

IL DIRITTO ALLA SESSUALITÀ DEI DETENUTI: IL CARCERE COME LUOGO DI AFFETTIVITÀ

*Francesco Martin**



SOMMARIO 1. Note introduttive. – 2. Uno sguardo al panorama europeo. – 3. L’ordinanza del Magistrato di Sorveglianza di Spoleto. – 4. I profili di incostituzionalità: la decisione della Consulta. – 5. Note conclusive e problematiche applicative.

1. Note introduttive

Nel momento in cui si pensa, in chiave giuridica o sociale, al carcere raramente vengono presi in considerazione alcuni aspetti della vita che caratterizzano ogni essere umano e che, pur non potendo essere difenditi come primari o vitali, rivestono una indiscussa importanza per l’armonico sviluppo ed il benessere della persona.

Proprio su uno di tali aspetti è intervenuta, di recente, la Corte costituzionale che ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 18 L. 26 luglio 1975, n. 354 nella parte in cui non prevede che la persona detenuta possa essere ammessa, nei termini di cui in motivazione, a svolgere i colloqui con il coniuge, la parte dell’unione civile o la persona con lei stabilmente convivente, senza il controllo a vista del personale di custodia, quando, tenuto conto del comportamento della persona detenuta in carcere, non ostino ragioni di sicurezza o esigenze di mantenimento dell’ordine e della disciplina, né, riguardo all’imputato, ragioni giudiziarie¹.

Tuttavia se ben si esamina la questione, non è la prima volta che la giurisprudenza si pronuncia sull’argomento.

La Corte costituzionale aveva già avuto modo di evidenziare la problematica rilevando l’inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell’articolo 18, comma 2, L. 26 luglio 1975, n. 354 (*Norme sull’ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà personale*), nella parte in cui prevede il controllo visivo del personale di custodia sui colloqui dei detenuti e degli internati, in tal modo impedendo loro di avere rapporti affettivi intimi, anche sessuali, con il coniuge o con la persona ad essi legata da uno stabile rapporto di convivenza².

* Avvocato del Foro di Venezia.

¹ Corte cost., 26 gennaio 2024, n. 10.

² Corte cost., 19 dicembre 2012, n. 301.

La Corte infatti - nel censurare una richiesta il cui accoglimento avrebbe comportato un intervento additivo in una materia riservata alla discrezionalità del legislatore, in assenza di una soluzione costituzionalmente obbligata - aveva svolto argomentazioni volte ad evidenziare che il tema proposto con l'ordinanza di rimessione evoca una esigenza reale e fortemente avvertita e che merita ogni attenzione da parte del legislatore.

I Giudici costituzionali avevano posto in rilievo come l'esigenza di permettere alle persone detenute o internate di continuare ad avere rapporti affettivi anche a carattere sessuale trovi nel nostro ordinamento una risposta soltanto parziale, rappresentata dall'istituto dei permessi premio, la cui fruizione è, però, preclusa a larga parte della popolazione carceraria in considerazione dei presupposti oggettivi e soggettivi richiesti dall'art. 30-ter L. 354/1954.

Secondo l'opinione del Tribunale rimettente, il diritto del detenuto in carcere ad avere rapporti sessuali con il coniuge o con il convivente more uxorio, nel più ampio contesto del diritto all'affettività, sarebbe ricompreso tra i diritti inviolabili dell'uomo: diritti che, sebbene ricevano limitazioni per effetto della condizione di restrizione della libertà personale, non possono essere annullati, così come anche affermato in alcune raccomandazioni del Consiglio d'Europa e in alcuni atti dell'Unione europea³.

La preclusione posta di fatto all'esercizio del diritto sarebbe in contrasto anche con il principio di uguaglianza e ostacolerebbe il pieno sviluppo della persona del detenuto, consistendo in un trattamento contrario al senso di umanità, tale da compromettere la funzione rieducativa della pena. Il divieto censurato, inoltre, determinerebbe anche il fenomeno dei cd. matrimoni bianchi in carcere, celebrati e non consumati e, ancora, impedirebbe la maternità, contrastando quindi con l'art. 29 Cost. -

Infine, sussisterebbe il contrasto con il precetto costituzionale che garantisce il diritto alla salute, dal momento che l'astinenza sessuale comporterebbe l'intensificazione di rapporti a rischio e la contestuale riduzione delle difese sul piano della salute, e non aiuterebbe uno sviluppo normale della sessualità con nocive ricadute stressanti sia di ordine fisico che psicologico⁴.

Il possibile rimedio che era stato paventato dal giudice *a quo*, ovvero la rimozione dell'obbligo di controllo a vista, avrebbe assicurato la compatibilità costituzionale della disciplina, dalla quale evidentemente si presume discenda una praticabilità di fatto delle effusioni tra i colloquanti.

³ A. Della Bella, *Il "Carcere duro", tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali - presente e futuro del regime detentivo speciale ex art. 41 bis O.P.*, Milano, 2016, p. 309 ss.

⁴ S. Talini, *L'affettività ristretta*, in *Costituzionalismo.it*, 2015, fasc. 2, p. 11.

