomio (im)possibile?", *Giurisprudenza Penale Web*, 2019, n. 2-bis, pag. 248.

⁸⁹ Art. 32, Reg. esec.

sofferenze psicologiche rilevanti⁹⁰. La novella dell'art. 14, co 7 O.P. cerca di rimediare agli effetti discriminatori di questa separazione, chiarendo che chi è a rischio di sopraffazioni in ragione dell'identità sessuale va assegnato a sezioni omogenee, in cui non si ritrovi a dividere gli spazi con autori di reati che abbiano a che fare con la sessualità o generino riprovazione sociale (cd. "sezioni promiscue"). Essa stabilisce inoltre che la distribuzione delle sezioni deve essere uniforme su territorio nazionale, l'assegnazione deve avvenire previo consenso dell'interessato, a cui va garantita la partecipazione ad attività trattamentali insieme alla restante popolazione detenuta⁹¹. Le modifiche apportate dalla riforma sono sostanzialmente riconducibili a due categorie di disposizioni significative per la vita delle persone *queer*. La prima categoria ricomprende norme sulle modalità per assicurare il mantenimento delle relazioni personali e familiari in carcere; queste norme puntano a migliorare le condizioni di tutti i detenuti ma indirettamente favoriscono i detenuti LGBTQ+, poiché il miglioramento delle condizioni di visita contribuisce a mitigare il clima di tensione che fomenta comportamenti omofobici e transfobici⁹². La seconda categoria di norme interessa direttamente il trattamento dei ristretti LGBTQ+, con la previsione del nuovo art. 14 O.P. di raggruppare i detenuti che possano temere aggressioni o violenze in ragione dell'orientamento sessuale o dell'identità di genere, per categorie "omogenee", al fine di evitare la promiscuità all'interno delle sezioni protette e nuove forme di discriminazione, assicurando comunque la partecipazione alle attività trattamentali. Il punto critico di questo raggruppamento per "categorie omogenee" è la possibilità che la protezione dei detenuti giustifichi delle forme di isolamento dei detenuti *queer*, aumentando la stigmatizzazione di queste persone da parte dei detenuti comuni. L'obiettivo che il legislatore e l'amministrazione penitenziaria dovrebbero perseguire è quello della creazione di un ambiente di vita inframuraria più sicuro senza ricorrere all'isolamento; l'obiettivo è far vivere i detenuti *queer* insieme ai detenuti

⁹⁰ ZAGO, *ibidem*.

⁹¹ ROSSI, *ibidem*; si veda sul tema l'ordinanza n. 2407/2018 in cui il Magistrato di Sorveglianza di Spoleto ha dichiarato non più compatibili con l'attuale assetto normativo gli inserimenti di persone che temano discriminazioni per orientamento sessuale o identità di genere all'interno di sezioni protette promiscue. Nel testo si legge inoltre il monito del Magistrato a garantire regolarmente in carcere l'applicazione della legge 76/2016, che ha introdotto l'istituto delle unioni civili: per chi è unito civilmente infatti, la rivelazione dell'omosessualità è la via obbligata per accedere ai colloqui visivi e alla corrispondenza con il partner, ovvero alla tutela di un'affettività altrimenti negata.

⁹² DUNN, Slipping off the equalities agenda? Work with LGBT prisoners, *Prison Service Journal*, 2013, 206, pagg. 3-10.

comuni nella massima sicurezza possibile, in modo che tutti possano godere appieno delle attività del percorso trattamentale.

Dopo aver fatto una panoramica generale sulla condizione dei detenuti LGBTQ+, si cercherà di porre in evidenza alcuni aspetti inerenti al tema dell'affettività.

L'ordinamento penitenziario pone tra gli elementi essenziali del trattamento i legami familiari. La Corte di Cassazione ha anche precisato che «il mantenimento delle relazioni affettive familiari [...] trova la sua principale forma di espressione nei colloqui»⁹³. Il concetto di famiglia ha subito nel corso degli anni una evoluzione sociologica, arrivando a comprendere non solo la famiglia tale in virtù di un legame giuridicamente qualificato ma anche conviventi e coppie di fatto oltre a relazioni affettive valide ma non normativamente rilevanti. Un grande passo in avanti nel riconoscimento dei diritti LGBTQ+ si è avuto nel 2016 con la legge 20 maggio 2016, n. 76 contenente la disciplina sulle unioni civili tra le coppie dello stesso sesso e le convivenze di fatto. La legge 76/2016 prevede l'equiparazione dei diritti del coniuge e del convivente di fatto nei casi previsti dall'ordinamento penitenziario e che tutte le disposizioni in cui compare la parola “coniuge” siano applicate anche alle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso⁹⁴. Il punto più problematico resta sempre il silenzio della normativa italiana in tema di sessualità intramuraria: il sesso va celato, nascosto, omissivo, perché “impronunciabile al di fuori di istituti ritenuti ‘rispettabili’ quali il matrimonio eterosessuale tra persone incensurate”⁹⁵. A livello sovranazionale, la situazione è ben diversa: ricordiamo la posizione favorevole del Consiglio d'Europa all'introduzione di visite sottratte al controllo del personale penitenziario⁹⁶; la apertura della Corte EDU alle visite private, anche al fine di compiere atti sessuali⁹⁷; per finire con il Parlamento europeo che ha invitato il Consiglio dell'Unione europea a continuare le attività in materia di persone detenute, riconoscendo “il diritto dei ristretti ad una vita affettiva e sessuale prevedendo misure

⁹³ Cass. Pen., Sez. I, 18 dicembre 2014, n. 52544.

⁹⁴ ZAGO, *ibidem*.

⁹⁵ Si veda la distinzione tra rapporti “rispettabili” e non, in RUBIN, *Thinking Sex: Notes for a Radical Theory of the Politics of Sexuality*, 1984, in *The Lesbian and Gay Studies Reader*, 2012, Routledge citato da ZAGO, *ibidem*.

⁹⁶ Consiglio d'Europa, Comitato dei Ministri, Raccomandazione n. 1340/1997.

⁹⁷ Corte EDU, 4 dicembre 2007, Dickson c. UK, ric. n. 44362/04, par. 81.

e luoghi appositi”⁹⁸. Non bisogna, inoltre, dimenticare che, seppur “in violazione della legge”, già si consumano dei rapporti sessuali all’interno degli istituti, rapporti non protetti dettati dall’esigenza di ogni essere umano di trovare dell’affetto durante il lungo periodo della detenzione o, nei casi peggiori, dettati dalle logiche di affermazione di potere tra i detenuti, che favoriscono solo disturbi psicologici e la diffusione di malattie.

In conclusione, nonostante i passi in avanti fatti con la riforma del 2018, l’esecuzione della pena detentiva per le persone *queer* si caratterizza ancora per fenomeni di marginalizzazione e violazione dei diritti fondamentali.

Il sistema penitenziario ancora non riconosce il bisogno di affettività della popolazione carceraria e fatica a comprendere le diverse espressioni della sessualità e dell’identità di genere. La condizione vissuta dai detenuti LGBTQ+ si presenta complessivamente contraria al principio di dignità che dovrebbe guidare il trattamento rieducativo, a causa dell’isolamento e delle forme di violenza⁹⁹. La Corte di Strasburgo ha affermato che le autorità statali hanno il dovere di investigare l’esistenza di possibili collegamenti tra un intento discriminatorio e un atto di violenza in conformità dell’art. 3 della CEDU, precisando che un trattamento fondato su un pregiudizio di una maggioranza eterosessuale contro una minoranza omosessuale potrebbe, in linea di principio, costituire una violazione del divieto di tortura o altri trattamenti inumani e degradanti¹⁰⁰. In questa prospettiva, un dialogo aperto in materia di identità di genere e bilanciamento tra libera espressione della propria sessualità e affettività con le esigenze di sicurezza, rappresenta un passaggio essenziale per giungere ad una vera applicazione dei principi fondamentali sanciti dalla Costituzione¹⁰¹.

5. Prospettive *de iure condendo*

Sulla base delle considerazioni fino a questo punto svolte sul diritto all’affettività e sulle sue declinazioni, possiamo sicuramente affermare che la

⁹⁸ Raccomandazione del Parlamento europeo n. 2003/2188/INI, par. 1 c).

⁹⁹ ZAGO, *ibidem*.

¹⁰⁰ Corte EDU, 12 maggio 2015, Identoba e altri c. Georgia, ric. n. 73235/12.

¹⁰¹ ZAGO, *ibidem*.

situazione in Italia è ancora ben lontana dall'essere considerata adeguata e rispondente ai principi costituzionali.

La questione relativa all'affettività necessita di essere rivista, sia dal punto di vista di un ripensamento degli spazi carcerari sia dal punto di vista delle possibili modalità applicative del diritto. Il legislatore italiano, come abbiamo visto, non ha saputo cogliere l'occasione che più volte si è presentata di cambiare la situazione e adeguarla ai tempi¹⁰². A partire dalla sentenza Torreggiani, gli interventi del legislatore per risolvere il problema degli spazi sono stati sporadici e non risolutivi, perché mossi da logiche quasi esclusivamente deflative, mirate ad una riduzione numerica della popolazione carceraria¹⁰³. In realtà, il legislatore ha degradato ad un'esigenza di secondo ordine il ripensamento degli spazi della pena capaci di garantire la piena espressione del diritto all'affettività, attraverso la predisposizione di spazi e strutture idonee al suo effettivo godimento; la natura spesso emergenziale degli interventi posti in essere rende le scelte del legislatore nazionale ancora inidonee a operare efficacemente nella direzione suggerita dal Consiglio d'Europa¹⁰⁴. Quello che sarebbe necessario è un'ampia riforma del sistema penitenziario: una riforma che deve prendere avvio dalle criticità attuative della normativa di settore interpretata secondo i principi espressi dalla giurisprudenza e deve trasformarsi in un motore per un cambiamento politico e culturale nel modo di concepire la sessualità nella dimensione detentiva e le relazioni che si instaurano all'interno delle mura penitenziarie¹⁰⁵. Ovviamente, si tratta di un ripensamento della condizione di vita dei detenuti che sia basato su previsioni legislative ben precise e chiare. Sussiste ancora qualche idea discordante nella dottrina sulla ascrizione degli incontri privati alla categoria dei "premi" o alla categoria "diritto inviolabile". Parte della dottrina¹⁰⁶ ritiene che l'esercizio dell'affettività e della sessualità inframuraria debba essere relegato nella categoria della premialità e la concessione dell'incontro privato rimesso alla discrezionalità del direttore dell'istituto, previa opportuna consultazione e parere favorevole del medico. Allo stesso tempo, tuttavia, riconosce i passi in avanti della criminologia, che ha dimostrato come incontri frequenti e intimi con le persone con le

¹⁰² Cfr. Cap. 2 § 1.

¹⁰³ TALINI, L'affettività ristretta, in *Costituzionalismo.it*, 2015, n. 2.

¹⁰⁴ TALINI, *ibidem*.

¹⁰⁵ TALINI, *ibidem*.

¹⁰⁶ BRUNETTI, Il diritto all'affettività per le persone reclusi, in *www.ristretti.it*, 2008, pagg. 107 e ss.

quali vi è un legame affettivo abbiano un ruolo insostituibile nel percorso di recupero del reo. Consentire l'affettività in carcere permetterebbe di agevolare il reinserimento sociale attraverso la valorizzazione dei legami personali e attenuerebbe la solitudine che accompagna i detenuti durante il periodo di espiazione della pena. Allo stesso tempo sarà necessario anche far fronte alla necessità di bilanciare il diritto evocato con le esigenze di ordine e sicurezza nelle carceri e alla sicurezza pubblica.

Tuttavia, sembra, a parere di chi scrive, che sia da prendere in considerazione maggiormente la voce della dottrina che inquadra il diritto alla sessualità come posizione soggettiva costituzionalmente riconosciuta anche al detenuto, perché coesistente alla persona umana¹⁰⁷. Il diritto all'affettività è un diritto da riconoscersi in sé e per sé e non all'interno della logica premiale, come strumento finalizzato prioritariamente (e forse solo) alla risocializzazione del reo. La relativa previsione legislativa e la relativa disciplina organizzativa dovrebbero prescindere da una valutazione sulla condotta del detenuto che ne farà richiesta. Si potrà parlare di affettività in logica premiale al solo fine di incrementare la fruizione degli incontri privati e non certo per precluderne la concessione, in modo da coniugare al meglio entrambe le valenze della pena: umanità e rieducazione¹⁰⁸. Trattare la sessualità come "premio" vuol dire ammettere che la privazione di questo aspetto della vita al detenuto è parte integrante della pena detentiva, giuridicamente riconosciuta e ammessa dall'ordinamento¹⁰⁹. Considerando la sessualità come elemento del trattamento penitenziario, quello che è un diritto fondamentale della persona subisce un'impropria «curvatura assorbente, paternalistica e potestativa dipendente dalla "graziosa concessione" dell'Autorità»¹¹⁰.

¹⁰⁷ PUGIOTTO, La castrazione di un diritto. La proibizione della sessualità in carcere come problema di legalità costituzionale, in "Affettività e carcere: un binomio (im)possibile?", *Giurisprudenza Penale Web*, 2019, n. 2-bis, pag. 37; condividono tale impostazione anche PULVIRENTI, Diritti del detenuto e libertà sessuale, in *Annali del Seminario giuridico*, Università di Catania, 2001, I, pag. 209; RENOLDI, Il diritto all'affettività delle persone detenute: la parola alla Corte costituzionale, in *Quest. Giust.*, 2012, n. 4, pag. 221; TALINI, Diritto inviolabile o interesse cedevole? Affettività e sessualità dietro le sbarre (secondo la Sentenza n. 301 del 2012), in *Studium Iuris*, 2013, n. 10, pag. 1091.

¹⁰⁸ PUGIOTTO, *ibidem*.

¹⁰⁹ PUGIOTTO, *ibidem*.

¹¹⁰ MAISTO, Afflittività e affettività, in ANASTASIA-CORLEONE-ZEVI (a cura di), *Il corpo e lo spazio della pena. Architettura, urbanistica e politiche penitenziarie*, Roma, 2011, pag. 183.

Per quanto riguarda le soluzioni di merito, queste dovranno necessariamente essere adattate ad ogni singolo istituto penitenziario, sulla base di un'indicazione di fondo sull'essenza dell'istituto.

