



CONSULTA ONLINE

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



2023 FASC. III

(ESTRATTO)

ELEONORA SANTORO

**SIAMO ALLE PORTE DELLA QUARTA “INCOSTITUZIONALITA’ PROSPETTATA”?
QUALCHE OSSERVAZIONE IN ATTESA DELLA DECISIONE SULL’ORDINANZA DI RIMMISSIONE N. 5 DEL 2023**

23 DICEMBRE 2023

IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO

Eleonora Santoro

Siamo alle porte della quarta “incostituzionalità prospettata”? Qualche osservazione in attesa della decisione sull’ordinanza di rimessione n. 5 del 2023*

ABSTRACT: *Waiting for the Constitutional Court to rule on the constitutionality of the art. 18 of the law no. 354/1975 (which prevents the inmate from carrying out intimate conversations, even of sexual nature, requiring visual control by the custodial staff), the paper wants to analyze the discussion during the public hearing that took place on December 5th. The aim is to underline few aspects which could be important for the Court's choice of the decision technique.*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L’ordinanza di rimessione del Magistrato di sorveglianza di Spoleto. – 2.1. Il precedente: l’inammissibilità dichiarata con la sentenza n. 301 del 2012. – 2.2. Il mutato quadro normativo di riferimento. – 3. La discussione in udienza pubblica. – 3.1. Due evidenti preoccupazioni: sicurezza e fondi. – 4. L’incostituzionalità prospettata come prognosi plausibile?

1. Premessa

Il 5 dicembre 2023 si è svolta l’attesissima udienza pubblica in cui è stata discussa davanti alla Corte costituzionale l’ordinanza n. 5 del 2023 sul diritto all’affettività-sessualità dei detenuti.

In questa sede, non si ricostruirà il tema della configurabilità di un diritto inviolabile del detenuto all’affettività e alla sessualità intramuraria¹, ma si rivolgerà l’attenzione alla discussione avvenuta in sede processuale, la quale potrebbe essere rivelatrice dell’importanza di alcune tematiche nella scelta dello strumento processuale di decisione ad opera del Giudice delle leggi.

Ad ogni modo, non può pretermettersi l’errata impostazione della questione in sede di dibattito pubblico (e non solo, purtroppo) nei termini banalizzanti di “diritto a fare sesso in carcere”, con la vulgata delle “celle a luci rosse” e delle carceri trasformate in postriboli. Infatti, quel che viene in rilievo nelle questioni di legittimità costituzionale sottoposte all’attenzione della Corte è, piuttosto, il diritto della persona detenuta allo svolgimento di colloqui intimi, *anche* a carattere sessuale. L’intimità affettiva, invero, si declina in numerose forme.

2. L’ordinanza di rimessione del Magistrato di sorveglianza di Spoleto

Nell’ambito di un procedimento per reclamo *ex art. 35-bis*, o.p., proposto da un detenuto presso la Casa circondariale di Terni, che si doleva del divieto oppostogli dall’amministrazione penitenziaria circa lo svolgimento di colloqui intimi e riservati con la compagna e la figlia in tenera età, il Magistrato di sorveglianza di Spoleto, con ordinanza del 12 gennaio 2023², ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell’art. 18 della legge 26 luglio 1975, n. 354, «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», in riferimento agli artt. 2, 3, 13, comma 1 e comma 4, 27, comma 3, 29, 30, 31, 32 e 117, comma 1, Cost., quest’ultimo in relazione agli artt. 3 e 8 CEDU.



¹ Sul punto si veda S. TALINI, *L’affettività ristretta*, in M. Ruotolo e S. Talini (curr.) *Dopo la riforma. I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, Napoli, 2019, vol. II, 246 ss.

² In [G.U. 1a Serie Speciale - n. 6 del 8-2-2023](#). A commento dell’ordinanza, cfr. F. MARTIN, *Carcere e sessualità: nuovi spiragli costituzionali*, in [Giurisprudenza Penale Web](#), n. 1 del 2023; S. TALINI, *Un passo decisivo verso la garanzia della sessualità intramuraria?* in [Sistema Penale](#), n. 3 del 2023, 33 ss.; S. ANASTASIA, S. GRIECO, *Una nuova questione sul diritto alla sessualità in carcere*, in [Giustizia Insieme](#), 29 marzo 2023; A. MENGHINI, *Affettività e sessualità in carcere: una questione di dignità*, in *Dir. pen. e proc.*, n. 9 del 2023, 1190 ss.