Sotto il primo profilo, la Corte ha affermato che il controllo a vista del personale di custodia non ha come scopo specifico quello di impedire i rapporti affettivi intimi del recluso con il suo partner, ma persegue finalità generali di tutela dell'ordine e della sicurezza all'interno della struttura e di prevenzione dei reati. La Consulta ha stabilito, quindi, che l'asserita necessità di rimuovere tale conseguenza non giustifica la caduta di ogni forma di sorveglianza sui colloqui.

Sotto il secondo profilo, l'eliminazione del controllo visivo non basterebbe a realizzare l'obiettivo perseguito, dovendo necessariamente accedere ad una disciplina che stabilisca termini e modalità di esplicazione del diritto.

2. Uno sguardo al panorama europeo

Volendo osservare l'argomento in esame in chiave europea non si può prescindere dall'analisi delle Regole penitenziarie europee.

La prima versione di tali atti⁵, risalente al 2006, ha rappresentato il raggiungimento pressoché completo e coerente della razionalizzazione dei principi cardine in materia carceraria, sanciti dalla CEDU, e sottolineati all'interno dei rapporti generali dello stesso Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti (CPT); il 1° luglio 2020 il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ha provveduto ad un aggiornamento del documento⁶.

Particolare rilievo assumono poi le due raccomandazioni del Consiglio d'Europa riguardanti gli effetti sociali e familiari derivanti dalla detenzione (n. 1340/1997 e n. 2/2006).

All'art. 6 della prima, il legislatore sovranazionale invita gli Stati membri a migliorare le condizioni previste per le visite da parte delle famiglie, predisponendo all'interno degli istituti penitenziari luoghi nei quali i detenuti abbiano la possibilità di incontrare i propri visitatori da soli⁷.

La raccomandazione del 2006 specifica invece che i detenuti devono essere autorizzati a comunicare il più frequentemente possibile – per lettera, telefono o altri mezzi di comunicazione – con la famiglia, terze persone, rappresentanti di organismi esterni e a ricevere visite da dette persone.

⁵ E.V. Sardina, *Le nuove regole penitenziarie del Consiglio d'Europa*, in *DPU*, 2020, fasc. 10, p.109.

⁶ Il testo è disponibile al seguente [link](#).

⁷ In tema, volendo, cfr. F. Martin, *Carcere e sessualità: nuovi spiragli costituzionali*, in *Giur. pen.*, n.1, 2023, p. 4 ss.

Ancora il comma 4 della regola n. 24 chiarisce che le modalità di esecuzione dei colloqui devono permettere ai detenuti di mantenere e sviluppare relazioni familiari il più possibile normali⁸.

Queste due raccomandazioni, benché non vincolanti, esprimono chiaramente l'esigenza di predisporre a livello nazionale strumenti idonei a garantire la piena esplicazione dell'individualità del detenuto, inclusa la sfera affettiva e sessuale⁹.

Ad ulteriore conferma della tendenza del regime penitenziario europeo, l'art. 1 lett. c) della Raccomandazione del Parlamento europeo n. 2003/2188 (INI) annovera tra i diritti da garantire ai detenuti quello ad avere una vita affettiva e sessuale attraverso la predisposizione di misure e luoghi appositi¹⁰.

Il diritto all'affettività e alla sessualità dei ristretti trova affermazione anche nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e nella giurisprudenza dei giudici di Strasburgo. In particolare, la Corte EDU individua negli artt. 8 e 12, che tutelano rispettivamente il diritto al rispetto della vita privata e familiare e il diritto al matrimonio, la base normativa di tale diritto.

Alla luce dei limiti intrinseci a queste disposizioni, la Corte è orientata nel senso da escludere che esista un obbligo positivo in capo agli stati parte di riconoscere ai detenuti un diritto assoluto ed incondizionato a godere di spazi ove consumare rapporti intimi con il proprio partner (diritto alla sessualità intramuraria). Infatti, la Corte ritiene che sia questa un'area in cui gli stati godono di ampia discrezionalità, venendo in considerazione questioni legate alle necessità e risorse dei singoli ordinamenti nazionali¹¹.

Per questo motivo, essa individua quale principio generale quello secondo cui, allo stato attuale, restrizioni alla riservatezza nel corso delle visite possono essere giustificate per il mantenimento dell'ordine e della sicurezza, a tutela della vittima dei reati ovvero per ragioni di prevenzione penale.

A tal proposito, è opportuno precisare che le regole penitenziarie europee, in particolare la Regola n. 24, comma 2, prevede che tali limitazioni devono sempre

⁸ A. La Villa, *Diritto all'affettività e alla sessualità: la realtà del Canton Ticino tra prassi e norma, in La dimensione dell'affettività in carcere. Uno studio sulla sessualità, la genitorialità e possibilità di procreazione nel sistema penitenziario*, in *Quaderni ISSP*, n. 13, 2015, p. 73 ss.

⁹ S. Talini, *Op. cit.*, p. 13.