In un *paper*¹¹¹ allegato alla relazione del Tavolo 14 degli Stati generali sull'esecuzione penale, vengono fornite delle indicazioni metodologiche per l'introduzione del nuovo istituto delle visite intime. Si tratta di un percorso per tappe progressive che permetterà di sperimentare e poi, sulla base dei risultati ottenuti, far operare a pieno regime in tutti gli istituti di pena della penisola il nuovo istituto. Il primo passo è quello di svolgere, attraverso il Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria, un preliminare monitoraggio sullo stato delle strutture penitenziarie, per verificare l'esistenza di locali adatti allo scopo e, eventualmente, valutare la ristrutturazione o la costruzione di nuovi locali¹¹². Il secondo passo è l'emanazione di una legge che preveda il nuovo istituto, da attuare mediante fonte regolamentare. In seguito all'emanazione della norma si dovrà procedere ad un periodo di sperimentazione e successiva analisi dei risultati ottenuti, con eventuale successiva modifica del quadro normativo regolamentare. Infine, si dovrà procedere ad implementare su scala nazionale la novità ordinamentale. Sicuramente punto cardine di una possibile programmazione delle visite intime è la constatazione che il riconoscimento di un diritto all'affettività e alla sessualità dei detenuti impone di ripensare al bilanciamento tra la tutela delle esigenze di difesa sociale e i diritti fondamentali del detenuto: in sostanza, per garantire una soddisfazione almeno parziale del diritto occorre rinunciare al principio della sorveglianza continua sul detenuto durante i colloqui¹¹³.

Non si tratta di un percorso legislativo semplice, soprattutto a causa di prevedibili obiezioni polemiche a cui il legislatore in sede di emanazione della norma e l'Amministrazione Penitenziaria in sede di esecuzione dovranno dare una risposta,

¹¹¹ DELLA BELLA, Riconoscimento del diritto all'affettività delle persone detenute: uno sguardo all'esperienza francese, Allegato 3 alla Relazione del Tavolo 14- Stati Generali sull'Esecuzione Penale, 2016, in https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_2_19_1_14.page?previousPage=mg_2_19_1.

¹¹² Non si può non considerare che degli spazi destinati allo svolgimento di visite private sono stati costruiti all'interno degli istituti di Roma-Rebibbia e Milano-Opera. Si potrebbe pensare di incrementarne l'utilizzo anche al fine di eseguire un primo periodo di sperimentazione, per poi valutare la costruzione di ulteriori strutture, anche di maggiori dimensioni, che riproducano una vera e propria casa, con una cucina, un bagno, una camera da letto in cui trascorrere dei momenti di intimità con il proprio *partner*. Al momento, infatti, si tratta di strutture monolocali fornite di cucina, tavolo, divano e bagno, evidentemente pensate per consentire lo svolgimento dei colloqui in un ambiente più riservato ma non sicuramente per la consumazione di rapporti sessuali.

¹¹³ DELLA BELLA, *ibidem*.

per cercare di arginare quelle che possono essere le perplessità e i dubbi legittimi della società civile, frutto di un dibattito pubblico disinformato e populista. Alcuni argomenti rivelano un “mal celato retroterra sessuofobico”¹¹⁴: si fa riferimento all’obiezione secondo cui si degraderebbe il detenuto da essere morale-razionale a uomo-animale, perché incapace di contenere le proprie pulsioni; i sostenitori di questo pensiero negano anche che l’obbligo di astinenza sessuale, forzata e prolungata, rappresenti davvero una “mutilazione funzionale”¹¹⁵. Tutto ciò affinché la pena conservi quel carattere di austerità e moralità, come era ai tempi del regime fascista.

L’obiettivo del legislatore del XXI secolo è quello di promuovere l’idea che il carcere non può più essere inteso come un luogo di annullamento di diritti ed emozioni e quello di costruire una soluzione ordinamentale che eviti la sovrapposizione automatica tra affettività e sessualità, riconoscendo in quest’ultima una scelta possibile per il detenuto e non un obbligo.

In definitiva, la soluzione negazionista del legislatore italiano è ormai insostenibile. Infatti, non soltanto si tratta di una soluzione in contrasto con i principi della Convenzione europea dei diritti dell’uomo e della Costituzione italiana ma è anche una soluzione che ci disallinea dalla maggioranza dei paesi europei, in cui l’affettività e la sessualità all’interno del carcere sono pacificamente riconosciute sia come espressione di un diritto fondamentale della persona ma anche come utile strumento di prevenzione speciale, essendo funzionali alla conservazione dei legami familiari e affettivi del detenuto e garantendo un più facile reinserimento nella società al termine dell’esecuzione della pena¹¹⁶.

¹¹⁴ PUGIOTTO, *ibidem*.

¹¹⁵ Si deve anche considerare che il Comitato nazionale per la bioetica ha affermato che il soddisfacimento dei bisogni relazionali dell’individuo è un elemento essenziale del diritto alla salute e che, per questo motivo, dovrebbe essere garantita «la possibilità di godere di intimità negli incontri tra detenuti e coniugi/partner, in modo da salvaguardare l’esercizio della affettività e della sessualità. In tal modo si sostanzia il principio etico della centralità della persona, anche in condizioni di privazione della libertà» (Cfr. il rapporto “La salute dentro le mura”, 27 settembre 2013).

¹¹⁶ DELLA BELLA, *ibidem*.

CAPITOLO III

IL DIRITTO ALL’AFFETTIVITÀ OLTRE I CONFINI NAZIONALI

1. Profili comparatistici: uno sguardo alla situazione europea ed extra-europea

Dopo aver esaminato la situazione italiana, non si può evitare un confronto tra la disciplina interna e la disciplina di paesi esteri europei ed extra-europei.

Già dagli anni '80, forti furono le pressioni sovranazionali affinché gli Stati appartenenti alla comunità emanassero delle norme a tutela della sfera affettiva dei detenuti; molti stati da allora hanno provveduto a adottare discipline in tal senso¹. All'interno del continente europeo, tra gli Stati membri del Consiglio d'Europa, ben 31 Stati su 47 prevedono una normativa nazionale a tutela del diritto all'affettività delle persone detenute in ogni sua forma. Le modalità applicative delle visite nei diversi Stati non sono uguali: si va dalla semplice concessione di colloqui prolungati e senza sorveglianza a delle soluzioni più complesse, in cui l'esplicazione del diritto passa attraverso la predisposizione di apposite strutture².

Al netto delle esperienze di Stati europei, e non, e dei benefici che ne sono derivati in punto di rieducazione del condannato, sempre in concorso con gli altri elementi del trattamento, la realtà dello Stato italiano non sembra tutt'ora essersi conformata a tali principi in tema di affettività inframuraria³.

Come già più volte messo in luce nel corso della trattazione, l'implementazione degli istituti a tutela del diritto all'affettività sono fondamentali per mantenere, migliorare o ricostruire i rapporti familiari e affettivi durante la detenzione; inoltre, considerando che molti Stati esteri sono riusciti a prevedere delle regolamentazioni e delle modalità

¹ SALERNO, Affettività e sessualità nell'esecuzione penale: diritti fondamentali dei detenuti? L'atteggiamento Italiano su una questione controversa., in *Giurisprudenza Penale Web*, 2017, 1, pag. 10.

² TALINI, L'affettività ristretta, in *Costituzionalismo.it*, 2015, n. 2.

³ TALINI, in L'affettività ristretta, in *Costituzionalismo.it*, 2015, n. 2, parla di “*irragionevolezza della scelta negazionista del legislatore italiano*”.

attuative per fare fronte a tutte le esigenze di sicurezza connesse all'introduzione di visite sottratte al controllo costante del personale penitenziario, parte della dottrina ritiene che la ritrosia del legislatore italiano si fondi su ragioni culturali piuttosto che su ragioni pratiche, economiche o organizzative⁴.

Si procederà ora ad una panoramica generale degli Stati europei, e non, che prevedono nella legislazione delle norme per l'esercizio del diritto all'affettività, per poi approfondire gli ordinamenti sui quali si sono concentrate maggiormente le ricerche dottrinali.

Partendo dal continente europeo, in diversi paesi del nord Europa, come Olanda, Danimarca e Norvegia⁵, la normativa garantisce la più ampia riservatezza dell'incontro, mettendo a disposizione di tutti i detenuti, a prescindere dalla posizione giuridica, strutture con camere da letto, servizi e cucina; l'intento è quello di ricreare una condizione quanto più possibile tendente alla normalità della vita relazionale⁶.

In Croazia sono consentiti incontri non sorvegliati della durata di quattro ore con il partner o con il coniuge⁷.

In Germania alcuni *Lander* hanno allestito degli appartamenti in cui i detenuti con pene lunghe possono incontrare la famiglia; tuttavia, nel 2010, a seguito di un omicidio verificatosi durante il colloquio, lo Stato ha rimesso in discussione sia il mantenimento degli incontri non sorvegliati sia le modalità di sorveglianza da parte del personale penitenziario⁸.

⁴ BELLONI, L'Eros incatenato: studio sul problema sessuale penitenziario, Fratelli Bocca, Milano, 1939.

⁵ In particolare, in Norvegia, nella *Halden Prison*, i detenuti possono ricevere famiglie, partner o amici privatamente, due volte a settimana, per due ore. Sono allestite strutture diverse a seconda che a fare visita sia una sola persona o tutta la famiglia. I detenuti vengono controllati al termine della visita e, se vengono trovati in possesso di oggetti illegali, possono perdere il diritto alle visite private. Il diritto è negato anche laddove vi siano visitatori ad alto rischio o con storie di reati correlati alla droga. Nell'istituto è anche presente uno *chalet* per visite familiari della durata di 24 ore, delle quali i detenuti possono usufruire solo dopo aver completato un programma di rieducazione familiare per l'educazione dei bambini. Durante le visite il personale penitenziario controlla regolarmente i detenuti e le loro famiglie. (Fonte: LIBIANCHI, Argomenti di prevenzione ed igiene pubblica in carcere: la questione della sessualità, della riduzione del danno e delle c.d. "love rooms", in "Affettività e carcere: un binomio (im)possibile?", Giurisprudenza Penale Web, 2019, n. 2-bis, pag. 316).

⁶ TALINI, *ibidem*.

⁷ LIBIANCHI, Argomenti di prevenzione ed igiene pubblica in carcere: la questione della sessualità, della riduzione del danno e delle c.d. "love rooms", in "Affettività e carcere: un binomio (im)possibile?", Giurisprudenza Penale Web, 2019, n. 2-bis, pag. 316.

⁸ LIBIANCHI, *ibidem*.

In Finlandia sono ammessi ai colloqui privati solo i detenuti che non possono usufruire dei permessi; in Austria sono previsti incontri di almeno 14 ore; in Albania sono previste visite non sorvegliate solo per i detenuti coniugati⁹.

Volgendo lo sguardo al di fuori del continente europeo, si registrano diverse esperienze volte ad un pieno riconoscimento del diritto all'affettività inframuraria. Oltre che in Paesi democratici occidentali come Stati Uniti e Canada, di cui si parlerà in seguito, si registrano aperture verso forme di colloquio private anche in Venezuela, dove le donne del carcere femminile di Caracas possono incontrare il marito o il fidanzato ogni 15 o 30 giorni. In Brasile, nonostante le dure condizioni di detenzione¹⁰, tutti i detenuti hanno diritto ad un incontro affettivo di un'ora a settimana, con chi si vuole e senza limitazioni¹¹. In Costa Rica, una sentenza della Corte costituzionale del 2015 ha ordinato di provvedere all'organizzazione degli incontri coniugali. Nelle Filippine è stato avviato un esperimento più di un secolo fa che supera le semplici visite familiari ma permette ai detenuti di vivere con le proprie famiglie in case che fanno parte dell'istituto penitenziario: si tratta della *Hwahig Penal Colony* con l'annessa *Penal Farm*, una delle più grandi carceri all'aperto del mondo; la prigione è circondata da una recinzione metallica al posto dei muri di cemento e una sola guardia all'ingresso accoglie turisti e parenti dei detenuti senza ispezionarli¹².

Un ultimo accenno si può fare ad alcuni paesi del Medio Oriente, non sempre noti per il rispetto dei diritti umani e di condizioni di detenzioni rispettose della dignità umana: in Arabia Saudita, Qatar, Turchia e Iran è previsto, infatti, che i detenuti possano avere una visita coniugale al mese per ogni moglie¹³. Inoltre, è rilevante constatare che in molti Stati le visite private sono concesse anche a persone non sposate e alle coppie dello stesso sesso.

In definitiva, la tendenza di molti ordinamenti penitenziari europei ed extraeuropei è nel senso di includere l'affettività in tutte le sue forme nel catalogo dei diritti che spettano al detenuto, nonostante la privazione della libertà personale¹⁴.

⁹ LIBIANCHI, *ibidem*.

¹⁰ SALERNO, *ibidem*.

¹¹ LIBIANCHI, *ibidem*.

¹² LIBIANCHI, *ibidem*.

¹³ LIBIANCHI, *ibidem*.

¹⁴ SALERNO, *ibidem*.

Questo ampio riconoscimento del diritto all'affettività è segno di una diffusa convinzione che solo attraverso la sua garanzia possa essere tutelata la sfera più intima della dignità di ogni individuo, favorendo il mantenimento dell'integrità sia del nucleo familiare sia della sfera psicofisica del detenuto, sempre in vista di un suo positivo reinserimento sociale¹⁵.

2. Il modello francese: un'esperienza virtuosa da prendere come modello

Una delle soluzioni migliori in tema di riconoscimento del diritto all'affettività è stata adottata dall'ordinamento francese.

La spinta alla creazione di spazi in cui i detenuti potessero godere di maggiore riservatezza nei colloqui con i parenti risale ai primi anni '80, quando alcuni ex detenuti si fecero portatori dell'istanza¹⁶. Nel 1995 la stessa Amministrazione penitenziaria redasse una relazione in cui esprimeva il proprio favore alla creazione di spazi privati per le visite dei detenuti¹⁷. La proposta fu accettata dal Ministro della Giustizia nel 1997 ma la creazione delle *Unitès de Vie Familiale* fu completata solo nel 2003¹⁸.

L'istituto delle visite familiari è stato introdotto, di fatto, nell'ordinamento francese nel 2003, in via sperimentale, ed è stato poi istituzionalizzato nel 2009 per i buoni risultati prodotti¹⁹. L'istituto è disciplinato dagli articoli 35 e 36 della *Loi* 2009-1436 del 24 novembre 2009 *pènitentiaire*²⁰ e si affianca all'istituto dei permessi, per

¹⁵ TALINI, *ibidem*.

¹⁶ CRÉTENOT, Dalle prassi nazionali alle linee guida europee: iniziative interessanti nella gestione penitenziaria, in *European Prison Observatory. Detention conditions in the European Union*, Antigone Edizioni, 2013, pag. 19, <http://www.osservatorioantigone.it/upload2/uploads/docs/Reportepo.pdf>.

¹⁷ CRÉTENOT, *ibidem*.

¹⁸ CRÉTENOT, *ibidem*.

¹⁹ DELLA BELLA, Riconoscimento del diritto all'affettività delle persone detenute: uno sguardo all'esperienza francese, Allegato 3 alla Relazione del Tavolo 14- Stati Generali sull'Esecuzione Penale, 2016, in https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_2_19_1_14.page?previousPage=mg_2_19_1.