La previsione del controllo a vista inserita nell'art. 18 o.p. impedirebbe, infatti, l'esercizio del diritto inviolabile del detenuto all'affettività e alla sessualità, operando una compressione ulteriore della libertà personale, irragionevole perché non giustificata da esigenze di sicurezza, con pregiudizio inoltre della salute psicofisica del ristretto e della serenità delle sue relazioni familiari, nonché in contrasto con il senso di umanità e la finalità rieducativa della pena, in tal modo risolvendosi in un trattamento inumano e degradante, lesivo del diritto di ogni individuo al rispetto della propria vita privata e familiare.

Il controllo visivo, pertanto, si tradurrebbe in un divieto implicito all'esercizio dell'affettività-sessualità col proprio partner nel contesto detentivo, sollevando così plurimi dubbi di costituzionalità persuasivamente argomentati dal Magistrato di sorveglianza: *i)* il divieto di colloqui intimi lederebbe 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.»; *ii)* l'astinenza dai rapporti sessuali determinerebbe, di fatto, un'ingiustificata compressione aggiuntiva della libertà personale (intesa come disponibilità del proprio corpo) garantita dall'art. 13, comma 1, Cost. generando un *surplus* di sofferenza, rispetto a quella legittimamente derivante dallo stato detentivo, non sempre giustificato da ragioni di sicurezza; *iii)* sarebbe violato l'art. 13, comma 4, Cost., poiché il divieto assoluto di assecondare una normale sessualità si risolverebbe in una violenza fisica e morale sulla persona ristretta, espressamente vietata dalla Carta costituzionale; *iv)* la disposizione violerebbe gli artt. 29, 30 e 31 Cost., a tutela delle relazioni familiari, logorando i rapporti di coppia, anche a danno della serenità dei figli, e pregiudicando la «possibilità di accedere alla genitorialità» ove desiderata; *v)* l'astinenza sessuale coatta e prolungata darebbe luogo a potenziali danni alla salute psicofisica del detenuto, in contrasto con la tutela della salute di cui all'art. 32 Cost.; *vi)* il divieto di colloqui intimi risulterebbe ostativo alla finalità rieducativa della pena di cui all'art. 27, comma 3, Cost.; *vii)* la coattiva privazione dell'affettività violerebbe anche l'art. 117, comma 1, Cost., in relazione agli artt. 3 e 8 CEDU, in quanto sfocerebbe in un trattamento inumano e degradante e lederebbe il diritto del detenuto al rispetto della propria vita privata e familiare³; *viii)* da ultimo, sarebbe violato l'art. 3 Cost., in primo luogo, sotto il profilo della ragionevolezza, in quanto il divieto di incontri intimi è indiscriminato e non riferito a particolari esigenze di sicurezza, in secondo luogo, con riguardo alla disparità di trattamento rispetto all'ordinamento penitenziario minorile, dato che l'art. 19 del d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121 ha previsto – soltanto per l'esecuzione minorile – la riproduzione di ambienti di tipo domestico ove svolgere visite prolungate a tutela dell'affettività.

2.1. *Il precedente: l'inammissibilità dichiarata con la [sentenza n. 301 del 2012](#)*

Questioni parzialmente analoghe alle odierne, sono già state dichiarate inammissibili dalla Corte costituzionale con la [sentenza n. 301 del 2012](#) e di questo è ben consapevole il *giudice a quo*, che argomenta scrupolosamente sul punto.