¹⁰ M.E. Salerno, *Affettività e sessualità nell'esecuzione penale: diritti fondamentali dei detenuti? L'atteggiamento italiano su una questione controversa*, in *Giur. Pen.*, n. 6, 2017, p. 5.

¹¹ In *Dickson c. Regno Unito*, 4 dicembre 2007, § 66, inizialmente la Corte si pronunciò contro la violazione dei diritti del detenuto che chiedeva la possibilità di fecondare in vitro, giustificando tale decisione sulla base di ragioni legate alla natura violenta del reato commesso e al benessere del nascituro; nel 2007 la Grande Camera ha dato segni di apertura, ribaltando la precedente decisione.

garantire un contatto minimo accettabile ed il mantenimento e lo sviluppo di relazioni familiari il più possibile normali. Nonostante l'approccio prudente, è opportuno evidenziare che la Corte Europea non ha mancato di esprimere approvazione per i percorsi di riforma attuati in diversi stati europei in favore del regime delle *conjugal visits*, tese al miglioramento delle condizioni detentive e al reinserimento sociale del reo per mezzo del mantenimento dei legami familiari.

Conseguentemente, la Corte¹² aveva affermato che il controllo a vista del personale di custodia non ha come scopo specifico quello di impedire i rapporti affettivi intimi del recluso con il suo partner, ma persegue finalità generali di tutela dell'ordine e della sicurezza all'interno della struttura e, ancora, di prevenzione dei reati, sicché l'ostacolo all'esercizio del diritto alla sessualità sarebbe una delle conseguenze indirette della norma in esame, stante la naturale esigenza di intimità connessa a tale tipo di rapporti.

La Corte aveva stabilito, quindi, che l'asserita necessità di rimuovere tale conseguenza non giustifica la caduta di ogni forma di sorveglianza sui colloqui.

Secondariamente, l'eliminazione del controllo visivo non sarebbe bastata a realizzare l'obiettivo perseguito, dovendo necessariamente accedere ad una disciplina che stabilisca termini e modalità di esplicazione del diritto.

La giurisprudenza europea¹³ si è sviluppata lungo un segmento che nella fase iniziale tendeva a negare un diritto ad avere incontri intimi con il proprio partner per poi giungere ad una successiva caratterizzata da un'evoluzione positiva in tema di mantenimento dei contatti con il mondo esterno attraverso le visite familiari mediante l'esplicito riconoscimento, in capo agli Stati contraenti, di *positive obligations* derivanti proprio dal diritto al rispetto della vita privata e familiari sancito all'art. 8 CEDU.

L'orientamento prevalente¹⁴ si fonda sul fatto che, se è vero che una certa discrezionalità è riconosciuta alle autorità statali quando sono chiamate a decidere sulla questione delle visite familiari, è anche vero che tali autorità hanno il dovere di assistere

¹² Corte cost., 19 dicembre 2012, n. 301.

¹³ In un primo momento l'interpretazione degli organi di Strasburgo si fondava sul presupposto secondo cui la separazione tra il detenuto e la sua famiglia è un aspetto inerente alla detenzione e che una generale limitazione dei contatti diretti con i familiari non viola l'art. 8 CEDU, tenuto conto anche del carattere non assoluto di tale articolo (Corte EDU, 24 aprile 1988, Boyle e Rice c. Regno Unito, §74). Successivamente, a seguito dell'evoluzione che ha riguardato le funzioni della pena, la Corte ritiene che sia necessario effettuare un giusto equilibrio tra la funzione meramente punitiva e quella riabilitativa (Corte EDU, Grande Camera, 24 ottobre 2002, Mastromatteo c. Italia, §72; Corte EDU, 18 ottobre 2005, Schemkamper c. Francia §75833; Corte EDU, 15 dicembre 2009, Maiorano e altri c. Italia, §108).

¹⁴ Corte EDU, 25 luglio 2013, Khodorkovskiy e Lebedev c. Russia, §837.

i detenuti nella creazione e mantenimento dei legami extra-murari, offrendo in questo modo i mezzi per il reinserimento sociale degli stessi.

Quindi è necessario che, sul piano interno, le autorità statali forniscano ai soggetti ristretti e, se del caso, ai membri delle loro famiglie, una realistica opportunità di esercitare in maniera effettiva il diritto alle visite familiari. Orbene risulta evidente che l'obbligo positivo degli Stati è strettamente collegato alla necessità di una valutazione individuale. In altre parole, ogni qual volta uno Stato intenda limitare il diritto dei detenuti al mantenimento dei contatti con il mondo esterno o sia chiamato a valutare richieste relative alle visite familiari, è tenuto a prendere in considerazione i rischi e le esigenze del caso concreto¹⁵.

Di conseguenza, qualsiasi restrizione automatica sul tipo, sulla frequenza e sulla durata delle visite familiari è da ritenersi inammissibile, poiché impedisce o limita una valutazione che tenga in considerazione le peculiarità del caso specifico e non offre alcun margine di flessibilità per determinare se le restrizioni imposte dallo Stato siano appropriate o effettivamente necessarie in ogni singolo caso¹⁶.