²⁰ Art. 35, *Loi* 2009-1436: «Il diritto dei detenuti di mantenere i rapporti con i propri familiari si esercita attraverso le visite dei familiari o, nel caso di persone condannate e se la loro situazione penale lo consente, attraverso permessi dal carcere. I detenuti in custodia cautelare possono essere visitati da familiari o altre persone almeno tre volte alla settimana, mentre i detenuti condannati almeno una volta alla settimana.

L'autorità amministrativa può rifiutare il rilascio di un permesso di visita ai familiari di una persona condannata, o sospendere o revocare tale permesso, solo per motivi legati al mantenimento dell'ordine e della sicurezza o alla prevenzione della criminalità.

garantire ai detenuti il diritto a mantenere legami familiari ed affettivi durante l'esecuzione della pena²¹. Lo scopo dell'istituto è quello di garantire uno spazio riservato e per un tempo adeguato in cui consentire al detenuto di trascorrere del tempo in compagnia del partner o con altri membri della famiglia senza il costante controllo del personale penitenziario; lo scopo è anche quello di responsabilizzare il detenuto in vista di un suo ritorno in società dopo l'espiazione della pena²².

Per lo svolgimento delle visite la legge prevede due tipologie di strutture: le *Unitès de Vie Familiale* e le *Parloirs familiaux*.

Le *Unitès de Vie Familiale* sono degli appartamenti situati all'interno del terreno dell'istituto penitenziario ma separati dagli spazi di detenzione, in cui il detenuto può ricevere la visita del partner o dell'intera famiglia per una durata di tempo dalle sei alle settantadue ore²³, con costi a carico delle famiglie²⁴. Non è prevista la sorveglianza della Polizia penitenziaria, che, tuttavia, può effettuare dei controlli sporadici al fine di accertare la presenza del detenuto all'interno della casa; il personale può anche intervenire in seguito ad una richiesta di aiuto²⁵.

Le *Parloirs familiaux* sono delle stanze di circa 12 o 15 metri quadri, predisposte negli istituti in cui non ci siano spazi per costruire le *Unitès de Vie Familiale*; nelle *Parloirs* la visita può avere una durata massima di sei ore²⁶.

Per quanto concerne i requisiti soggettivi, possono fruire delle visite familiari tutti i detenuti, a prescindere dalla situazione giuridica: nel caso degli imputati la decisione

L'autorità amministrativa può anche, per gli stessi motivi o se risulta che le visite sono un ostacolo alla riabilitazione del condannato, rifiutare di rilasciare un permesso di visita a persone diverse dai familiari, sospendere o revocare il permesso.

I permessi di visita per i detenuti non processati sono rilasciati dall'autorità giudiziaria.

La decisione di rifiutare il rilascio di un permesso di visita deve essere motivata.»;

Art. 36, *Loi* 2009-1436: «Le unità di vita familiare o le sale di visita per le famiglie all'interno delle carceri possono ospitare qualsiasi persona detenuta.

A ogni detenuto può essere concessa, su sua richiesta, almeno una visita trimestrale a un'unità di vita familiare o a una sala visite familiare, la cui durata è determinata tenendo conto della lontananza del visitatore. Per i detenuti in custodia cautelare, tale diritto sarà esercitato previo accordo con l'autorità giudiziaria competente».

²¹ DELLA BELLA, *ibidem*.

²² DELLA BELLA, *ibidem*.

²³ CRÉTENOT, *ibidem*: La durata della visita è fissata dal direttore del carcere a seconda delle esigenze dei detenuti e della possibilità del carcere. Generalmente si applica un principio progressivo: le prime visite nelle *Unitès* spesso durano 6 ore, le successive 24 ore e poi 48 ore. Possono alla fine arrivare a durare 72 ore, ma solo una volta all'anno.

²⁴ LIBIANCHI, *ibidem*.

²⁵ LIBIANCHI, *ibidem*.

²⁶ DELLA BELLA, *ibidem*.

è rimessa all'autorità giudiziaria procedente, nel caso dei detenuti la decisione è dell'Amministrazione penitenziaria²⁷. Possono essere ammessi alle visite i familiari e i congiunti che, in base alla legge penitenziaria, hanno diritto al colloquio con i detenuti; una circolare del 2014 dell'amministrazione penitenziaria specifica che si considerano 'familiari' a questo fine ascendenti, discendenti, fratelli e sorelle, coniugi, coppie di fatto e conviventi, purché si provi che la convivenza era in corso già prima della detenzione²⁸.

Per accedere alle visite nelle *Unitès de Vie Familiale* o nelle *Parloirs*, due richieste devono essere indirizzate al direttore del carcere: la prima da parte del detenuto, l'altra dai parenti²⁹. I minori possono accedere a tali servizi soltanto con un adulto, che non può essere il detenuto, e devono presentare un'autorizzazione firmata da chi ha la potestà genitoriale; il numero di persone che può far visita al detenuto contemporaneamente varia da carcere a carcere, ma in genere oscilla tra tre e quattro³⁰. Nella circolare, inoltre, si precisa che, nonostante non sia obbligatorio, è fortemente consigliato che le visite familiari siano precedute dai colloqui tradizionali, che fungono da strumento di preparazione sia per il detenuto sia per i visitatori³¹.

Per quanto riguarda la frequenza delle visite, l'art. 36 della *Loi 2009-1436* prevede che il detenuto possa usufruire di una visita ogni tre mesi; tuttavia, la circolare del 2014 prevede che la mancanza di strutture per lo svolgimento delle visite possa costituire motivo di legittimo rifiuto della richiesta e che, laddove sia necessario fare una scelta, la precedenza debba essere data a quei detenuti che non possono beneficiare dei permessi premio a causa del regime penitenziario a cui sono sottoposti³².

²⁷ DELLA BELLA, *ibidem*.

²⁸ *Note du 4 decembre 2014*, relativa alle modalità di accesso e di funzionamento delle *Unitès de Vie Familiale* e delle *Parloirs familiaux*, testo disponibile in http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/JUSK1440060N.pdf.

²⁹ CRÉTENOT, *ibidem*.

³⁰ CRÉTENOT, *ibidem*.

³¹ *Note du 4 decembre 2014*, relativa alle modalità di accesso e di funzionamento delle *Unitès de Vie Familiale* e delle *Parloirs familiaux*, testo disponibile in http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/JUSK1440060N.pdf.

³² DELLA BELLA, *ibidem*.

Per quanto riguarda il numero di strutture attive sul territorio francese, si registra un incremento del numero delle strutture da quando l'istituto è stato introdotto nell'ordinamento.

Secondo i dati del Ministero della Giustizia francese, al 2019 risultavano attive 170 *Unitès de Vie Familiale* in 52 stabilimenti penitenziari e 124 *Parloirs familiaux* in 33 istituti, 27 dei quali sono dotati anche delle *Unitès de Vie Familiale*³³.

Si auspica, ovviamente, che tutti gli istituti di pena adottino dei provvedimenti per mettere a pieno regime le disposizioni in tema di incontri con la famiglia: alcuni studi hanno dimostrato che tali misure consentono ai detenuti di rinsaldare i rapporti con i figli e il partner che avevano smesso di andare in visita e soprattutto provocano un allentamento delle tensioni all'interno degli istituti, favorendo un approccio diverso anche tra i detenuti e il personale penitenziario³⁴.

3. Il modello spagnolo: la sfera affettiva dei detenuti nelle carceri spagnole

In seguito alla caduta del regime franchista, con l'approvazione della nuova Costituzione nel 1978, l'obiettivo del sistema carcerario spagnolo diventa quello di garantire sì l'esecuzione delle pene ma allo stesso tempo garantire l'integrità dei detenuti³⁵.

L'obiettivo della pena detentiva è quello di preparare il condannato alla vita libera, attraverso la riabilitazione³⁶. Uno degli elementi del percorso rieducativo previsti dalla legge penitenziaria spagnola è il contatto con il mondo esterno, in particolare con

³³ Dati diffusi dal Ministero della Giustizia francese, reperibili al sito web: <http://www.justice.gouv.fr/prison-et-reinsertion-10036/la-vie-en-detention-10039/le-maintien-des-liens-familiaux-12006.html>.

³⁴ CRÉTENOT, *ibidem*.

³⁵ PALMISANO, Spagna. Cenni sul Sistema Penitenziario, in Dipartimento Amministrazione Penitenziaria-Ufficio del Capo del Dipartimento. Ufficio Studi Ricerche Legislazione e Rapporti Internazionali, in https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_12_1.wp?facetNode_1=0_0&facetNode_3=0_0_6&facetNode_2=4_49&previousPage=mg_1_12&contentId=SPS1189042.

³⁶ Art. 25, co. 2 Costituzione Spagnola: «Le pene limitative della libertà e le misure di sicurezza dovranno tendere alla rieducazione e al reinserimento sociale e non potranno consistere in lavori forzati. Il condannato a pena detentiva che stia scontando la medesima godrà dei diritti fondamentali previsti in questo capitolo, eccezion fatta di quelli che siano espressamente limitati dal contenuto della sentenza di condanna, dalla finalità della pena e della legge penitenziaria. In ogni caso avrà diritto ad un lavoro remunerato e alle connesse prestazioni di sicurezza sociale così come all'accesso agli strumenti culturali e allo sviluppo completo della sua personalità».

familiari e persone care, per evitare la disgregazione di questi legami³⁷. Le modalità dei contatti con l'esterno sono divisibili in due categorie: la comunicazione e i permessi. Possono usufruire dei permessi i detenuti classificati al secondo e al terzo livello di trattamento, dopo aver scontato almeno un quarto della pena³⁸. Per quanto concerne questa trattazione, di maggior interesse sono le previsioni sulle comunicazioni in carcere, che si articolano nella forma epistolare, telefonica e personale in strutture all'interno del carcere; la comunicazione personale può avvenire attraverso colloqui con mezzi divisorii e visite familiari (c.d. Vis a Vis)³⁹. La legge autorizza due visite al mese di durata non superiore a tre ore e non inferiore ad una: ogni detenuto ha diritto ad un Vis a Vis familiare con parenti ed amici ed un Vis a Vis privato con il coniuge o il partner⁴⁰. L'accesso alle visite non costituisce un premio ma un diritto dei detenuti: non sono quindi richiesti requisiti di ammissione, salvo eventuali esclusioni, in caso di sanzioni molto gravi, per ordine del Direttore del carcere⁴¹. Non possono, però, accedere all'istituto i detenuti che sono ammessi ai permessi all'esterno⁴². Gli incontri si svolgono in apposite strutture all'interno dell'istituto penitenziario, arredate in modo da ricreare un ambiente quanto più simile possibile a quello domestico; per garantire la maggiore riservatezza possibile, non è prevista sorveglianza, se non quella esterna, ma le stanze sono dotate di un campanello di emergenza⁴³. Per questioni legate alla sicurezza, i visitatori non possono portare all'interno dell'istituto borse o pacchi, per evitare l'ingresso di oggetti non ammessi⁴⁴. La legge consente agli agenti di polizia penitenziaria di effettuare delle perquisizioni personali sui visitatori, anche se una Sentenza del *Tribunal constitucional*⁴⁵ ha stabilito che ciò è possibile solo previa adeguata motivazione, che ponderi tutti gli interessi in

³⁷ VAZQUEZ, *Afectividad y cárcel: un binomio (casi) posible en la experiencia española*, in "Affettività e carcere: un binomio (im)possibile?", *Giurisprudenza Penale*, 2019, f. 2-bis

³⁸ PALMISANO, *ibidem*.

³⁹ PALMISANO, *ibidem*.

⁴⁰ GADALETA- LUPO- IRIANNI (a cura di), *Le dimensioni dell'affettività*, in *Le Dispense dell'Istituto Superiore di studi penitenziari*, 2013, n. 3.

⁴¹ GADALETA- LUPO- IRIANNI (a cura di), *ibidem*.

⁴² VAZQUEZ, *ibidem*.

⁴³ TOCCO (a cura di), *Visita di studio a Barcellona e Madrid*, Allegato 6 alla Relazione del Tavolo 6- Stati Generali sull'Esecuzione Penale, 2016, in https://www.giustizia.it/cmsresources/cms/documents/sgep_tavolo6_allegato6.pdf.

⁴⁴ VAZQUEZ, *ibidem*.

⁴⁵ Tribunal constitucional, Sentencia 28 de febrero 1994, n. 57, in https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/en/Resolucion/Show/2574#complete_resolucion.

gioco, in modo che si ricorra a questa misura così invasiva solo in caso di concreto pericolo di violazione delle leggi penitenziarie⁴⁶.

Per una visione più ampia della normativa a tutela della sfera affettiva dei detenuti spagnoli, merita un accenno la *Unidad de Madres Jaime Garralda* di Madrid. La struttura è pensata per ospitare detenute madri con figli, che possono vivere con loro fino al compimento del terzo anno di età⁴⁷. Si tratta di detenute nella condizione di semilibertà, corrispondente al regime di terzo grado dell'ordinamento penitenziario spagnolo, che consente loro di trascorrere la giornata fuori dal carcere per lavoro o per frequentare corsi di formazione o la scuola⁴⁸. Le detenute rientrano in istituto al termine dei loro impegni; l'alloggio notturno consiste in un appartamento con angolo cottura che viene chiuso dall'esterno per la notte⁴⁹. Il tempo libero viene trascorso con i bambini all'aperto o in luoghi dedicati con l'aiuto di volontari⁵⁰. Il personale di custodia è privo di uniforme, per far percepire il meno possibile al minore che si tratta di un istituto penitenziario⁵¹.

Queste misure sono fondamentali in un ordinamento che mira ad avere un carcere umano e che tenda alla rieducazione del condannato⁵².

Il mantenimento dei rapporti affettivi con il mondo esterno riduce gli effetti desocializzanti del carcere e aiuta il detenuto a prepararsi al rientro in società, una volta scontata la pena⁵³. I risvolti positivi dell'introduzione di visite private sono dimostrati dalle testimonianze di diversi detenuti, che accedono all'istituto da molti anni⁵⁴. La maggior parte dei detenuti, sia uomini che donne, hanno affermato che la previsione delle visite familiari è un modo più dignitoso per lo svolgimento degli incontri con le

⁴⁶ VAZQUEZ, *ibidem*.

⁴⁷ TOCCO, *ibidem*.

⁴⁸ TOCCO, *ibidem*.

⁴⁹ TOCCO, *ibidem*.

⁵⁰ TOCCO, *ibidem*.

⁵¹ TOCCO, *ibidem*.

⁵² Sul punto concorda anche la Audiencia Nacional, che in una ordinanza del 28 luglio 2016 afferma che «le comunicazioni con le persone esterne, familiari e amici, hanno lo scopo di consentire il mantenimento dei legami sociali e di limitare gli effetti dell'isolamento che le pene detentive comportano. Hanno anche lo scopo di preparare la futura vita sociale del condannato, una volta estinta la pena. In particolare, la comunicazione con i parenti più stretti consente di mantenere legami familiari di affetto, solidarietà e sostegno reciproco, alleviando in qualche modo l'isolamento e la solitudine del detenuto e di neutralizzare il più possibile le conseguenze indesiderate della detenzione».