Si tratta di una decisione di inammissibilità con monito pronunciata ormai una decade fa, in cui la Corte esplicitamente richiama l'attenzione del legislatore, anche alla luce delle indicazioni

³ È utile sottolineare che i giudici di Strasburgo (Corte EDU, 20 aprile 2003, *Aliev c. Ucraina* e Corte EDU, 4 dicembre 2007, *Dickson c. Regno Unito*), pur esprimendo un apprezzamento verso gli ordinamenti nazionali propensi al riconoscimento del diritto all'affettività-sessualità, hanno escluso che la CEDU – segnatamente gli artt. 8 e 12 – contenga una prescrizione inderogabile in tal senso. Tuttavia, più di recente, gli stessi giudici hanno affermato (Corte EDU, 30 giugno 2015, *Khoroshenko c. Russia*; Corte EDU, Grande Camera, 4 aprile 2018, *Correira De Matos c. Portogallo*) che sussistono in capo agli Stati membri delle “*positive obligations*”, discendenti proprio dall'art. 8 CEDU; le autorità statali, infatti, devono fornire ai detenuti una realistica opportunità di esercizio del diritto alle *family visits*. Cfr. in argomento S. GRIECO, *Il diritto all'affettività delle persone recluse*, Napoli, 2022, 9-13. Per un'analisi più dettagliata della giurisprudenza CEDU, si può vedere M. E. SALERNO, *Affettività in carcere e diritto alle visite familiari. A Strasburgo, tra affermazioni di principio e tutela effettiva*, in [Giurisprudenza Penale Web](#), n. 2-bis del 2019; L. RE, S. CIOFFOLETTI, *La pena rimossa. Detenzione e diniego della sessualità nelle carceri italiane*, in C. BOTRUGNO e G. CAPUTO, *Vulnerabilità, carcere e nuove tecnologie Prospettive di ricerca sul diritto alla salute*, 2020, 78.

provenienti dagli atti sovranazionali e dell'esperienza comparatistica⁴, affermando che costituisce «una esigenza reale e fortemente avvertita [...] quella di permettere alle persone sottoposte a restrizione della libertà personale di continuare ad avere relazioni affettive intime, anche a carattere sessuale: esigenza che trova attualmente, nel nostro ordinamento, una risposta solo parziale. [...]».

In quell'occasione, le questioni erano state sollevate dal Magistrato di Sorveglianza di Firenze, sempre con riguardo all'art. 18 o.p., soltanto con riferimento a parametri interni, nello specifico gli artt. 2, 3, 27, comma 3, 29, 31 e 32 Cost.

L'inammissibilità fu rilevata per due distinte e concorrenti ragioni: da un lato, per difetto di rilevanza, derivante dall'omessa descrizione della fattispecie da parte del giudice *a quo*, dall'altro, per la formulazione del *petitum*, attinente all'inciso riguardante il controllo a vista sui colloqui dei detenuti, che anche nell'ipotesi dell'accoglimento, sarebbe stato inidoneo al raggiungimento dello scopo di consentire lo svolgimento di colloqui intimi. Su quest'ultimo aspetto la Corte giudicava «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 [sarebbe rivelato], per un verso, eccedente lo scopo perseguito e, per altro verso, insufficiente a realizzarlo»⁵. Invero – argomentava la Corte – «il controllo a vista del personale di custodia non mira, in effetti, ad impedire in modo specifico ed esclusivo i rapporti affettivi intimi tra il recluso e il suo “partner”, ma persegue finalità generali di tutela dell'ordine e della sicurezza all'interno degli istituti penitenziari e di prevenzione dei reati», e «l'ostacolo all'esplicazione del “diritto alla sessualità” ne costituisce solo una delle conseguenze indirette»⁶. La necessità di rimuovere questa conseguenza non avrebbe giustificato pertanto la rimozione di ogni forma di sorveglianza sulla generalità dei colloqui. Al tempo stesso, proseguiva la sentenza, «l'eliminazione del controllo visivo non basterebbe comunque, di per sé, a realizzare l'obiettivo perseguito, dovendo necessariamente accedere ad una disciplina che stabilisca termini e modalità di esplicazione del diritto di cui si discute: in particolare, occorrerebbe individuare i relativi destinatari, interni ed esterni, definire i presupposti comportamentali per la concessione delle “visite intime”, fissare il loro numero e la loro durata, determinare le misure organizzative». Tutte queste operazioni «implicano, all'evidenza, scelte discrezionali, di esclusiva spettanza del legislatore: e ciò, anche a fronte della ineludibile necessità di bilanciare il diritto evocato con esigenze contrapposte, in particolare con quelle legate all'ordine e alla sicurezza nelle carceri e, *amplius*, all'ordine e alla sicurezza pubblica»⁷.