Appare chiaro come la giurisprudenza europea si sia orientata nel ritenere anche la sfera affettiva di un soggetto detenuto, meritevole di tutela rafforzata che – se inutilmente limitata – andrebbe a pregiudicare, prima che i diritti, la sfera emotiva e la salute del singolo. La stessa Corte europea dei diritti dell'uomo, pur avendo escluso – nelle sentenze 4 dicembre 2007, Dickson c. Regno Unito e 29 luglio 2003, Aliev c. Ucraina – che gli articoli 8, paragrafo 1, e 12 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, prescrivano inderogabilmente agli Stati parte di permettere i rapporti sessuali all'interno della struttura carceraria aveva, però, espresso il proprio apprezzamento nei confronti del movimento di riforma in atto.

Più di recente la CEDU si è nuovamente pronunciata sulla questione, in particolare in merito alla portata del diritto all'affettività nella sua declinazione del diritto alla sessualità, delle persone detenute¹⁷. Il ricorrente lamentava la lesione del diritto a ricevere visite coniugali private in carcere e adduceva che le restrizioni ingiustificate e sproporzionate al suo diritto a ricevere visite intime della moglie violassero l'art. 8 della Convenzione, nella parte in cui riconosce e tutela il diritto al rispetto della vita privata e familiare.

¹⁵ Corte EDU, Grande Camera, Khoroshenko c. Russia, *Joint concurring opinion* dei giudici Pinto De Albuquerque e Turković, §17.

¹⁶ M.E. Salerno, *Affettività in carcere e diritto alle visite familiari. A Strasburgo, tra affermazioni di principio e tutela effettiva*, in *Giur. Pen.*, 2019, n. 2-bis, p. 19.

¹⁷ Corte EDU, 1° luglio 2021, sent. Lesław Wójcik c. Polonia.

Più nel dettaglio, il ricorrente, recluso per un lasso di tempo significativo in ragione di un numero considerevole di condanne, sin dall'inizio della sua detenzione avanzava – e vedeva accolte – numerose richieste di visita da parte della moglie, del figlio e di altri componenti familiari.

La Corte EDU ha però rigettato il ricorso negando la violazione dell'art. 8: ricostruita la propria giurisprudenza in punto di risocializzazione e recupero dei condannati, essa ha ricordato che il diritto alla visita riconosciuto dall'ordinamento penitenziario polacco rappresenta non un diritto, bensì un beneficio subordinato alla buona condotta del detenuto. Nel caso di specie, dunque, non poteva ravvisarsi nei rifiuti dell'Autorità nazionale un comportamento arbitrario o manifestamente irragionevoli; i provvedimenti di rigetto del giudice di sorveglianza polacco erano 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.

La CEDU ha quindi ritenuto che non vi fosse stata alcuna compressione o violazione dei diritti fondamentali del ricorrente.

3. L'ordinanza del Magistrato di Sorveglianza di Spoleto

Come noto la questione inerente al diritto alla sessualità dei detenuti è stata sollevata dal Magistrato di Sorveglianza di Spoleto¹⁸. Il provvedimento origina da un reclamo presentato da un detenuto contro il divieto, impostogli dall'amministrazione penitenziaria, di svolgere colloqui intimi con i propri familiari, ed in particolare con la compagna. Lo stesso evidenziava come, anche in assenza di permessi premio previsti in suo favore, un colloquio intimo costituisse l'unico strumento per esercitare il proprio diritto ad una serena relazione di coppia e ad assicurargli a pieno un ruolo genitoriale.

Orbene da un punto di vista normativo, con riferimento ai colloqui nell'istituto penitenziario, la vigilanza continua è imposta dall'art. 18, comma 3, O.P. che prevede che: *«i colloqui si svolgono in appositi locali, sotto il controllo a vista e non auditivo del personale di custodia»*.

Lo stesso regolamento di servizio del Corpo di Polizia Penitenziaria prevede che, in occasione dei colloqui dei detenuti con i familiari, sia mantenuta una sorveglianza

¹⁸ Ord. 12 gennaio 2023, n. 23 in *Giur. pen.*

per la durata dell'incontro e che lo stesso si svolga in maniera tale da non arrecare disturbo e mantenendo una condotta consona.

Ancora, ulteriori disposizioni regolamentari riprendono tale necessità: così in relazione al potere del Direttore di autorizzare lo svolgimento del colloquio anche per consentire ai familiari di fruire di un pasto insieme, in separati locali, ma sempre tenendo fermo l'obbligo imposto dalla normativa primaria di cui all'art. 18, comma 2, O.P.

Ciò che quindi resta radicalmente precluso all'interessato è la possibilità che il colloquio si svolga in un contesto in cui sia assicurata l'intimità, con un importante impatto nella dimensione familiare dell'incontro anche con i minori, ma con un dirimente effetto inibitorio rispetto alla possibilità di utilizzare il tempo del colloquio con il partner per rapporti intimi, anche di tipo sessuale.

Emerge quindi un vero e proprio divieto di esercitare l'affettività in una dimensione riservata, e segnatamente la sessualità con il partner non detenuto in contesto penitenziario, in quanto l'ordinamento prevede soltanto una modalità di colloquio visivo con i familiari che impone il controllo a vista (art. 18, comma 3, O.P.).