⁵³ VAZQUEZ, *ibidem*.

⁵⁴ FERNANDEZ, *Las relaciones del interno con el mundo exterior y su importancia para la reeducación y reinserción social*, in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 17 luglio 2015.

famiglie, in sostituzione dei colloqui ordinari che si svolgono ancora con il vetro divisorio e con il controllo costante del personale penitenziario⁵⁵. Infatti, la presenza del divisorio e la sorveglianza non consentono alcun contatto fisico, che sia tenersi la mano, un abbraccio, un bacio, non apportando alcuna utilità per il mantenimento e il miglioramento dei legami familiari e affettivi, aumentando la sensazione di disagio del detenuto e dei suoi visitatori⁵⁶.

4. La c.d. *Silva* del Canton Ticino

La regolamentazione della Svizzera, in tema di diritto all'affettività per i detenuti, si presenta come una delle più longeve ed evolute d'Europa. Infatti, in Svizzera le visite senza il controllo visivo del personale penitenziario sono state introdotte già all'inizio degli anni '80, si configurano come benefici penitenziari e sono organizzate in modo da garantire la massima privacy del detenuto e dei suoi visitatori⁵⁷. Prima di passare ad illustrare le caratteristiche e le modalità di utilizzo della c.d. *Silva*, conviene dare conto di qualche indicazione sulle modalità di emanazione della legislazione penale elvetica. Infatti, in materia di politica penitenziaria, ognuno dei ventisei cantoni della Confederazione Elvetica gode di autonomia funzionale nell'emanazione della normativa penitenziaria, con il solo limite del rispetto della Costituzione Federale Svizzera. In particolare, nel Canton Ticino, tutte le scelte in materia di diritto all'affettività nell'ambito del Regolamento Cantonale penitenziario sono ispirate dalla concezione che la pena detentiva deve configurarsi in modo che la persona reclusa viva in una condizione il più possibile vicina alla normalità, come prescritto anche dagli articoli 75⁵⁸ e 84⁵⁹ del Codice Penale

⁵⁵ FERNANDEZ, *ibidem*.

⁵⁶ FERNANDEZ, *ibidem*.

⁵⁷ TALINI, *ibidem*.

⁵⁸ Art 75, comma 1. Esecuzione delle pene detentive. Principi. - Codice Penale Svizzero: «L'esecuzione della pena deve promuovere il comportamento sociale del detenuto, in particolare la sua capacità di vivere esente dalla pena. Essa deve corrispondere per quanto possibile alle condizioni generali di vita, garantire assistenza al detenuto, ovviare alle conseguenze nocive della privazione della libertà e tenere conto adeguatamente della protezione della collettività, del personale incaricato dell'esecuzione e degli altri detenuti».

⁵⁹ Art 84. Relazioni con il mondo esterno. Codice Penale Svizzero: «1. Il detenuto ha il diritto di ricevere visite e di mantenere contatti con persone all'esterno del penitenziario. Dev'essergli agevolato il contatto con persone a lui vicine. 2 Tali contatti possono essere sottoposti a controllo e per salvaguardare la disciplina e la sicurezza nel penitenziario, essere limitati o vietati. Le visite non possono essere sorvegliate all'insaputa degli interessati. [...]».

Svizzero⁶⁰. Quindi, la Confederazione traccia una normativa generale a livello federale e stipula accordi intercantionali, accordando poi ampia discrezionalità ai Direttori degli istituti di pena nel predisporre principi di politica penitenziaria adatti alla realtà locale e alle esigenze del Cantone.

Entrando nello specifico della realtà del Canton Ticino, il Regolamento delle Strutture Carcerarie del Canton Ticino prevede diverse modalità attraverso le quali i detenuti possono esercitare il diritto all'affettività.

Si tratta delle classiche modalità delle lettere, delle telefonate, delle videoconferenze a cui si aggiunge un articolato sistema di colloqui. Infatti, sono previste diverse forme di colloquio di cui i detenuti possono usufruire: la visita con pranzo (c.d. colloquio gastronomico⁶¹), l'incontro interno e la visita con i propri figli (c.d. incontro Pollicino); gli incontri interni e gli incontri Pollicino si svolgono all'interno di una struttura chiamata *Silva*⁶². A questi colloqui interni possono accedere solo i detenuti che non possono usufruire dei congedi esterni, a prescindere dal reato per cui sono stati condannati.

La *Silva*⁶³ è uno chalet in legno, separato dal penitenziario, ai margini del bosco che circonda il carcere; è composto da un soggiorno, una cucina, una camera da letto e un bagno⁶⁴.

Sono ammessi ai congedi interni i detenuti condannati o in esecuzione anticipata della pena collocati presso il Carcere Penale della Stampa; i detenuti devono aver trascorso, alla data in cui s'inoltra la domanda, almeno diciotto mesi d'ininterrotta privazione della libertà in Svizzera, dei quali gli ultimi tre presso le Strutture Carcerarie del Canton Ticino; devono aver tenuto un comportamento esemplare negli ultimi tre mesi in tutti i settori della vita carceraria e sono automaticamente esclusi coloro che sono incorsi in sanzioni disciplinari; non devono aver beneficiato di congedi esterni nei due mesi precedenti, né averne diritto nei due successivi⁶⁵. I visitatori esterni possono

⁶⁰ LA VILLA, *Diritto all'affettività e alla sessualità: la realtà detentiva del Canton Ticino tra prassi e norme*, in *La dimensione dell'affettività in carcere. Uno studio su sessualità, genitorialità e possibilità di procreazione nel sistema penitenziario*, Quaderni ISSP, Istituto Superiore di Studi Penitenziari, 2015.

⁶¹ Si tratta di un incontro della durata di poche ore che permette al detenuto insieme a familiari o amici di trascorrere il tempo a sua disposizione in una saletta riservata all'interno della Stampa e consumare in tutta tranquillità un pasto da lui scelto.

⁶² LA VILLA, *ibidem*.

⁶³ La *Silva* è situata all'interno del Penitenziario "La Stampa" di Lugano.

⁶⁴ LIBIANCHI, *ibidem*.

⁶⁵ LA VILLA, *ibidem*.

essere familiari o amici che siano legati da tempo al detenuto da vincoli affettivi degni di essere salvaguardati: la decisione in merito alla significatività del rapporto affettivo è rimessa alla Direzione dell'istituto di pena⁶⁶. I familiari, all'entrata, firmano un documento in cui si dichiarano d'accordo nel trascorrere le ore previste con il detenuto, alle condizioni stabilite dal regolamento, esonerando la Direzione da ogni responsabilità⁶⁷. I colloqui interni si svolgono dal martedì alla domenica e hanno la durata di sei ore, dalle 10:00 alle 16:00, ogni due mesi con l'impossibilità di recuperare i congedi interni non fruiti ma favorendo i familiari e i parenti dei detenuti che arrivano da Paesi lontani⁶⁸. Come già detto, nella Silva è presente la cucina ma il detenuto e il suo visitatore sono obbligati a consumare il pasto fornito dal carcere; il pasto del detenuto è gratuito, quello dei visitatori è a carico del detenuto. La richiesta per accedere al congedo interno va preparata con l'operatore sociale di riferimento e deve pervenire alla Direzione al più tardi entro il dieci del mese precedente a quello della data che si desidera riservare per lo svolgimento del congedo interno; della richiesta sono informati l'operatore sociale di riferimento, il Capo Arte, i Capi Sorveglianti, il Servizio Amministrativo e il Capo Agenti. Il personale penitenziario ha il compito di accompagnare separatamente il detenuto e i visitatori nella Silva ma non di effettuare controlli all'interno della struttura durante la visita: il suo compito è solo quello di chiudere la porta dall'esterno e sorvegliare il perimetro esterno dello chalet, mantenendosi ad una distanza tale da non compromettere la riservatezza dell'incontro; all'interno della struttura è comunque presente un telefono che può essere utilizzato in caso di necessità per contattare la Centrale Operativa delle Strutture Carcerarie⁶⁹. Il personale, inoltre, effettua saltuari controlli telefonici: nel caso nessuno risponda, viene eseguita un'ispezione senza ulteriori avvertimenti⁷⁰. Ovviamente, è dovere del detenuto di non manipolare le porte o le inferriate delle finestre, pena la contestazione del reato di evasione, la sospensione dei congedi e l'applicazione di sanzioni disciplinari⁷¹. La pulizia e il riassetto dei locali spettano al detenuto, al termine della visita.

⁶⁶ LA VILLA, *ibidem*.

⁶⁷ GADALETA- LUPO- IRIANNI (a cura di), *ibidem*.

⁶⁸ LA VILLA, *ibidem*.

⁶⁹ LA VILLA, *ibidem*.

⁷⁰ GADALETA- LUPO- IRIANNI (a cura di), *ibidem*.

⁷¹ LA VILLA, *ibidem*.

Dalla trattazione appena svolta emerge che il Canton Ticino ha trovato una soluzione al delicato problema del diritto all'affettività per i detenuti.

Un aspetto da mettere in luce è che la buona riuscita dell'organizzazione dei colloqui privati è sicuramente dovuta all'assenza di problemi come il sovraffollamento delle carceri, il numero esiguo degli agenti di Polizia Penitenziaria e degli educatori paragonato al numero dei detenuti o la disponibilità di strutture penitenziarie⁷². Un secondo aspetto riguarda la concezione della qualità della pena che il detenuto deve scontare: la soluzione adottata origina dal pensiero che il detenuto ha bisogno di questi spazi per evitare che la detenzione sgretoli i rapporti con la famiglia e con gli amici, in vista soprattutto del momento in cui lascerà il carcere e tornerà nella società libera; il detenuto deve avere la possibilità di scontare come unica pena quella della privazione della libertà ed è *in primis* compito dell'istituzione penitenziaria tutelare questo diritto⁷³.

5. La situazione nell'America del Nord: le *conjugal visits* negli Stati Uniti

Lasciando il continente europeo e volgendo lo sguardo al resto del mondo, non si può evitare un riferimento agli Stati Uniti d'America.

La situazione che si prospetta negli Stati Uniti, in realtà, non è tra le più progressiste che si possano registrare rispetto ad altri paesi. Infatti, la prima notazione da fare è che il diritto alle visite coniugali non è riconosciuto a livello federale: la Corte Suprema e molti tribunali federali⁷⁴ hanno decretato che il diritto alle visite private non è riconosciuto dalla Costituzione e le amministrazioni penitenziarie statali non hanno l'obbligo di prevederle⁷⁵. A partire dagli anni '70, un crescente numero di detenuto aveva iniziato a proporre azioni giudiziarie per fermare il potere delle amministrazioni

⁷² LA VILLA, *ibidem*.

⁷³ LA VILLA, *ibidem*.

⁷⁴ A titolo di esempio, si veda *Lyons v. Gillian, US District Court for the Northern District of Ohio* - 382 F. Supp. 198 (N.D. Ohio 1974) September 9, 1974: «New approaches to family visiting incorporating conjugal visiting are being taken in an increasing number of state prisons in our nation. While this trend is one of the indicators of whether "evolving standards of decency" have yet made deprivation of conjugal visiting a constitutional violation, this evolving reform in penological practices is not translatable into a constitutional right».

⁷⁵ LIBIANCHI, *ibidem*.

statali di negare il diritto alle visite coniugali: la motivazione addotta più di frequente nei ricorsi era che la negazione delle visite coniugali costituiva un trattamento crudele e insolito, in violazione dell'ottavo emendamento⁷⁶. Un argomento meno utilizzato ma sul quale sono sorte maggiori discussioni in dottrina e giurisprudenza, si basa sul fatto che la negazione delle visite coniugali costituisca una inammissibile intrusione nel diritto alla privacy delle coppie sposate. La Corte Suprema degli Stati Uniti ha sempre affermato con fermezza che il diritto alla privacy coniugale è un diritto fondamentale, almeno per i soggetti non detenuti⁷⁷. I tentativi di estendere il diritto alla privacy coniugale anche ai detenuti e ai soggetti in custodia cautelare hanno incontrato tre obiezioni⁷⁸. Nonostante sia pacifico che «*un detenuto non è completamente privato delle protezioni costituzionali quando è imprigionato per un crimine*»⁷⁹, i ricorsi dei detenuti sulle condizioni di detenzione venivano tutti respinti in virtù della *hands-off doctrine*: «*Courts are without power to supervise prison administration or to interfere with the ordinary prison rules or regulations*»⁸⁰. Una seconda obiezione riguarda il fatto che le prigioni non sono luoghi privati ma istituzioni pubbliche e che, commettendo un crimine che giustifica la detenzione, il detenuto ha rinunciato al suo diritto alla privacy coniugale⁸¹. La Corte Suprema concorda sul fatto che una cella non ha nessun tratto in comune con la riservatezza di una casa, una automobile, un ufficio o un albergo⁸². Tuttavia, questo argomento pone una questione rilevante: il carcere può essere liberamente modellato per rispettare i requisiti costituzionali, quindi delle statuizioni aprioristiche sulla natura giuridica del carcere sono inadeguate per stabilire se la detenzione possa costituzionalmente includere la privazione del diritto alla privacy coniugale⁸³. L'ultima obiezione si basa sull'assunto che il diritto di un cittadino a non subire ingerenze nella vita privata matrimoniale non richiede che lo stato predisponga luoghi appositi o speciali programmi per il mantenimento della

⁷⁶ MICHIGAN LAW REVIEW, *Conjugal Visitation Rights and the Appropriate Standard of Judicial Review for Prison Regulations*, Vol. 73, n. 2, 1974.

⁷⁷ A titolo di esempio, si veda: *Skinner v. Oklahoma, Griswold v. Connecticut, Eisenstadt v. Baird, Roe v. Wade*.

⁷⁸ MICHIGAN LAW REVIEW, *ibidem*.

⁷⁹ *Wolff v. McDonnell, U.S. Supreme Court*, 1974.

⁸⁰ *Banning v. Looney*, 213 F.2d 771, 771 (10th Cir.), *cert. denied*, 348 U.S. 859 (1954).

⁸¹ *Lyons v. Gillian, US District Court for the Northern District of Ohio* - 382 F. Supp. 198 (N.D. Ohio 1974) September 9, 1974.

⁸² *Lanza v. New York, U.S. Supreme Court*, 1962.