La Corte non ritenne neppure adeguato emettere una additiva di principio, in quanto una pronuncia di tal genere sarebbe risultata espressiva di una scelta di fondo, nello specifico con riguardo al tipo di

⁴ Solo guardando all'Europa, si può accennare a quanto avviene in Francia, Spagna e Germania. Nell'ordinamento francese, dopo alcuni anni di sperimentazione amministrativa, l'art. 36 della legge 24 novembre 2009, n. 1436 (*loi pénitentiaire*) ha previsto in via generale unità di vita familiare e parlatori familiari (*parloirs familiaux*), collocati all'interno delle carceri e suscettibili di accogliere qualsiasi detenuto. I parlatori, previsti all'art. R341-15, sono «locali specificamente concepiti per consentire ai detenuti di ricevere, senza sorveglianza continua e diretta, visite dei membri maggiorenni della loro famiglia o di parenti maggiorenni accompagnati, all'occorrenza, da uno o più figli minorenni, per una durata massima di sei ore nel corso della parte diurna della giornata». L'art. R341-16, invece, contiene una disciplina delle unità di vita familiare, definite come ambienti «specificamente concepiti per consentire ai detenuti di ricevere, senza sorveglianza continua e diretta, visite di membri maggiorenni della loro famiglia o di persone vicine (*proches*) maggiorenni accompagnati, all'occorrenza, da uno o più figli minorenni, per una durata compresa fra sei ore e settantadue ore». È facile notare come entrambi gli istituti non prevedano un controllo a vista da parte del personale di custodia. In Spagna, l'art. 45, co. 4, del regolamento penitenziario (regio decreto 9 febbraio 1996, n. 190) dispone che possono essere autorizzate *comunicaciones intimas*, previa richiesta del detenuto, almeno una volta al mese, di durata compresa fra una e tre ore, salvo che ciò non sia possibile per motivi di ordine o di sicurezza del carcere. In Germania, da ultimo, la legislazione penitenziaria della maggior parte dei *Länder* consente ai detenuti in possesso di determinati requisiti (es. buona condotta, periodo minimo di pena già scontata) di beneficiare di “visite di lunga durata” (*Langzeitbesuche*), appositamente concepite per permettere ai detenuti di trascorrere del tempo in intimità con il proprio partner, tant'è che non sono sottoposte a sorveglianza e avvengono solitamente in locali posti all'ingresso dell'istituto, arredati come ordinari appartamenti.

⁵ Corte cost., [sentenza n. 301 del 2012](#), punto 3 del *Considerato in diritto*.

⁶ *Ibidem*.

⁷ *Ibidem*.

rapporto affettivo da considerare valevole per l'accesso all'istituto, che nella prospettiva del Magistrato di sorveglianza di Firenze avrebbe dovuto essere limitato al coniugio e alla convivenza *more uxorio*, ma che – chiariva la sentenza – «non solo non è l'unica [soluzione] ipotizzabile [...] ma non appare neppure coerente con larga parte dei parametri costituzionali evocati dallo stesso giudice a quo: talora “per eccesso”, talaltra “per difetto”»⁸. Orbene, questi molteplici motivi spinsero il Giudice delle leggi ad optare per una pronuncia di inammissibilità con forte valenza monitoria⁹.

Su entrambi i profili richiamati nella parte motiva di tale precedente, il Magistrato di Spoleto svolge opportune precisazioni a favore di un nuovo e diverso esame nel merito delle questioni di costituzionalità.

Per un verso, viene dettagliatamente descritta la rilevanza nel giudizio *a quo*, unitamente al regime carcerario del detenuto reclamante, nonché l'impossibilità nel caso di specie di ottenere permessi premio *ex art. 30-ter* o.p., né tantomeno di accedere all'istituto del permesso per gravi motivi di cui all'art. 30 o.p., riservato a casi stringenti che non contemplano l'esercizio della sessualità (neanche per la consumazione del matrimonio celebrato in carcere¹⁰). Per altro verso, il giudice *a quo* rileva che sono trascorsi ormai dieci anni, un tempo particolarmente lungo, senza che il legislatore sia intervenuto ad una modifica della normativa penitenziaria sul punto. Al contrario – come si dirà più avanti – è rimasto totalmente inattuato il principio di delega inserito all'art. 1, comma 85, della legge delega 23 giugno 2017, n. 103 che, tra le altre cose, aveva richiesto l'elaborazione di una disciplina normativa che comportasse il riconoscimento del diritto all'affettività delle persone detenute e la regolamentazione delle condizioni generali per il suo esercizio.