Nell'esaminare la questione, il Magistrato di Sorveglianza ritiene che la stessa sia differente da quella già prospettata alla Consulta nel 2012.

Nel reclamo che ha dato origine all'ordinanza di rimessione e successivamente alla pronuncia della Corte costituzionale in commento, sotto il profilo della rilevanza della stessa nel procedimento, il reclamante si duole del divieto, derivante dall'attuale normativa, di poter disporre di spazi di adeguata intimità, anche per esercitare la sessualità con la compagna nel momento in cui gli è consentito di svolgere con la stessa i colloqui visivi che prevedono la costante sottoposizione al controllo visivo della polizia penitenziaria¹⁹.

¹⁹ La Corte costituzionale, nella pronuncia in esame, ha rilevato che: «*Il segmento normativo censurato dal giudice a quo, vale a dire la prescrizione del controllo visivo, è ribadito dall'art. 37, comma 5, del decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 2000, n. 230 (Regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure private e limitative della libertà), per cui «[i]n ogni caso, i colloqui si svolgono sotto il controllo a vista del personale del Corpo di polizia penitenziaria». Tali previsioni non contemplano deroghe, e anche l'art. 61, comma 2, lettera b), dello stesso d.P.R. n. 230 del 2000, laddove consente al direttore dell'istituto, in funzione della preservazione dei rapporti familiari del detenuto, di autorizzare visite di durata più lunga dell'ordinario, fruibili in appositi locali o all'aperto, non devia dal controllo a vista, tenendo anzi ferme «le modalità previste dal secondo comma [oggi: terzo comma] dell'articolo 18 della legge». È dunque corretto il presupposto interpretativo da cui muove l'ordinanza di rimessione – peraltro confermato dalla giurisprudenza di legittimità (Corte di cassazione, sezione prima penale, sentenza 27 settembre 2022-24 gennaio 2023, n. 3035) – circa l'assolutezza della prescrizione del controllo visivo sui colloqui familiari del detenuto e la conseguente preclusione dell'esercizio dell'affettività intramuraria, anche sessuale».*

L'ordinamento penitenziario tutela in modo peculiare, in particolare mediante i colloqui visivi e la corrispondenza telefonica, i rapporti dei detenuti con i congiunti, e tra questi certamente figura la persona convivente, con ricostruzione pacifica per l'amministrazione penitenziaria.

E nel caso in esame non potrebbe trovarsi una soluzione mediante l'utilizzo dei permessi premio da un lato, più prettamente specifico, perché il detenuto non dispone di un adeguato programma trattamentale e dall'altro, in via generale, perché già la Corte costituzionale con la pronuncia del 2012 aveva ritenuto che l'uso dei permessi premio avrebbe spostato il piano dell'esercizio di un diritto che appare da annoverare tra quelli fondamentali della persona, precludendolo a chi si trovi nella condizione del condannato.

In merito alla non manifesta infondatezza, il giudice ritiene che a venire in rilievo appaia innanzitutto il diritto alla libera espressione della propria affettività, anche mediante i rapporti sessuali, quale diritto inviolabile riconosciuto e garantito, secondo il disposto dell'art. 2 Cost.

Si tratta di un diritto così qualificato dalla stessa giurisprudenza²⁰ della Corte costituzionale, che ha esplicitato da tempo come l'attività sessuale sia indispensabile completamento e piena manifestazione del diritto all'affettività e non costituisca uno degli essenziali modi di espressione della persona umana che va ricompreso tra le posizioni soggettive direttamente tutelate dalla Costituzione ed inquadrato tra i diritti inviolabili della persona umana che l'art. 2 Cost. impone di garantire.

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

In tal senso, dunque, si appalesa un contrasto anche con l'art. 13, comma 4, Cost., poiché un'amputazione così radicale di un elemento costitutivo della personalità quale la dimensione sessuale dell'affettività, finisce per configurare una forma di violenza fisica e morale sulla persona detenuta che, nella mancanza di una giustificazione sotto il profilo della sicurezza, si volge in mera vessazione, umiliante e degradante, per altro non soltanto per il condannato, ma per la persona con lui convivente, cui pure viene

²⁰ Corte cost., 23 maggio 1985, n. 161; Corte cost., 11 febbraio 1999, n. 26.

interdetto l'accesso a quella sessualità e alla genitorialità che potrebbe, ove lo si volesse, derivare, inibendo per un tempo variabile, ma che potrebbe anche rivelarsi di-
rimente in termini negativi, le possibilità per la coppia di generare figli.

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

Il divieto di svolgere colloqui intimi con il partner in libertà si appalesa poi in contrasto con la protezione della famiglia derivante dal combinato disposto degli art. 29, 30 e 31 Cost., nella misura in cui la stessa deve trovare nella legge forza e sostegno per costituirsi, ma anche per assicurare a tutti i suoi componenti protezione.