⁸³ MICHIGAN LAW REVIEW, *ibidem*.

relazione coniugale⁸⁴. Nonostante le obiezioni, il problema da risolvere è capire se il diritto alla privacy coniugale sia o meno un diritto costituzionale e se questo possa essere negato ai detenuti. La giurisprudenza delle Corti Federali sembra da tempo assestata nel ritenere che i detenuti debbano soffrire privazioni dei diritti costituzionali solo se assolutamente necessarie. Sulla base di queste posizioni della giurisprudenza anche per il diritto alla privacy coniugale dovrebbe applicarsi lo stesso ragionamento: dal momento che viene intaccato un diritto costituzionale, lo stato è tenuto a dimostrare che la privazione dello stesso è necessaria per promuovere un interesse dello Stato⁸⁵. La motivazione più utilizzata dagli stati e dal Governo Federale per negare il diritto alle visite coniugali riguarda i rischi per la sicurezza, per la possibilità che vengano introdotte armi o droga all'interno dei penitenziari o dei piani per evadere⁸⁶. Neanche l'esperienza di diversi stati federali ha indotto le Corti ad un cambiamento di rotta; l'amministrazione penitenziaria, invece, può solo giovare dalla negazione del diritto alle visite coniugali. L'implementazione del programma delle visite comporterebbe delle enormi spese: sarebbe necessario costruire nuove strutture o ristrutturare quelle esistenti, oltre al personale penitenziario aggiuntivo per gestire gli aspetti burocratici⁸⁷. D'altro canto, le visite coniugali riguardano il diritto fondamentale alla privacy coniugale e non sarebbe corretto che fossero le preoccupazioni istituzionali a determinare il contenuto di questo diritto⁸⁸. Inoltre, è assodato che i costi economici non possono giustificare la violazione di un diritto fondamentale e un programma di visite coniugali sarebbe oneroso, se non altro, soprattutto in termini di manodopera e denaro⁸⁹. Sebbene ci siano interessi importanti in gioco sia per i detenuti che per l'amministrazione penitenziaria, sarebbe auspicabile un *revirement* della giurisprudenza per affermare che i detenuti e i loro coniugi hanno diritto a partecipare ad un programma di visite coniugali⁹⁰. La decisione, ovviamente, dovrà basarsi su elementi fondati, primo fra tutti la considerazione della funzione della pena: se si assume che la pena abbia quale fine primario la riabilitazione, la pronuncia sarà in

⁸⁴ *Lyons v. Gillian, US District Court for the Northern District of Ohio* - 382 F. Supp. 198 (N.D. Ohio 1974).

⁸⁵ MICHIGAN LAW REVIEW, *ibidem*.

⁸⁶ MICHIGAN LAW REVIEW, *ibidem*.

⁸⁷ MICHIGAN LAW REVIEW, *ibidem*.

⁸⁸ MICHIGAN LAW REVIEW, *ibidem*.

⁸⁹ MICHIGAN LAW REVIEW, *ibidem*.

⁹⁰ MICHIGAN LAW REVIEW, *ibidem*.

favore dei detenuti; ancor di più se si considerano i benefici del programma in termini di rieducazione e recidiva⁹¹. La concessione di incontri riservati con il coniuge non muterà la condizione del detenuto, che al termine dell'incontro, tornerà a vivere in carcere e con lo stigma sociale di essere un detenuto⁹².

Attualmente solo quattro Stati su cinquanta prevedono questo tipo di incontri nell'ordinamento penitenziario: California, New York, Connecticut e Washington.

Il primo esperimento di cui si ha conoscenza è stato condotto nello stato del Mississippi intorno al 1900, quando furono previsti, seppur informalmente fino a quando furono formalizzati nel 1918, incontri intimi per i detenuti afroamericani⁹³ nel Mississippi State Penitentiary⁹⁴. Non erano previste delle strutture apposite per lo svolgimento dei colloqui, che, quindi, si svolgevano nelle stanze di pernottamento senza che fosse assicurata alcuna riservatezza⁹⁵. Un punto importante da rilevare è che a partire dagli anni '30 è stato previsto che potessero accedere alle visite anche le prostitute, in considerazione del fatto che la visita intima era concessa solo allo scopo di permettere ai detenuti di dare sfogo ai propri bisogni fisici; a partire dagli anni '40 il programma di visite coniugali fu esteso a tutti i detenuti maschi; alla fine degli anni '50, invece, fu proibito l'accesso alle prostitute⁹⁶. Questi principali cambiamenti nel corso di tre decenni servono per comprendere il cambiamento di prospettiva sulle visite coniugali. Infatti, nel tempo la loro funzione è diventata quella di consentire il mantenimento e il miglioramento dei rapporti familiari e affettivi e di mitigare gli effetti depersonalizzanti che la pena detentiva comporta. Furono ammessi ai colloqui solo familiari e partner (dal 1965 solo i partner legalmente sposati⁹⁷) e gli incontri si svolgevano in apposite strutture nelle sezioni di minima e media sicurezza degli istituti penitenziari⁹⁸. A partire dal 1972, furono ammesse alle *conjugal visits* anche le donne

⁹¹ MICHIGAN LAW REVIEW, *ibidem*.

⁹² MICHIGAN LAW REVIEW, *ibidem*.

⁹³ Nei primi anni del '900, le autorità ritenevano che i detenuti afroamericani fossero dotati di una forza sovraumana e che le visite coniugali fossero utili per evitare aggressioni da parte di questi detenuti nei confronti delle guardie penitenziarie e degli altri detenuti, oltre ad essere un incentivo a lavorare di più e meglio.

⁹⁴ HENSLEY- KOSCHESKI- TEWKSBURY, Does Participation in Conjugal Visitations Reduce Prison Violence in Mississippi? An Exploratory Study, in *Criminal Justice Review*, 2002, v. 27, n. 1.

⁹⁵ HENSLEY- KOSCHESKI- TEWKSBURY, *ibidem*.

⁹⁶ HENSLEY- KOSCHESKI- TEWKSBURY, *ibidem*.

⁹⁷ RAPANÀ, Gli effetti della deprivazione sessuale e affettiva. Stati Uniti d'America: il sesso in carcere non è un tabù, in <http://www.ristretti.it/giornale/numeri/72006/leprigionialtri.htm>.

⁹⁸ HENSLEY- KOSCHESKI- TEWKSBURY, *ibidem*.

detenute. Dal 1974, il programma delle visite fu implementato con la previsione di una visita familiare lunga di tre giorni e due notti in appartamenti costruiti appositamente all'interno del perimetro dell'istituto: quindi, tutti i detenuti, uomini e donne, potevano usufruire di una visita coniugale ogni due settimane e una visita familiare ogni due mesi⁹⁹. I requisiti per accedere alle visite erano particolarmente stringenti: erano ammessi solo i detenuti dei circuiti di minima e media sicurezza, con l'automatica esclusione dei detenuti di massima sicurezza; i detenuti dovevano essere sposati e per ottenere il permesso di visita era necessario allegare alla domanda la licenza di matrimonio; la concessione della visita era comunque subordinata alla buona condotta¹⁰⁰. Nel 2014 il Mississippi ha interrotto il programma di visite coniugali e familiari, a causa di problemi legati al budget¹⁰¹.

Per quanto riguarda lo Stato della California, le *family visits* sono previste come strumento per migliorare la sicurezza delle carceri, oltre che per mantenere relazioni significative con la famiglia; tuttavia, restano un privilegio e non un diritto per i detenuti e come tali sono autorizzate attraverso dai regolamenti penitenziari, che possono essere modificati in qualunque momento¹⁰².

Le visite sono concesse dal 1968, a seguito dell'avvio di un progetto pilota nel carcere di Tehachapi. Il programma di visite coniugali era stato istituito espressamente per affrontare le tensioni delle famiglie, la cui unità era a rischio a causa della lunga assenza del familiare detenuto. Il programma permetteva di trascorrere due giorni con la famiglia in un cottage situato all'interno del perimetro dell'istituto. L'amministrazione penitenziaria della California vide l'opportunità di concedere del tempo in totale riservatezza al detenuto con il proprio partner e la propria famiglia, cosa che si dimostrò estremamente utile a ridurre anche le tensioni tra i detenuti oltre che a consentire un percorso riabilitativo più fruttuoso. I detenuti, per partecipare al programma, dovevano aver scontato già una parte della pena che consentisse loro di accedere alla liberazione condizionale e dovevano aver tenuto una buona condotta per almeno sei mesi¹⁰³. Dal 1971, il *Family Visit Program* è stato esteso in tutto lo Stato¹⁰⁴.

⁹⁹ HENSLEY- KOSCHESKI- TEWKSBURY, *ibidem*.

¹⁰⁰ HENSLEY- KOSCHESKI- TEWKSBURY, *ibidem*.

¹⁰¹ GREENWOOD, The evolution of the Conjugal visit, in <https://medium.com>, 2018.

¹⁰² LIBIANCHI, *ibidem*.

¹⁰³ MICHIGAN LAW REVIEW, *ibidem*.

¹⁰⁴ RAPANÀ, *ibidem*.

Nel 1996 il *California Department of Corrections and Rehabilitation* (CDCR) ha stabilito un ordine di priorità per i detenuti che in base al loro impegno, reato commesso, pena da scontare e concrete prospettive di affidabilità possono trarre dalle visite un maggior beneficio; questa misura si è resa necessaria per limitare il numero di detenuti da ammettere alle visite, a causa della mancanza di locali e di agenti penitenziari¹⁰⁵. Le attuali normative escludono dalle visite i condannati per reati sessuali mentre dal 2016 sono ammessi alle visite i condannati all'ergastolo¹⁰⁶. Le visite si svolgono in appartamenti o in stanze interne al carcere, hanno una durata compresa tra le ventiquattro e le settantadue ore; possono partecipare alle visite i detenuti che lavorano e partecipano ai programmi di rieducazione dell'istituto e sono ammessi dall'esterno solo il coniuge, i figli, i genitori e i fratelli del ristretto¹⁰⁷. Dal 2007, inoltre, sono ammesse le visite anche per le coppie dello stesso sesso, legalmente sposate o unite civilmente¹⁰⁸.

Lo Stato di New York prevede i *Family Reunion Programs* dal 1975, sempre con l'obiettivo di mantenere e rafforzare la stabilità familiare.

Gli incontri si svolgono all'interno di case mobili all'interno dell'istituto penitenziario, nelle carceri sia maschili che femminili e sono ammessi i detenuti delle sezioni di minima e media sicurezza che abbiano tenuto una buona condotta¹⁰⁹. Non sono ammessi i condannati per reati sessuali¹¹⁰. I visitatori, inoltre, devono produrre all'amministrazione penitenziaria documentazione comprovante il fatto di non essere portatori di malattie contagiose. Il numero delle visite è subordinato al numero delle richieste e alla disponibilità degli spazi. Dal 2011 sono ammesse le visite per le coppie dello stesso sesso¹¹¹.

Lo Stato di Washington ha avviato il programma delle *Extended Family Visits* nel 1980, per le visite tra detenuti e partner in una unità abitativa privata¹¹².

¹⁰⁵ LIBIANCHI, *ibidem*.

¹⁰⁶ Senato della California, *Bill* (SB) 843 del 2016.

¹⁰⁷ HENSLEY, *Prison Sex. Practice & Policy*, Lynne Rienner Publishers, London, 2002.

¹⁰⁸ LIBIANCHI, *ibidem*.

¹⁰⁹ HENSLEY, *Prison Sex. Practice & Policy*, Lynne Rienner Publishers, London, 2002.

¹¹⁰ RAPANÀ, *ibidem*.

¹¹¹ LIBIANCHI, *ibidem*.

¹¹² HENSLEY, *Prison Sex. Practice & Policy*, Lynne Rienner Publishers, London, 2002.

Il detenuto deve aver tenuto una buona condotta e non deve aver tentato di evadere nei dodici mesi precedenti alla richiesta; possono accedere solo i detenuti dei circuiti di minima e media sicurezza che partecipino ai programmi scolastici o di reinserimento lavorativo dell'istituto¹¹³. La particolarità delle visite nello Stato di Washington riguarda la previsione di una quota di dieci dollari da versare all'Amministrazione penitenziaria¹¹⁴.

Infine, lo Stato del Connecticut ha un programma di *Extended Family Visits* incluse le *conjugal visits*, che si svolgono in unità simili ad un appartamento con due camere, un bagno, una cucina attrezzata, giochi da tavolo¹¹⁵.

Come si evince dalla trattazione svolta, il fenomeno delle visite private è un fenomeno molto limitato negli Stati Uniti, che coinvolge solo quattro stati su cinquanta.

Non sono mancati, però, degli studi che hanno evidenziato dei grandi progressi nella qualità dei trattamenti penitenziari negli stati che prevedono questo tipo di visite. In uno studio del 2012, pubblicato dall'*American Journal of Criminal Justice*, i ricercatori hanno evidenziato che negli stati che prevedono programmi di visite familiari si è registrato un decremento nel numero di aggressioni tra detenuti in carcere rispetto agli stati che non le prevedono. Nel 2015 il *Minnesota Department of Corrections* ha scoperto che la partecipazione al programma di visite ha comportato una riduzione del 25% del numero di infrazioni disciplinari commesse dai detenuti e una riduzione del 13% della recidiva¹¹⁶.

6. Le *Private Family Visits* in Canada

In Canada, il programma di visite familiari negli istituti penitenziari è stato avviato nel 1980; tuttavia, dal 1960 erano previste in alcune strutture provinciali visite per i detenuti condannati ad una pena non inferiore ai due anni¹¹⁷.

¹¹³ HENSLEY, *Prison Sex. Practice & Policy*, Lynne Rienner Publishers, London, 2002.

¹¹⁴ CAVALIERE, *How conjugal visits work*, in <https://www.vocativ.com>, 2016.

¹¹⁵ LIBIANCHI, *ibidem*.

¹¹⁶ GREENWOOD, *The evolution of the Conjugal visit*, in <https://medium.com>, 2018.

¹¹⁷ LIBIANCHI, *ibidem*.

Lo scopo di questi programmi è quello di consentire alle coppie e alle famiglie di avere degli incontri riservati con l'obiettivo dichiarato di favorire la riabilitazione sociale: questo obiettivo è perseguito anche con i permessi in libertà vigilata che consentono ai detenuti di intrattenere rapporti con i familiari e altre persone, in modo da migliorare i rapporti con la comunità¹¹⁸. L'attuazione di questi programmi corrisponde allo sviluppo di una specifica filosofia di recupero sviluppata negli anni '70, attuata pienamente dal *Correctional Service of Canada* (CSC) negli anni '80 e '90: l'idea alla base era che per neutralizzare un'attitudine al reato è più utile attivare misure sociali che favoriscano il cambiamento comportamentale del reo¹¹⁹. Allo stesso scopo sono stati sviluppati altri programmi per contribuire al reinserimento del detenuto nella comunità e nella sua famiglia senza costituire un pericolo per entrambi, come il *Family Violence Prevention Program*, finalizzato a combattere la violenza coniugale¹²⁰. Inoltre, da alcuni studi condotti dall'Amministrazione della Giustizia del Canada è emerso un dato da non sottovalutare: se la famiglia del detenuto, al termine dell'esecuzione della pena, è ancora intatta e pronta a riaccettarlo con sé, le sue possibilità di condurre una vita onesta sono notevolmente maggiori¹²¹.

Le visite private si svolgono in piccoli appartamenti situati in una zona speciale del carcere, con camera da letto, cucina, soggiorno, bagno e uno spazio esterno con un giardino.