L'argomento della protratta inerzia del legislatore (4 legislature e ben 8 governi di diverso colore politico), nell'adagio dell'ordinanza di rimessione, assume il carattere di elemento di novità rispetto alla questione di costituzionalità del 2012 che, nell'ottica del superamento del limite della *political question* (art. 28, legge 11 marzo 1953, n. 87¹¹), potrebbe condurre – come prefigurato dal Magistrato di Spoleto – a soluzioni diverse dall'inammissibilità: una pronuncia manipolativa a *rime possibili*¹²

⁸ Corte cost., [sentenza n. 301 del 2012](#), punto 4 del *Considerato in diritto*.

⁹ Hanno enfatizzato l'aspetto monitorio della pronuncia la maggior parte dei commentatori: S. TALINI, *L'affettività ristretta*, in [Costituzionalismo.it](#), n. 2 del 2015, § 4; M. RUOTOLO, *Tra integrazione e maieutica: Corte costituzionale e diritti dei detenuti*, in [Rivista AIC](#), n. 3 del 2016, 30; A. PUGIOTTO, *Della castrazione di un diritto. La proibizione della sessualità in carcere come problema di legalità costituzionale*, in [Giurisprudenza Penale Web](#), n. 2-bis del 2019, 7. Per una voce (più rara) maggiormente incline a difendere la discrezionalità del legislatore cfr. V. FINOCCHIARO, *Sul preteso diritto dei detenuti alla sessualità intra moenia*, in *Giust. Civ.*, n. 5-6 del 2013, 907 ss.

¹⁰ Cfr. Cass. pen. Sez. I, 26 novembre 2008-24 dicembre 2008, n. 48165, che esclude che possa costituire motivo grave, ai fini della concessione del permesso, l'esigenza di trascorrere del tempo col coniuge al fine di consumare il matrimonio celebrato *intra moenia*.

¹¹ Sull'art. 28 della legge n. 87/1953, cfr. *ex multis*, M. S. GIANNINI, *L'illegittimità degli atti amministrativi e delle norme*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1954, 61; F. PIERANDREI, *Corte costituzionale*, in *Enc. Dir.*, X, 1962, 906; A. M. SANDULLI, *Il giudizio sulle leggi. La cognizione della Corte costituzionale e i suoi limiti*, Milano, 1967, 7; C. MORTATI, *Le leggi provvedimento*, Milano, 1968, 224; M. LUCIANI, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padova, 1984, 147 ss.; A. PIZZORUSSO, *Il controllo sull'uso della discrezionalità del legislatore*, in AA. VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, 1988, 71 ss.; M. Scudiero e S. Staiano (curr.), *La discrezionalità del legislatore nella giurisprudenza della Corte costituzionale (1988-1998)*, Napoli, 1999; A. Ruggeri e G. Silvestri (curr.), *Corte costituzionale e Parlamento. Profili problematici e ricostruttivi*, Milano, 2000; A. SPERTI, *La discrezionalità del legislatore*, in R. Romboli (cur.), *L'accesso alla giustizia costituzionale: carattere, limiti, prospettive di un modello*, Napoli, 2006, 625 ss.; P. BIANCHI e A. RUGGERI, *La discrezionalità del legislatore tra teoria e prassi*, in *Dir. e Soc.*, 2007, 1 ss.; P. COSTANZO, [Legislature e Corte costituzionale. Uno sguardo d'insieme sulla giurisprudenza costituzionale in materia di discrezionalità legislativa dopo cinquant'anni di attività](#), in questa [Rivista](#), [Studi 2006](#), 1 ss.; E. ROSSI, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore*, in R. Balduzzi, M. Cavino e J. Luther (curr.), *La Corte costituzionale vent'anni dopo la svolta*, Torino, 2011, 333 ss. Più di recente si v. S. CASSESE, *Dentro la Corte*, Bologna, 2015, 64 ss., il quale aspramente sostiene che l'art. 28 esprime una norma «ingenua, superflua ed imprecisa, tutt'altro che perspicua, equivoca e contraddittoria, inopportuna e incostituzionale, aberrante, da considerare non scritta, priva di valore pratico».