In questa chiave, invece, del tutto distonica è la previsione di un divieto che logora i rapporti di coppia, che rischia di spezzarli a fronte del protrarsi del tempo in cui la fondamentale componente della sessualità non può essere esercitata, e di fatto pone precondizioni non perché, al rientro in libertà della persona detenuta, la stessa possa tornare alla propria famiglia con maggiori chance di reinsediarsi nella pienezza del proprio ruolo, ma avendo vissuto un periodo, breve o lungo, nel quale gli è stata imposta una innaturale astinenza dal vincolo unitivo del rapporto sessuale con il/la partner.

Ciò pregiudica, peraltro, la stessa possibilità di accedere alla genitorialità, e mina, anche in contesti in cui la coppia non abbia fatto accesso agli istituti del matrimonio o dell'unione civile, il diritto dei figli alla serenità del rapporto di coppia tra i genitori, condizione non secondaria per lo sviluppo della propria personalità.

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

Il Magistrato di sorveglianza di Spoleto ha quindi sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 18 O.P. nella parte in cui non prevede che alla persona detenuta sia consentito, quando non ostino ragioni di sicurezza, di svolgere colloqui intimi, anche a carattere sessuale, con la persona convivente non detenuta, senza che

sia imposto il controllo a vista da parte del personale di custodia, per contrasto con gli art. 2, 3, 13, commi 1 e 4, 27, comma 3, 29, 30, 31, 32 e 117, comma 1 Cost., quest'ultimo in rapporto agli art. 3 e 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

4. I profili di incostituzionalità: la decisione della Consulta

La questione dell'affettività intramuraria concerne l'individuazione del limite concreto entro il quale lo stato detentivo è in grado di giustificare una compressione della libertà di esprimere affetto, anche nella dimensione intima; limite oltre il quale il sacrificio della libertà stessa si rivela costituzionalmente ingiustificabile, risolvendosi in una lesione della dignità della persona.

Lo stato di detenzione, infatti, può incidere sui termini e sulle modalità di esercizio di questa libertà, ma non può annullarla in radice, con una previsione astratta e generalizzata, insensibile alle condizioni individuali della persona detenuta e alle specifiche prospettive del suo rientro in società.

È pur vero che l'osservazione del colloquio rappresenta un importante presidio di regolarità, funzionale ad evitarne la strumentalizzazione a fini impropri, così da permetterne, se del caso, l'immediata sospensione; si tratta tuttavia di un controllo a vista con la conseguenza che il controllo auditivo sul colloquio è escluso salvo eccezioni, mentre il controllo visivo è prescritto senza eccezioni.

Proprio questa assolutezza espone la disposizione censurata a un giudizio di irragionevolezza per difetto di proporzionalità in quanto, nel presidiare la regolarità dell'incontro, il controllo a vista sullo svolgimento del colloquio obiettivamente restringe lo spazio di espressione dell'affettività, per la naturale intimità che questa presuppone, in ogni sua manifestazione, non necessariamente sessuale.

La prescrizione del controllo a vista sullo svolgimento del colloquio del detenuto con le persone a lui legate da stabile relazione affettiva, in quanto disposta in termini assoluti e inderogabili, si risolve in una compressione sproporzionata e in un sacrificio irragionevole della dignità della persona, quindi in una violazione dell'art. 3 Cost., sempre che, tenuto conto del comportamento del detenuto in carcere, non ricorrano in concreto ragioni di sicurezza o esigenze di mantenimento dell'ordine e della disciplina, né sussistano, rispetto all'imputato, specifiche finalità giudiziarie.

Inoltre, un ulteriore profilo di irragionevolezza delle restrizioni imposte all'espressione dell'affettività, quali conseguono all'inderogabilità del controllo a vista sui colloqui familiari, riguarda il loro riverberarsi sulle persone che, legate al detenuto

da stabile relazione affettiva, vengono limitate nella possibilità di coltivare il rapporto, anche per anni. Si tratta di persone estranee al reato e alla condanna, che subiscono dalla descritta situazione normativa un pregiudizio indiretto.

L'impossibilità per il detenuto di esprimere una normale affettività con il partner si traduce in un vulnus alla persona nell'ambito familiare e, più ampiamente, in un pregiudizio per la stessa nelle relazioni nelle quali si svolge la sua personalità, esposte pertanto ad un progressivo impoverimento, e in ultimo al rischio della disgregazione. Da questo punto di vista si evidenzia la violazione dell'art. 27, comma 3, Cost., in quanto una pena che impedisce al condannato di esercitare l'affettività nei colloqui con i familiari rischia di rivelarsi inidonea alla finalità rieducativa.

Ampliando lo sguardo in chiave europea, la disposizione censurata viola anche l'art. 117, comma 1, Cost., in relazione all'art. 8 CEDU²¹.

In particolare, la Corte di Strasburgo non esclude che il singolo ordinamento possa rifiutare l'accesso alle visite coniugali quando ciò sia giustificato da obiettivi di prevenzione del disordine e del crimine, ai sensi del paragrafo 2 dell'art. 8 CEDU, così come evidenziato nella sentenza 29 aprile 2003, *Aliev c. Ucraina*, § 88).