La durata degli incontri varia tra le ventiquattro e le settantadue ore, ogni due mesi. Gli oggetti consentiti durante la visita sono elencati nei regolamenti carcerari e devono essere controllati dal personale prima di ogni visita. Durante la visita sono previsti dei controlli, nella forma di contatti regolari sia con il detenuto che con i visitatori per accertare la loro presenza all'interno della struttura e garantire la loro sicurezza; tuttavia, i controlli devono essere programmati in anticipo per evitare di disturbare l'intimità della famiglia, salvo che si rendano necessari interventi tempestivi¹²². Il programma delle *Private Family Visits* è aperto a tutti i detenuti condannati ad almeno due anni di carcere, indipendente dal livello di sicurezza, con alcune eccezioni. Possono essere esclusi i detenuti che si sospetta possano compiere atti di violenza nei

¹¹⁸ LIBIANCHI, *ibidem*.

¹¹⁹ LIBIANCHI, *ibidem*.

¹²⁰ LIBIANCHI, *ibidem*.

¹²¹ LIBIANCHI, *ibidem*.

¹²² LIBIANCHI, *ibidem*.

confronti del visitatore o i detenuti che sono stati ritenuti responsabili di un illecito disciplinare, come l'introduzione di oggetti proibiti, possesso di armi o strumenti idonei alla fuga, rissa. Poiché lo scopo delle visite è quello di garantire al detenuto il mantenimento di rapporti sia all'interno della coppia e della famiglia ma anche con altre persone della sua cerchia sociale sono ammessi alle visite il coniuge, il partner, i genitori, anche adottivi, fratelli, nonni e, più in generale, tutte le persone con le quali, a giudizio del servizio penitenziario, l'autore ha un rapporto consolidato, a prescindere da qualsiasi legame familiare. Sono ammesse le visite anche per le coppie dello stesso sesso¹²³. Per evitare che i visitatori introducano oggetti non consentiti, il personale penitenziario provvede al controllo degli stessi prima dell'inizio della visita¹²⁴. La richiesta di incontro viene consegnata al capo della struttura e prima di ogni incontro vengono effettuati dei controlli di sicurezza; il visitatore deve firmare un modulo in cui dichiara di partecipare volontariamente alla visita e deve avere un incontro con il funzionario incaricato del caso, che deve determinare se la persona è completamente disposta a partecipare a questo tipo di visita e che non abbia ricevuto pressioni per farlo. Lo stesso ufficiale valuta se la relazione sentimentale è ben fondata, stabile e positiva, anche attraverso informazioni e indagini all'interno della comunità e della famiglia. Dopo ogni visita, un membro del personale verifica che la visita si sia svolta positivamente¹²⁵.

Per concludere, si può affermare che il sistema canadese costituisce uno dei modelli più idonei per raggiungere lo scopo del mantenimento di legami significativi e, di conseguenza, della piena riabilitazione sociale: un sistema che configura le visite con familiari e amici come un diritto del detenuto ma che al tempo stesso prevede dei meccanismi di accertamento preventivo e successivo della buona riuscita dell'incontro.

A sostegno di ciò, si riportano i risultati di una ricerca condotta dai ricercatori del *Correctional Service of Canada*, i quali evidenziano una stretta correlazione tra i programmi di visite familiari e il calo dei tassi di recidiva. In particolare, i risultati

¹²³ LIBIANCHI, *ibidem*.

¹²⁴ VACHERET, Private Family Visits in Canada, Between Rehabilitation and Stricter Control: Portrait of a System, in Champ pénal, 2005, v. 2.

¹²⁵ LIBIANCHI, *ibidem*.

della ricerca fanno emergere che i detenuti che hanno partecipato alle visite hanno il 22% in meno di probabilità di tornare in carcere rispetto a chi non ha partecipato¹²⁶.

7. L'esperienza in America Latina: Brasile e Argentina

Il sistema penitenziario brasiliano è considerato uno dei peggiori al mondo, a causa del sovraffollamento delle strutture e delle tensioni e della violenza che si manifestano tra la popolazione detenuta.

Nonostante le difficili condizioni di detenzione, in Brasile sono concesse ai detenuti, uomini e donne, visite private con il proprio partner. Fino al 1999, le visite intime non erano legislativamente normate ma la loro concessione era affidata alla discrezionalità dei direttori delle strutture e riservata solo ai detenuti maschi; nel 1999, il *Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*¹²⁷, con la Risoluzione n. 1, ha riconosciuto formalmente, regolato ed esteso le visite intime anche alle donne detenute¹²⁸. Inoltre, nel 2011 il *Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária* ha esteso le visite private alle coppie dello stesso sesso, che prima erano consentite solo in alcuni Stati, tra cui Rio de Janeiro e Pernambuco¹²⁹. Tutti i detenuti, senza distinzione, hanno diritto ad un incontro affettivo almeno una volta al mese con il coniuge, il convivente o un semplice compagno; la visita non può essere proibita o sospesa come sanzione disciplinare, ad eccezione dei casi in cui l'infrazione sanzionata è connessa ad un uso improprio del diritto¹³⁰. Il detenuto dovrà comunicare all'amministrazione dell'istituto e far registrare il nome della persona che desidera

¹²⁶ OMAND, Conjugal visit valuable for inmates, should mimic normal environment: warden, 2017, in <https://www.ctvnews.ca/canada/b-c-conjugal-visit-valuable-for-inmates-should-mimic-normal-environment-warden-1.3265957>.

¹²⁷ Il *Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária* è un organo del Ministero della Giustizia brasiliano, istituito nel 1984, del quale fanno parte professionisti dell'area legale, professori e rappresentanti della società civile. È il principale organo di esecuzione penale. Il Consiglio offre contributi rilevanti all'attuazione delle politiche statali in ambito penale e penitenziario, attraverso informazioni, analisi e deliberazioni per il miglioramento delle politiche pubbliche. L'organo è competente per l'attuazione, in tutto il territorio nazionale, di politiche criminali e penitenziarie attraverso valutazioni periodiche del sistema penale, criminologico e penitenziario.

¹²⁸ GODOI, Intimacy and power: body searches and intimate visits in the prison system of Sao Paulo, Brazil, in *Justice pénale internationale*, 2016, v. 13.

¹²⁹ DECCAN HERALD, Brazil approves conjugal visits for gay inmates, 2011, in <https://www.deccanherald.com/content/173806/brazil-approves-conjugal-visits-gay.html>.

¹³⁰ DECCAN HERALD, Brazil approves conjugal visits for gay inmates, 2011, in <https://www.deccanherald.com/content/173806/brazil-approves-conjugal-visits-gay.html>.

ricevere; non possono essere registrati più nomi allo stesso tempo, quindi, se il detenuto desidera ricevere la visita di persone diverse nel tempo, dovrà richiedere la cancellazione del nome precedentemente comunicato e far registrare il nuovo¹³¹. Il problema principale di queste visite riguarda la mancata predisposizione di spazi appositi: in realtà, l'amministrazione penitenziaria si occupa solo di stabilire la frequenza e la durata degli incontri e le persone che possono accedervi; la concreta gestione delle visite resta affidata ai detenuti¹³². Infatti, spesso le visite si svolgono nelle stesse celle e, proprio a causa del sovraffollamento, può succedere che due visite si svolgano nella stessa cella: sono i detenuti a provvedere a creare dei divisori provvisori all'interno del cubicolo per assicurare la reciproca riservatezza dell'incontro¹³³. Prima di ammettere i visitatori all'interno del carcere, il personale penitenziario effettua dei controlli sul visitatore: è prevista la perquisizione personale dei visitatori¹³⁴ e il controllo dei bagagli personali per evitare che possano essere introdotti all'interno dell'istituto droga o oggetti proibiti; se, nonostante la perquisizione, il personale di custodia ritiene che il visitatore possa nascondere oggetti non consentiti potrà anche negare la visita¹³⁵.

Per quanto concerne l'Argentina, le visite coniugali sono considerate un diritto del detenuto, che non può essere messo in discussione, e sono finalizzate a consentire il mantenimento di legami soddisfacenti con il proprio partner, per evitare gli effetti desocializzanti e depersonalizzanti del carcere¹³⁶.

Le visite coniugali possono svolgersi sia tra detenuti di diversi istituti penitenziari sia tra detenuti e i loro partner liberi: la legge stabilisce che il rapporto di coniugio o la convivenza debbano sussistere già al momento dell'inizio della detenzione ma sono ammesse le visite anche per le persone che hanno iniziato una relazione dopo l'inizio

¹³¹ DECCAN HERALD, Brazil approves conjugal visits for gay inmates, 2011, in <https://www.deccanherald.com/content/173806/brazil-approves-conjugal-visits-gay.html>.

¹³² GODOI, *ibidem*.

¹³³ GODOI, *ibidem*.

¹³⁴ Si tratta di una perquisizione totale del corpo, estremamente invasiva e spesso molto umiliante per il visitatore. Nonostante questa sia giustificata dall'esigenza di evitare l'ingresso di oggetti non consentiti, per mantenere ordine e sicurezza all'interno dell'istituto, non si può negare che le modalità con cui è effettuata la perquisizione è estremamente degradante per il visitatore. Molti, infatti, pur di evitare questo trattamento vessatorio, preferiscono non partecipare al programma di visite private.

¹³⁵ GODOI, *ibidem*.

¹³⁶ AMAYA, Sexo tras las rejas: cómo es el sistema de visitas conyugales, in <https://www.lanacion.com.ar>, 19 giugno 2013.

della detenzione, purché questa sia in corso da almeno sei mesi¹³⁷. Per l'accesso alle visite coniugali devono essere soddisfatti altri due requisiti: è, infatti, necessaria una relazione del servizio medico dell'istituto sulla salute psicofisica del detenuto volta ad evidenziare la presenza di eventuali malattie infettive o contagiose¹³⁸; è anche necessaria una relazione medica sullo stato di salute psicofisica del visitatore e sull'eventuale presenza di malattie infettive o contagiose, da consegnare in busta chiusa al Servizio medico della struttura. La legge stabilisce che, se il detenuto e il visitatore non si oppongono, il medico della struttura, su richiesta, informerà entrambi di questi rapporti¹³⁹. Le visite possono essere concesse una volta ogni due settimane per la durata complessiva di due ore, anche se nella pratica la durata dell'incontro può essere estesa oltre questo limite; nel caso in cui il detenuto da visitare sia detenuto in un istituto a più di 300 chilometri di distanza dal visitatore, possono essere concesse delle visite per cinque giorni consecutivi ogni mese, per la durata di tre ore al giorno¹⁴⁰. Gli incontri avvengono all'interno di stanze in cui sono presenti un letto, un bagno, il riscaldamento e un ventilatore; i detenuti e i visitatori possono portare lenzuola, asciugamani e articoli per l'igiene¹⁴¹. Anche il sistema penitenziario argentino, come quello brasiliano, prevedono la perquisizione personale del visitatore prima di ammetterlo all'interno dell'istituto, per evitare l'ingresso di oggetti non consentiti; la perquisizione personale deve essere effettuata da persone dello stesso sesso del visitatore e non possono essere eseguite su persone minori di anni diciotto¹⁴².

In conclusione, anche in paesi in cui la situazione degli istituti penitenziari non si presenta delle migliori al mondo, viene riservata attenzione al diritto all'effettività per i detenuti.

Sicuramente, nei due paesi di cui si è parlato le condizioni per l'esercizio del diritto sono parzialmente diverse ma lo scopo come è sempre quello di consentire ai detenuti di mantenere dei rapporti con la propria famiglia e con il proprio partner e recuperare

¹³⁷ AMAYA, *ibidem*.

¹³⁸ Nel caso in cui dalla visita dovesse emergere la presenza di malattie infettive o contagiose, il medico informerà il detenuto sulla natura della malattia, sui mezzi e sulle modalità di trasmissione e questo verrà registrato nella sua cartella clinica.

¹³⁹ AMAYA, *ibidem*.

¹⁴⁰ AMAYA, *ibidem*.

¹⁴¹ AMAYA, *ibidem*.

¹⁴² AMAYA, *ibidem*.

quella dimensione relazionale più riservata che è venuta meno con l'inizio della pena, oltre che per contenere gli effetti desocializzanti della detenzione, soprattutto se lunga.

8. Le visite affettive in Israele

Le visite affettive sono state introdotte in Israele nel 1994, solamente per i detenuti di sesso maschile, per consentire loro di osservare il comandamento religioso ebraico di procreare; quindi, erano ammessi ai colloqui solo i detenuti maschi che non erano in possesso dei requisiti per ottenere i permessi di uscita dal carcere¹⁴³.

A partire dal 1999, i criteri per la partecipazione alle visite sono stati modificati, in modo da includere anche i conviventi di fatto e i partner in una relazione stabile; le visite possono essere concesse a condizione che il partner abbia visitato il detenuto almeno tre volte nei due anni precedenti e che il detenuto abbia tenuto una buona condotta e non sia in possesso dei requisiti per i permessi domiciliari¹⁴⁴. Dal 2013, sono ammesse anche le visite per le coppie dello stesso sesso, a seguito dell'interpretazione autentica della *Prison Ordinance* da parte dell'*Israel Prison Service*¹⁴⁵. Prima di allora, diverse volte la questione era stata posta all'attenzione di vari tribunali distrettuali, che si sono sempre pronunciati contro i ricorrenti: un detenuto nel 2006 aveva fatto appello alla Corte Suprema di Israele contro la decisione del Tribunale Distrettuale di Tel Aviv ma la questione non è mai stata esaminata perché in pendenza dell'appello il detenuto era stato scarcerato e la Corte non ha ritenuto di dover esaminare il ricorso; un altro detenuto nel 2009 si era visto respingere l'appello dalla *Central District Court*; ancora nel 2012, l'anno prima che la questione venisse chiarita dall'*Israel Prison Service*, un detenuto della *Sharon Prison* aveva chiesto di comunicare con il proprio compagno: l'*Israel Prison Service* in un primo momento si

¹⁴³ EINAT- RABINOVITZ, A Warm Touch in a Cold Cell: Inmates' Views on Conjugal Visits in a Maximum Security Women's Prison in Israel, *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 57(12), 2013.

¹⁴⁴ EINAT- RABINOVITZ, *ibidem*; considerati i requisiti per l'accesso alle visite, l'*Israel Prison Service* nel 2012 ha stimato che solo il 15% dei detenuti israeliani, uomini e donne, ha diritto alle visite coniugali.

¹⁴⁵ Aya Kaminetz, Responsabile dell'ufficio Detenuti e Ricorsi del Servizio Penitenziario, nel 2013 aveva detto che: «The Prisons Ordinance outlines the rules with regard to exercising discretion in granting conjugal visits to prisoners, and determines, among other things, the rules regarding eligibility for conjugal visits. To avoid any doubt, the considerations are the same whether at issue are same-sex couples or heterosexual couples».