¹² Il riferimento è al noto orientamento giurisprudenziale che pare aver trasformato la discrezionalità delle Camere da limite assoluto, che consentiva solo interventi – nell'insegnamento di Crisafulli – “a rime obbligate”, a limite relativo, che permette alla Corte di colmare l'omissione incostituzionale anche quando la soluzione non è direttamente e

(con lo sguardo all'ordinamento minorile), una incostituzionalità prospettata ma non dichiarata (tecnica già utilizzata dalla Corte in ambito penitenziario, nella vicenda dell'ergastolo ostativo¹³), oppure un'additiva di principio (che potrebbe essere coadiuvata nella prassi applicativa dalle circolari dell'amministrazione penitenziaria, nello specifico del D.A.P.).

2.2. *Il mutato quadro normativo di riferimento*

Il giudice rimettente, nelle questioni oggi all'esame della Corte costituzionale, censura l'art. 18 o.p. nel segmento che prevede il controllo a vista sui colloqui dei detenuti, attualmente collocato al terzo comma, primo periodo del citato articolo¹⁴.

Quest'ultimo è stato oggetto di modifica ad opera dell'art. 11, comma 1, lett. g), del d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 123¹⁵, che ha comportato alcune addizioni, in particolare la previsione secondo cui «*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*» (corsivo aggiunto). A questa previsione, si aggiunge l'art. 61, comma 2, del d.p.r. 30 giugno 2000, n. 230 che pare attribuire al direttore dell'istituto la possibilità, non solo di concedere colloqui ulteriori rispetto a quanto stabilito dall'art. 37 dello stesso d.p.r., ma soprattutto di «autorizzare la visita da parte delle persone ammesse ai colloqui, con il permesso di trascorrere parte della giornata insieme a loro in appositi locali o all'aperto e di consumare un pasto in compagnia, ferme restando le modalità previste dal secondo comma dell'articolo 18 della legge», ossia il controllo a vista.

Tuttavia, l'assolutezza di queste prescrizioni deve essere messa in dialettica con il principio del “minimo mezzo” previsto dall'art. 1 o.p., enunciato tra i principi direttivi del trattamento penitenziario, in virtù del quale «non possono essere adottate restrizioni non giustificabili con l'esigenza di mantenimento dell'ordine e della disciplina e, nei confronti degli imputati, non indispensabili a fini giudiziari». Pur se a livello di *soft law*¹⁶, corroborano il principio anche le Regole Penitenziarie europee adottate nel 2006 dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa (e riviste nel 2020), ove si stabilisce che le visite dovrebbero consentire ai detenuti di sviluppare relazioni familiari «in as normal a manner as possible» (regola 24.4), nonché la più risalente Raccomandazione n. 1340(1997), sugli effetti sociali e familiari della detenzione, adottata dall'Assemblea generale il 22 settembre 1997, che invitava, già all'epoca, i legislatori nazionali a mettere a disposizione «luoghi in cui i detenuti possano incontrare le famiglie da soli» (art. 6).

Nell'ordinamento interno una disposizione esplicita sull'affettività intramuraria è stata introdotta solo di recente e soltanto per l'esecuzione penale minorile. Si tratta dell'art. 19 del d.lgs. n. 121/2018, rubricato «Colloqui e tutela dell'affettività», in base al quale: «Al fine di favorire le relazioni affettive, il detenuto può usufruire ogni mese di *quattro visite prolungate della durata non inferiore a quattro ore e non superiore a sei ore*» (comma 3); «Le visite prolungate si svolgono in *unità abitative appositamente attrezzate all'interno degli istituti*, organizzate per consentire la preparazione e la

immediatamente ricavabile dal tessuto della Costituzione. In questa sede non è possibile richiamare tutte le posizioni sul punto, pertanto, si v. per tutti, M. RUOTOLO, *Oltre le “rime obbligate”?* in [federalismi.it](https://www.federalismi.it), n. 3 del 2021, 54 ss., il quale richiama le principali decisioni appartenenti a tale filone giurisprudenziale.