La Corte tuttavia precisa, in una successiva pronuncia (sentenza *Dickson c. Regno Unito* sub. nota n. 11), che viene richiesto un «*fair balance*» tra gli interessi pubblici e privati coinvolti ovvero un test di proporzionalità della restrizione carceraria e, quand'anche la visita coniugale sia intesa in senso premiale, si esige un'adeguata valutazione di taglio casistico.

Il carattere assoluto e indiscriminato del divieto di esercizio dell'affettività intramuraria, quale deriva dall'inderogabilità della prescrizione del controllo a vista sullo svolgimento dei colloqui, pone l'art. 18 O.P. in contrasto con l'art. 8 CEDU, sotto il profilo del difetto di proporzionalità tra tale radicale divieto e le sue, pur legittime, finalità. In particolare, il diritto al rispetto della vita privata e familiare, garantito dal paragrafo 1 dell'art. 8 CEDU, viene compresso senza che sia verificabile in concreto,

²¹ La Corte rileva che in altri stati comunitari vi sono degli appositi spazi concessi ai detenuti per esprimere la propria affettività. In Francia esistono infatti i parlatori familiari (*parloirs familiaux*) e le unità di vita familiare (*unités de vie familiale*), locali appositamente concepiti nei quali il codice penitenziario francese prevede possano svolgersi visite di familiari adulti, di durata più o meno estesa, «*sans surveillance continue et directe*»; con funzione analoga si segnalano le «*comunicaciones íntimas*», disciplinate dal regolamento penitenziario spagnolo, e le visite di lunga durata «*langzeitbesuche*», ammesse dalla legislazione penitenziaria di molti *Länder* tedeschi. In più occasioni, la Corte EDU, pur dichiarando che gli Stati non sono obbligati a riconoscere le *conjugal visits*, poiché godono al riguardo di un vasto margine di apprezzamento, ha ritenuto il suddetto orientamento legislativo conforme alla tutela dei diritti e delle libertà previsti dalla Convenzione.

agli effetti del successivo paragrafo 2, la necessità della misura restrittiva per esigenze di difesa dell'ordine e prevenzione dei reati.

5. Note conclusive e problematiche applicative

La pronuncia della Corte costituzionale si inserisce all'interno di un lungo e ormai consolidato percorso volto a colmare le "dimenticanze" del legislatore, non di rado attraverso interpretazioni "correttive" di alcune norme. Nel caso in esame, la Corte ha deciso di riconoscere e quindi di rendere meritevole di tutela il diritto alla sessualità anche dei soggetti ristretti negli istituti penitenziari.

Consapevole delle ricadute pratiche di tale sentenza la Corte ha tuttavia effettuato delle specificazioni volte a perimetrare e regolamentare l'ambito di applicazione dei colloqui affettivi. La durata dei colloqui intimi deve essere adeguata all'obiettivo di consentire al detenuto e al suo partner un'espressione piena dell'affettività, che non necessariamente implica una declinazione sessuale, ma neppure la esclude.

In quanto finalizzate alla conservazione di relazioni affettive stabili, le visite in questione devono potersi svolgere in modo non sporadico (ovviamente qualora ne permangano i presupposti), e tale da non impedire che gli incontri possano raggiungere lo scopo complessivo di preservazione della stabilità della relazione affettiva²².

È previsto poi che, prima di autorizzare il colloquio riservato, il Direttore dell'istituto, oltre all'esistenza di eventuali divieti dell'autorità giudiziaria che impediscano i contatti del detenuto con la persona con la quale il colloquio stesso deve avvenire, avrà cura di verificare altresì la sussistenza del presupposto dello stabile legame affettivo, in particolare l'effettività della pregressa convivenza.

La rimozione del controllo a vista del personale di custodia, funzionale a consentire lo svolgimento del colloquio nell'intimità necessaria all'espressione dell'affettività, può dunque essere negata quando, tenuto conto del comportamento del detenuto in carcere, ostino ragioni di sicurezza o esigenze di mantenimento dell'ordine e

²² «È comunque necessario che sia assicurata la riservatezza del locale di svolgimento dell'incontro, il quale, per consentire una piena manifestazione dell'affettività, deve essere sottratto non solo all'osservazione interna da parte del personale di custodia (che dunque vigilerà solo all'esterno), ma anche allo sguardo degli altri detenuti e di chi con loro colloqui. A differenza di quanto previsto dall'art. 19, comma 3, del d.lgs. n. 121 del 2018 per la visita prolungata del detenuto minorenni, per il detenuto adulto non va ammessa la compresenza di più persone, considerata l'eventualità di una declinazione sessuale dell'incontro, che deve quindi svolgersi unicamente con il coniuge, la parte dell'unione civile o la persona stabilmente convivente con il detenuto stesso».

della disciplina, ovvero anche, riguardo all'imputato, motivi di carattere giudiziario.

Possono quindi rilevare in senso ostativo – non soltanto la pericolosità sociale del detenuto, ma anche – irregolarità di condotta e precedenti disciplinari, in una valutazione complessiva che appartiene in prima battuta all'amministrazione e in secondo luogo al magistrato di sorveglianza, sulla base del modulo ordinario di cui agli artt. 35-*bis* e 69, comma 6, lettera b), O.P.