è rifiutato di concedere al partner anche le visite non coniugali, concedendole solo quando il detenuto ha presentato una petizione al Tribunale distrettuale centrale; tuttavia, il servizio carcerario ha rifiutato di consentire le visite coniugali¹⁴⁶.

In questo paragrafo, si concentrerà l'attenzione su un tema poco trattato, ovvero le visite coniugali nell'unico istituto penitenziario femminile di Israele, la *Neve Tirza Prison*.

Si tratta di un carcere di massima sicurezza, che fa parte di un complesso carcerario più ampio, che ricomprende tre strutture carcerarie maschili¹⁴⁷. Nell'istituto sono presenti un'ala educativa e due stabilimenti di lavoro; i detenuti sono obbligati a partecipare alle attività educative o a lavorare¹⁴⁸. L'edificio per le visite coniugali è situato a circa trecento metri dalla struttura principale ma sempre all'interno del complesso penitenziario, ha due piani, otto stanze con doccia privata, un tavolo da pranzo, un letto, una televisione, un condizionatore d'aria e un telefono per uso interno¹⁴⁹. Le visite sono consentite tutta la settimana, dal lunedì alla domenica, in due turni, uno dalle 08:30 alle 19:30, l'altro dalle 20:00 alle 08:00, una volta al mese. Per l'utilizzo delle camere è necessaria la prenotazione e i bambini non sono ammessi. I detenuti uomini

e donne condividono l'uso della struttura per le visite coniugali negli orari stabiliti; un colpo alla porta segnala la fine di ogni periodo di visita¹⁵⁰. Per garantire la sicurezza dei visitatori durante le visite, una guardia penitenziaria sorveglia l'esterno delle stanze e interviene in caso di necessità¹⁵¹

Per quanto attiene agli effetti che le visite coniugali hanno sui detenuti, alcuni studi¹⁵² evidenziano sia aspetti positivi che negativi delle visite coniugali.

Da un lato, infatti, attraverso le visite il detenuto rivive qualche ora di normalità come se non fosse all'interno di un carcere, ritrova un po' dell'intimità e della riservatezza perdute; dall'altro, tutti condividono un certo disagio per la pubblicità che hanno le

¹⁴⁶ LIOR, Gay Prisoners in Israel Granted Right to Conjugal Visits, 2013, in <https://www.haaretz.com/2013-07-03/ty-article/.premium/gay-prisoners-in-israel-get-conjugal-visits/0000017f-dbae-d3ff-a7ff-fbae3aa90000>.

¹⁴⁷ EINAT-RABINOVITZ, *ibidem*.

¹⁴⁸ EINAT-RABINOVITZ, *ibidem*.

¹⁴⁹ EINAT-RABINOVITZ, *ibidem*.

¹⁵⁰ EINAT-RABINOVITZ, *ibidem*.

¹⁵¹ EINAT-RABINOVITZ, *ibidem*.

¹⁵² EINAT-RABINOVITZ, *ibidem*.

visite all'interno del carcere e per i commenti che generano da parte della restante popolazione carceraria¹⁵³. Obiettivo delle visite è ridurre la tensione tra i detenuti nell'istituto, preservare la stabilità coniugale e i legami familiari e preparare i detenuti ad uno stile di vita normale per quando torneranno in società dopo la fine della pena¹⁵⁴. Le visite coniugali offrono alle detenute l'opportunità di aprirsi con il partner in privato e di ricevere un sostegno emotivo; la maggior parte delle detenute riceve visite poco frequenti da parte di amici, coniugi o figli e, di conseguenza, l'isolamento della detenzione ha un effetto negativo sulla loro stabilità emotiva e sulla loro salute mentale¹⁵⁵. Infine, gli studi registrano una scarsa frequenza delle visite: si auspica che l'amministrazione penitenziaria incrementi il numero delle visite possibili ad almeno due al mese per ogni detenuto¹⁵⁶.

¹⁵³ EINAT- RABINOVITZ, *ibidem*.

¹⁵⁴ EINAT- RABINOVITZ, *ibidem*.

¹⁵⁵ EINAT- RABINOVITZ, *ibidem*.

¹⁵⁶ EINAT- RABINOVITZ, *ibidem*.

Conclusioni

La trattazione fino a qui svolta ha avuto come filo conduttore il binomio affettività e carcere.

Fin dall'inizio l'obiettivo è stato quello di mettere in evidenza il filo sottile che collega queste due parole apparentemente inconciliabili. Si è partiti dalla storia dei Regolamenti penitenziari post-unitari del 1891 e del 1931, fino ad arrivare alla Legge sull' Ordinamento Penitenziario, n. 354 del 1975, per mettere in luce i cambiamenti che ha subito il sistema penitenziario e l'esecuzione delle pene privative della libertà personale. Un percorso lungo e travagliato, che ha faticato a stare al passo con l'evolversi della società e del concetto di carcere, alla luce soprattutto della Costituzione repubblicana del 1948.

Il carcere è stato concepito per lungo tempo come un luogo di sofferenze, di punizioni che il detenuto "meritava" come retribuzione per un periodo proporzionato alla gravità del reato commesso. Questa concezione ha iniziato a subire una modifica con l'avvento della Costituzione nel 1948: in particolare, per quanto di interesse in questa trattazione, l'articolo 27, comma 3 Cost. ha introdotto nello scenario dell'esecuzione delle pene un nuovo paradigma, improntato sulla rieducazione del condannato. La legge di ordinamento penitenziario del 1975 ha recepito le indicazioni dell'articolo 27 Cost. e ha proposto un nuovo modello di esecuzione delle pene, che si basa sull'osservazione scientifica del condannato e sulla predisposizione di un programma di trattamento, che il detenuto può liberamente scegliere di seguire, nell'ottica di una sua rieducazione e reinserimento nella società. È proprio tra gli elementi del trattamento che si inserisce la tutela delle relazioni affettive, tra familiari, amici e in generale tutti i soggetti che possono contribuire in modo positivo al recupero e al reinserimento in società del condannato.

Il nuovo ordinamento penitenziario dimostra di attribuire grande valore alla tutela delle relazioni affettive, prevedendo diversi istituti a questo scopo.

Abbiamo esaminato gli istituti dei colloqui e dei permessi premio, evidenziando analiticamente le condizioni e i requisiti per usufruirne. Requisiti, nel caso dei permessi e soprattutto dei permessi premio, così selettivi da escludere una gran parte della popolazione carceraria. Abbiamo messo in evidenza, tuttavia, come i permessi

siano un mezzo fondamentale se non l'unico per consentire al detenuto di curare i propri interessi lavorativi, culturali e affettivi. Infatti, i colloqui non consentono di trascorrere del tempo con i visitatori in una dimensione riservata, a causa del costante controllo visivo previsto dall'art. 18, co. 2 O.P. Sulla base di questi presupposti, ci si è chiesti se si potesse ravvisare una violazione dell'art. 27, co. 3 Cost., derivante dall'impossibilità di poter effettivamente curare i rapporti personali e familiari, godendo di un ambiente riservato, lontano dagli occhi del personale penitenziario, che possa consentire al detenuto di recuperare per quel poco tempo la normalità del rapporto, fatto anche di baci, abbracci, di un pasto condiviso con la famiglia. Abbiamo visto, però, che anche altri diritti costituzionali risultano intaccati: il diritto alla tutela della vita matrimoniale, familiare e della genitorialità, *ex artt. 29-31 Cost.* e il diritto alla salute, *ex art. 32 Cost.*

La normativa italiana sul punto è rimasta indietro di alcuni decenni rispetto ad altri Paesi europei ed extra-europei.

A nulla sono valsi gli inviti, da parte della Corte costituzionale, al legislatore affinché intervenisse con una disciplina a tutela dell'affettività, le Raccomandazioni degli organi sovranazionali o le sentenze della Corte Edu.

Sembrava che ci potesse essere una svolta a seguito degli Stati Generali sull'Esecuzione Penale del 2015, che hanno portato all'emanazione della legge-delega n. 103 del 2017 ma, ancora una volta, il Governo non ha voluto dare seguito all'istanza, di fatto disattendendo le indicazioni della delega.

Nel corso degli anni e di diverse legislature, sono state proposte delle leggi a tutela del diritto all'affettività per i detenuti ma sistematicamente queste proposte sono cadute nel dimenticatoio parlamentare e nessuna ha mai visto la luce. Le ultime proposte risalgono al 2020 e al 2021: due proposte valide che si spera non facciano la fine delle altre.

Il sistematico affossamento delle proposte sul tema fa emergere un *modus operandi* del legislatore che fa sorgere il dubbio che la questione dell'affettività dei detenuti non sia problematica da un punto di vista strettamente pratico ed economico, quanto piuttosto ideologico. Si vede nella concessione di uno spazio per gli incontri riservati un qualcosa di sbagliato, non adatto ad un'istituzione come il carcere, rigido e ferreo luogo di punizione. Dobbiamo considerare, però, che la pena non può consistere in

altro se non nella privazione della libertà personale. Tutte le altre privazioni che non siano strettamente incompatibili con lo stato di detenzione si configurano come pene accessorie occulte, come tali in contrasto con i precetti costituzionali.

Come già visto nella trattazione, il legislatore del XXI secolo dovrebbe liberarsi dei propri preconetti e spingere per la creazione di un sistema penitenziario al passo con i tempi. Sono state proposte diverse soluzioni pratico-applicative per la creazione di strutture in cui dare la possibilità ai detenuti di avere colloqui privati con il partner, figli o anche semplici amici. Qualche progetto è stato già attuato nelle carceri di Rebibbia, Opera e Bollate ma si auspica un intervento più incisivo del legislatore e anche dell'amministrazione penitenziaria affinché le strutture esistenti possano essere utilizzate con frequenza e siano di ispirazione per la costruzione di nuove. Soprattutto, è necessario che il legislatore predisponga un modello ordinamentale che eviti la automatica sovrapposizione tra affettività e sessualità, chiarendo che l'ultima costituisce solo una possibilità e non un obbligo per il detenuto.

Da non sottovalutare sono anche le esperienze straniere, dalle quali il legislatore italiano potrebbe prendere ispirazione.

Molti Paesi europei ed extra-europei prevedono nella normativa penitenziaria la possibilità per i detenuti di avere degli incontri riservati in stanze o appartamenti attrezzati come vere e proprie abitazioni, in modo da far dimenticare per qualche ora al detenuto delle sbarre della cella.

Ovviamente, come evidenziato nell'elaborato, non tutte le soluzioni adottate dagli Stati sono ottimali; alcune, anzi, sono foriere di esperienze estremamente umilianti e degradanti per il detenuto e per i suoi visitatori. La buona riuscita e l'utilità di questi incontri risiedono anche nelle modalità di svolgimento: il colloquio deve essere abbastanza lungo da non generare l'impressione che si tratti di un incontro puramente fisico e deve essere svolto in luoghi dignitosi. Tra i modelli proposti, particolare attenzione meritano quelli europei: le *Unitès de Vie Familiare* e le *Parloirs familiaux* francesi, i colloqui *Vis a Vis* spagnoli e la *Silva* del Canton Ticino. Questi tre modelli sono quelli che riescono a coniugare al meglio i diritti dei detenuti e le esigenze di sicurezza dell'Istituto penitenziario, senza che l'esperienza si trasformi in un momento traumatico per i partecipanti.

Uno dei problemi che spesso si pone quando si propongono incontri senza la sorveglianza del personale penitenziario riguarda il bilanciamento del diritto all'affettività con le esigenze di sicurezza degli Istituti penitenziari.

L'obiettivo è sicuramente quello di evitare l'ingresso nella struttura di oggetti proibiti ma anche che gli incontri si trasformino in un modo, per il condannato, per mantenere rapporti con la rete criminale di appartenenza per il tramite dei familiari. Tuttavia, non si può dire che sia un problema di cui si preoccupa solo l'Italia: anche nei Paesi in cui sono concesse le visite private, l'amministrazione ha il dovere di garantire la sicurezza dell'Istituto per evitare che siano introdotti armi, droga o oggetti funzionali all'evasione, sanzionando severamente la violazione delle regole di condotta durante gli incontri. Garantire la sicurezza non è necessariamente un ostacolo insormontabile ma è sicuramente uno degli aspetti più onerosi in termini di risorse umane ed economiche.

In conclusione, il diritto all'affettività dovrebbe trovare pieno ingresso nell'ordinamento come posizione soggettiva costituzionalmente tutelata.

La legge sull'ordinamento penitenziario costituisce un esempio di progresso nel campo dell'esecuzione delle pene ma per rimanere tale ha bisogno di un ulteriore adeguamento ai tempi. La soluzione negazionista del legislatore italiano è ormai insostenibile: non soltanto perché in contrasto con i principi della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e della Costituzione ma anche perché ci disallinea rispetto alla maggioranza dei Paesi europei, in cui l'affettività, in tutti i suoi aspetti, è pacificamente riconosciuta sia come diritto fondamentale del detenuto, sia come strumento di prevenzione speciale.

Il cammino, però, si prospetta ancora lungo e travagliato.

BIBLIOGRAFIA

BERTOLOTTO, Commento all'art. 18, in GREVI- GIOSTRA- DELLA CASA, L'ordinamento penitenziario: commento articolo per articolo, CEDAM, Padova, 2000.

BRUNETTI, Diritto penitenziario, Napoli, 2021.

CIAVOLA, Art. 18 Colloqui, corrispondenza e informazione;
Art. 28 Rapporti con la famiglia in FIORENTIN- SIRACUSANO (a cura di), L'esecuzione penale. Ordinamento penitenziario e leggi complementari, Milano, 2019.

DELLA CASA- GIOSTRA, La cornice costituzionale e sovranazionale, in DELLA CASA- GIOSTRA, Manuale di diritto penitenziario, Torino, 2020.

FIORENTIN- FIORIO, Vita penitenziaria (art. 11 d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 123), in La riforma dell'ordinamento penitenziario, Milano, 2019.

FORTI, Il trattamento, in GIARDA- FORTI- GIUNTA- VARRASO, Manuale di diritto penitenziario, Milano, 2021.

MAISTO, Afflittività e affettività, in ANASTASIA-CORLEONE-ZEVI (a cura di), Il corpo e lo spazio della pena. Architettura, urbanistica e politiche penitenziarie, Roma, 2011.

RUARO- BRONZO, Gli elementi del trattamento, in DELLA CASA- GIOSTRA, Manuale di diritto penitenziario, Torino, 2020.

SIRACUSANO, Art. 28 Rapporti con la famiglia, in DELLA CASA (a cura di), Ordinario Penitenziario Commentato, Milano, 2019.

VIOLI, Il trattamento penitenziario, in BALDUCCI- MACRILLÒ (a cura di), Esecuzione penale e ordinamento penitenziario, Milano, 2020.

MONOGRAFIE

BELLONI, L'Eros incatenato: studio sul problema sessuale penitenziario, Fratelli Bocca, Milano, 1939.

CASTELLANO- STASIO, Diritti e castighi. Storie di umanità cancellata in carcere, Milano, 2009.

CERAUDO, Principi fondamentali di medicina penitenziaria, Pisa, Centro studi della presidenza nazionale AMAPI, 1988.

CLEMMER, *The Prison Community*, Boston, 1941.

GRESHAM, *The society of Captives. A study of a Maximum Security Prison*, Princeton University Press, 1958, trad. Italiana di SANTORO, Carcere e società liberale, Torino, 1997.

HENSLEY, *Prison Sex. Practice & Policy*, Lynne Rienner Publishers, London, 2002.

PENNISI, Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale, Torino, 2002.

SOFRI, Note sul sesso degli uomini prigionieri, in **SOFRI- CERAUDO**, Ferri battuti, Pisa, 1999.

PERIODICI

AMERIO- MANCA, Forma attiva e passiva del verbo amare: riflessioni a margine delle prime applicazioni del D.lgs. n. 123/2018 in materia di affettività e sessualità., in *Giurisprudenza Penale Web*, 2019, n. 9.

BRUCALE, Carcere e sessualità negata. Repressione è rieducazione?, in *Filodiritto*, 2021.

CALAMAI, I soggetti del trattamento. Aspetti normativi e sociologici, in *ADIR- L'altro diritto - Centro di ricerca interuniversitario su carcere, devianza, marginalità e governo delle migrazioni*, 2003.

CANEVELLI, Il commento al Nuovo regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà, in *Diritto penale e processo*, 2000, n. 10.

CAPOCCIA, Le regole penitenziarie europee, Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria- Ufficio studi ricerche legislazione e rapporti internazionali, Ministero della Giustizia, 2007, in *Rassegna Penitenziaria e Criminologica*.

CASCIATO, Lavoro e detenzione: origini ed evoluzione normativa. L'esperienza del carcere di Pisa, in *ADIR- L'altro diritto - Centro di ricerca*

interuniversitario su carcere, devianza, marginalità e governo delle migrazioni, 2000.

CERAUDO, La sessualità in carcere: aspetti psicologici comportamentali ed ambientali, in *Ristretti Orizzonti*, 2002.

CERTOSINO, Il diritto del detenuto al mantenimento delle relazioni affettive, in *Archivio Penale*, 2017, n. 2.

CIAVOLA, Profili di diritto processuale e penitenziario in tema di coppie di fatto, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2014, n. 2.

COHEN, Keeping Men “Men” and Women Down: Sex Segregation, Anti-Essentialism and Masculinity, *Harvard Journal of Law & Gender*, 2010, 33.

DÈ ROSSI, Architettura penitenziaria, diritti umani e qualità della salute. L'affettività in carcere: modelli da ripensare, in “Affettività e carcere: un binomio (im)possibile?”, *Giurisprudenza Penale Web*, 2019, n. 2-bis.

DIDDI, Il diritto del detenuto a coltivare legami intimi con persone esterne al carcere: una questione antica e non (ancora) risolta, in *Proc. Pen. e Giust.*, 2013.

DUNN, *Slipping off the equalities agenda? Work with LGBT prisoners*, *Prison Service Journal*, 2013, 206.

EINAT- RABINOVITZ, *A Warm Touch in a Cold Cell: Inmates' Views on Conjugal Visits in a Maximum Security Women's Prison in Israel*,

International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology, 57(12), 2013.

FERNANDEZ, *Las relaciones del interno con el mundo exterior y su importancia para la reeducación y reinserción social*, in Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 17 luglio 2015.

FORTUNA, Il sesso nel carcere italiano e la condizione giuridica del detenuto, in Giur. Merito, 1976, IV.

GADALETA- LUPO- IRIANNI (a cura di), Le dimensioni dell'affettività, in Le Dispense dell'Istituto Superiore di studi penitenziari, 2013, n. 3.

GIOSTRA, La riforma penitenziaria: il lungo e tormentato cammino verso la Costituzione, in Diritto penale contemporaneo, 2018, n. 4.

GODOI, *Intimacy and power: body searches and intimate visits in the prison system of Sao Paulo, Brazil*, in Justice pénale internationale, 2016, v. 13.

GORDON, *Are conjugal and familial visitations effective rehabilitative concept? Yes*, in The Prison journal, 1999, 79 (1).

HENSLEY- KOSCHESKI- TEWKSBURY, *Does Participation in Conjugal Visitations Reduce Prison Violence in Mississippi? An Exploratory Study*, in Criminal Justice Review, 2002, v. 27, n. 1.

LA VILLA, Diritto all'affettività e alla sessualità: la realtà detentiva del Canton Ticino tra prassi e norme, in La dimensione dell'affettività in carcere. Uno

studio su sessualità, genitorialità e possibilità di procreazione nel sistema penitenziario, Quaderni ISSP, Istituto Superiore di Studi Penitenziari, 2015.

LIBIANCHI, Argomenti di prevenzione ed igiene pubblica in carcere: la questione della sessualità, della riduzione del danno e delle c.d. “*love rooms*”, in “Affettività e carcere: un binomio (im)possibile?”, Giurisprudenza Penale Web, 2019, n. 2-bis.

LORENZETTI, Carcere e transessualità: la doppia reclusione delle persone transgeneri, in GenIUS, 2017, n. 1.

MANCA, Perché occuparsi della questione “affettività” in carcere?, in “Affettività e carcere: un binomio (im)possibile?”, Giurisprudenza Penale Web, 2019, n. 2-bis.

MCCONNELL, *Are Conjugal and Familial Visitations Effective Rehabilitative Concepts?: Rejoinder to Jill Gordon*, in *The Prison Journal*, 1999, 79(1).

MICHIGAN LAW REVIEW, *Conjugal Visitation Rights and the Appropriate Standard of Judicial Review for Prison Regulations*, Vol. 73, n. 2, 1974.

MINAFRA, La tutela genitoriale nel preminente interesse del minore: mai più “bambini detenuti”, in *Affettività e carcere: un binomio (im)possibile?*, Giurisprudenza Penale Web, 2019, n. 2-bis.

NEPPI MODONA, Carcere e società civile. Una prospettiva storica, in *Diritto Penitenziario e Costituzione*, 2014.

OLIVO, Affetti e carcere: prospettive intramurarie di riforma nel bilanciamento tra esigenze di tutela contrapposte, in “Affettività e carcere: un binomio (im)possibile?”, *Giurisprudenza Penale Web*, 2019, n. 2-*bis*.

PUGIOTTO, La castrazione di un diritto. La proibizione della sessualità in carcere come problema di legalità costituzionale, in “Affettività e carcere: un binomio (im)possibile?”, *Giurisprudenza Penale Web*, 2019, n. 2-*bis*.

PULVIRENTI, Diritti del detenuto e libertà sessuale, in *Annali del Seminario giuridico*, Università di Catania, 2001, I.

RENOLDI, Il diritto all’affettività delle persone detenute: la parola alla Corte costituzionale, in *Quest. Giust.*, 2012, n. 4.

ROBINSON, *Masculinity as Prison: Sexual Identity, Race, and Incarceration* *California Law Review*, 2010, 99.

RUBIN, *Thinking Sex: Notes for a Radical Theory of the Politics of Sexuality*, 1984, in *The Lesbian and Gay Studies Reader*, 2012, Routledge.

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;

Affettività in carcere e diritto alle visite familiari. A Strasburgo, tra affermazioni di principio e tutela effettiva, in “Affettività e carcere: un binomio (im)possibile?”, *Giurisprudenza Penale Web*, 2019, n. 2-*bis*.

SALVATI, L’evoluzione della legislazione penitenziaria in Italia, in *Amministrazione in cammino*, *Rivista elettronica di diritto pubblico*, di diritto

dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet", 2009.

TALINI, Un diritto "sommerso": la questione dell'affettività in carcere approda alla Corte costituzionale, 2012;

Diritto inviolabile o interesse cedevole? Affettività e sessualità dietro le sbarre (secondo la Sentenza n. 301 del 2012), in *Studium Iuris*, 2013, n. 10;

L'affettività ristretta, in *Costituzionalismo.it*, 2015, n. 2.

TRAVERSO-CAMBIERI, Progetto di vita e progettazione educative in dialogo: essere madre in contesti di detenzione, in *Rivista Formazione, Lavoro, Persona*, 2016, Anno VI, n. 17.

VALENTE SARDINA, Le nuove regole penitenziarie del Consiglio d'Europa. Aspetti teorici e limiti pratici di applicabilità, in *Diritto Penale e Uomo*, 2020, n. 10.

VACHERET, *Private Family Visits in Canada, Between Rehabilitation and Stricter Control: Portrait of a System*, in *Champ pénal*, 2005, v. 2.

VAZQUEZ, *Afectividad y cárcel: un binomio (casi) posible en la experiencia española*, in *Giurisprudenza Penale*, 2019, n. 2-bis.

ZAGO, Declinazioni del principio di dignità umana per i detenuti queer: sessualità e identità di genere nel sistema penitenziario italiano, in "Affettività e carcere: un binomio (im)possibile?", *Giurisprudenza Penale Web*, 2019, n. 2-bis.

SITOGRAFIA

AMAYA, Sexo tras las rejas: cómo es el sistema de visitas conyugales, in <https://www.lanacion.com.ar>, 19 giugno 2013.

BRUNETTI, Il diritto all'affettività per le persone recluse, in www.ristretti.it, 2008.

CAVALIERE, *How conjugal visits work*, in <https://www.vocativ.com>, 2016.

CONCAS, Le origini del sistema penitenziario, in diritto.it, 2014.

CRÉTENOT, Dalle prassi nazionali alle linee guida europee: iniziative interessanti nella gestione penitenziaria, in *European Prison Observatory. Detention conditions in the European Union*, Antigone Edizioni, 2013, <http://www.osservatorioantigone.it/upload2/uploads/docs/Reportepo.pdf>.

DECCAN HERALD, *Brazil approves conjugal visits for gay inmates*, 2011, in <https://www.deccanherald.com/content/173806/brazil-approves-conjugal-visits-gay.html>.

DELLA BELLA, Riconoscimento del diritto all'affettività delle persone detenute: uno sguardo all'esperienza francese, Allegato 3 alla Relazione del Tavolo 14- Stati Generali sull'Esecuzione Penale, 2016, in https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_2_19_1_14.page?previousPage=mg_2_19_1

GREENWOOD, The evolution of the Conjugal visit, in <https://medium.com>, 2018.

LIOR, *Gay Prisoners in Israel Granted Right to Conjugal Visits*, 2013, in <https://www.haaretz.com/2013-07-03/ty-article/.premium/gay-prisoners-in-israel-get-conjugal-visits/0000017f-dbae-d3ff-a7ff-fbae3aa90000>.

OMAND, *Conjugal visit valuable for inmates, should mimic normal environment: warden*, 2017, in <https://www.ctvnews.ca/canada/b-c-conjugal-visit-valuable-for-inmates-should-mimic-normal-environment-warden-1.3265957>.

RAPANÀ, Gli effetti della deprivazione sessuale e affettiva. Stati Uniti d'America: il sesso in carcere non è un tabù, in <http://www.ristretti.it/giornale/numeri/72006/leprigionialtri.htm>.

ROSSI, I diritti LGBT+: Il carcere alla prova del principio di non discriminazione verso la differenza sessuale e di genere, [XVIII rapporto sulle condizioni di detenzione](#): I diritti LGBT+ in carcere, in <https://www.rapportoantigone.it/diciottesimo-rapporto-sulle-condizioni-di-detenzione/i-diritti-lgbt-in-carcere/>, 2022.

ZEPPI, La riforma dell'ordinamento penitenziario, in www.AmbienteDiritto.it, 2005.

GIURISPRUDENZA

Corte cost., sentenza n. 313, 2 luglio 1990, in www.cortecostituzionale.it

Corte cost., sentenza n. 26, 8 febbraio 1999, in www.giurcost.org

Corte cost., sentenza n. 31, 12 febbraio 2012, in www.cortecostituzionale.it

Corte cost., sentenza n. 301, 19 dicembre 2012, in www.cortecostituzionale.it

Corte Cost., sentenza n. 20 del 24 gennaio 2017, in www.cortecostituzionale.it

Cass. Pen., Sez. I, ordinanza 1524/1992, in DeJure

Cass. Pen., Sez. I, sentenza 1553/1992, in DeJure

Cass. Pen., Sez. V, sentenza 3 marzo 1995, n. 2216, in DeJure

Cass. Pen., Sez. Un., sentenza 26 febbraio 2003, n. 25079, Gianni, in DeJure

Cass. Pen., Sez. I, sentenza 48165/2008, in DeJure

Cass., Sez. Un., sentenza 19 aprile 2012, n. 28997, Pasqua, in DeJure

Cass. Pen., Sez. I, sentenza n. 52544/2014, in DeJure

Cass. Pen., Sez. I, sentenza 27 novembre 2017, n. 26062, in DeJure

Cass. Pen., Sez. I, sentenza 4 luglio 2019, n. 41240, in DeJure

Cass. Pen., Sez. I, sentenza 6 novembre 2019, n. 10541, in DeJure

Cass. Pen., Sez. I, sentenza 14 luglio 2020, n. 23396, in DeJure

Cass. Pen., Sez. I, sentenza 1° febbraio 2022, n. 3609, in DeJure

Consiglio di Stato, Sez. Consultiva Atti Normativi, parere n. 61 del 2000

Corte EDU, 29 aprile 2003, Aliev c. Ucraina

Corte EDU, sent. 4 dicembre 2007, Dickson c. Regno Unito

Corte EDU, Sez. II, sentenza Torreggiani e altri c. Italia, 8 gennaio 2013

Corte EDU, Grande Camera, 9 luglio 2013, Vinter e altri c. Regno Unito

Corte EDU, 12 maggio 2015, Identoba e altri c. Georgia

Corte EDU, Grande Camera, 30 giugno 2015, Khoroshenko c. Russia

Corte EDU, Sez. I, 1° luglio 2021, Lesław Wójcik c. Polonia

Magistratura di sorveglianza di Campobasso, ordinanza 23 settembre 1978

Tribunale di Sorveglianza di Firenze, ordinanza n. 132/2012

Tribunal constitucional, Sentencia 28 de febrero 1994, n. 57

Audiencia Nacional, ordinanza 28 luglio 2016

Skinner v. Oklahoma, U.S. Supreme Court, 1942

Lanza v. New York, U.S. Supreme Court, 1962

Griswold v. Connecticut, U.S. Supreme Court, 1965

Eisenstadt v. Baird, U.S. Supreme Court, 1972

Roe v. Wade, U.S. Supreme Court, 1973

Wolff v. McDonnell, U.S. Supreme Court, 1974

Banning v. Looney, 213 F.2d 771, 771 (10th Cir.)

Lyons v. Gillian, US District Court for the Northern District of Ohio - 382 F. Supp. 198 (N.D. Ohio 1974), 1974