Di particolare interesse è che la decisione della Consulta non riguarda il regime speciale di detenzione di cui all'art. 41-*bis* O.P., poiché esso, ai sensi del comma 2-*quater*, lettera b), della stessa disposizione, comporta l'applicazione di una disciplina dei colloqui radicalmente derogatoria, quanto al controllo finanche auditivo sui colloqui medesimi e alla conformazione dei locali in cui si svolgono. La decisione neppure riguarda i detenuti sottoposti a sorveglianza particolare, in quanto, sebbene le restrizioni associate a tale regime non possano avere ad oggetto i colloqui con il coniuge e il convivente (art. 14-*quater*, comma 4, O.P.), i presupposti della relativa applicazione, definiti dall'art. 14-*bis*, comma 1, O.P., sono antitetici rispetto a quelli dell'ammissione al colloquio intimo, trattandosi di reclusi che «*con i loro comportamenti compromettono la sicurezza ovvero turbano l'ordine negli istituti*» (lettera a), «*con la violenza o minaccia impediscono le attività degli altri detenuti o internati*» (lettera b) o che «*nella vita penitenziaria si avvalgono dello stato di soggezione degli altri detenuti nei loro confronti*» (lettera c).

Tuttavia, con riferimento ai detenuti per reati cosiddetti ostativi, non sussistono impedimenti normativi che precludano l'esercizio dell'affettività *intra moenia*, posto che l'ostatività del titolo di reato inerisce alla concessione dei benefici penitenziari e non riguarda le modalità dei colloqui. Peraltro, la significativa riduzione del numero dei colloqui autorizzabili indica un chiaro orientamento legislativo nel senso di un maggiore controllo sugli incontri di queste persone, e ciò non può che tradursi in una più stringente verifica dei presupposti di ammissione all'esercizio dell'affettività intramuraria.

Tale sentenza si confronta anche con le numerose decisioni della Corte EDU e la conseguente evoluzione giurisprudenziale in materia.

Se infatti, in primo momento, la giurisprudenza europea riteneva che la mancanza di colloqui con i familiari fosse un elemento *in re ipsa* dell'esecuzione della pena detentiva o che rappresentasse al più un beneficio subordinato alla buona condotta del detenuto, l'orientamento oggi prevalente intende salvaguardare le relazioni affettive e sociali del singolo detenuto onde favorire il suo reinserimento nella società e

consentirgli di mantenere quelle relazioni fondamentali che rappresentano il fulcro di ogni individuo.

La Corte, infine, auspica un pronto intervento del legislatore che regoli la questione disciplinando modalità e contenuti; a ciò si aggiunga che l'intervento sarebbe necessario anche per individuare gli appositi spazi, le tempistiche e le modalità, possibilmente omogenee per tutte le strutture penitenziarie, volte a far usufruire ai detenuti il proprio diritto alla sessualità.

Si rischia, nel silenzio della norma, che i vari magistrati di sorveglianza siano oberati da reclami avanzati dai detenuti che da un punto di vista astratto potrebbero (*rectius* avrebbe diritto) di esercitare il proprio diritto alla sessualità, ma concretamente non possono farlo per mancanza di adeguati spazi, e che dunque tale incisiva apertura della Corte costituzionale risulti, nell'immediato, più un utopico intervento che una vera e propria tutela e salvaguardia dei diritti degli ultimi.

ABSTRACT

Con la sentenza in commento la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 18 L. 26 luglio 1975, n. 354 nella parte in cui non prevede che la persona detenuta possa essere ammessa a svolgere i colloqui con il coniuge, la parte dell'unione civile o la persona con lei stabilmente convivente, senza il controllo a vista del personale di custodia, quando, tenuto conto del comportamento della persona detenuta in carcere, non ostino ragioni di sicurezza o esigenze di mantenimento dell'ordine e della disciplina, né, riguardo all'imputato, ragioni giudiziarie. Viene quindi riconosciuto, al detenuto, la possibilità di mantenere, anche all'interno del carcere, delle relazioni sentimentali ed affettive con il proprio partner.

PAROLE CHIAVE

Carcere – Detenuti – Sessualità – Colloqui – Partner – CEDU

* * *

PRISONERS' RIGHT TO SEXUALITY:
PRISON AS A PLACE OF AFFECTIVITY

ABSTRACT

With the sentence in question the Constitutional Court declared the constitutional illegitimacy of the art. 18 L. 26 July 1975, n. 354 in the part in which it does not provide that the detained person can be admitted to carry out interviews with the spouse, the party in the civil union or the person permanently cohabiting with them, without the visual control of the custodial staff, when, taking into account the behavior of the person detained in prison, there are no security reasons or needs to maintain order and discipline, nor, with regard to the accused, judicial reasons. The inmate is therefore recognized as having the possibility of maintaining sentimental and emotional relationships with his or her partner, even within prison.

KEYWORDS

Prison – Inmates – Sexuality – Interviews – Partners – CEDU