¹³ Sia consentito il richiamo, soprattutto a fini bibliografici, a A. CARDONE e E. SANTORO, *Ergastolo ostativo e problemi di legittimità costituzionale*, in [La Rivista “Gruppo di Pisa”](https://www.larivista.com), n. 2 del 2022, 88 ss., in part. nota 39 sulla tecnica decisoria.

¹⁴ La prescrizione del controllo a vista è ribadita, inoltre, nell'art. 37, co. 5, ultimo periodo, del d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230 (regolamento esecutivo o. p.).

¹⁵ Per un commento complessivo alla riforma penitenziaria del 2018, cfr. P. Gonnella (cur.), *La riforma dell'ordinamento penitenziario*, Torino, 2019.

¹⁶ Sempre sul piano della *soft law*, cfr. anche Raccomandazione n. 2003/2188(INI), sui diritti dei detenuti nell'UE, adottata dal Parlamento europeo il 9 marzo 2004, che menziona specificamente, tra i diritti da riconoscere ai detenuti, tramite misure e luoghi appropriati, «le droit à une vie affective et sexuelle» (art. 1, lettera c).

consumazione di pasti e riprodurre, per quanto possibile, un *ambiente di tipo domestico*» (comma 4) (enfasi aggiunta).

Contrariamente, invece, per quanto concerne i detenuti adulti non è stato attuato il principio di delega di cui all'art. 1, comma 85, lettera n), della legge n. 103/2017 nonostante la proposta organica avanzata in merito dalla c.d. Commissione Giostra, incaricata di elaborare gli schemi di decreto legislativo. Difatti, la Commissione per la riforma dell'ordinamento penitenziario proponeva di intervenire profondamente sull'art. 18 o.p., a partire già dalla rubrica («Colloqui, incontri intimi, corrispondenza e informazione»), proprio per chiarire da subito il necessario ampliamento del catalogo degli strumenti attraverso cui realizzare l'apparato delle relazioni del ristretto con il mondo esterno. Si prevedeva infatti l'introduzione dell'istituto degli «incontri intimi», attraverso l'addizione dei commi 3-*bis*, 3-*ter* e 3-*quater*¹⁷.

Il comma 3-*bis*, consentiva l'ammissione dei detenuti, esclusi quelli sottoposti al regime dell'art. 41-*bis*, comma 2, o.p. ad incontri periodici «di durata non inferiore alle tre ore consecutive, con il coniuge, con la parte dell'unione civile, con il convivente e con persone legate da continuativi rapporti affettivi desumibili anche dai colloqui e dalla corrispondenza, senza controllo visivo e auditivo, in locali idonei a consentire relazioni intime». Il comma 3-*ter* stabiliva che l'autorizzazione venisse concessa dal direttore, su richiesta dell'interessato, acquisite le necessarie informazioni, con precedenza per coloro che non possono coltivare la relazione affettiva fuori dall'istituto. Il comma 3-*quater* prevedeva, inoltre, la negazione dell'autorizzazione quando l'interessato tiene una «condotta tale da far temere comportamenti prevaricatori o violenti ovvero quando sussistono elementi concreti per ritenere che la richiesta abbia finalità diversa da quella di coltivare la relazione affettiva».

La finalità dell'inserimento di questo istituto, dunque, era proprio quella di riconoscere un diritto primario della persona ristretta e rispettarne la dignità, anche rendendo possibile l'esercizio della sessualità; per di più, gli incontri intimi non venivano riservati solo ai congiunti (legati da vincolo matrimoniale o uniti civilmente ai sensi della legge n. 76 del 2016) o ai conviventi, ma erano estesi anche alla persona legata al detenuto da una *affectio* tendenzialmente stabile. Inoltre, in modo molto lungimirante, il progetto, per evitare qualunque strumentalizzazione dell'istituto, prevedeva la negazione dell'autorizzazione nei casi in cui vi fossero elementi concreti tali da ritenere che la richiesta fosse finalizzata al perseguimento di uno scopo diverso (scambio di informazioni, passaggio di oggetti non consentiti) da quello di coltivare una relazione affettiva. Il direttore, assunte le informazioni ritenute necessarie, infatti, poteva in questi casi negare il colloquio, ferma restando la possibilità del reclamo giurisdizionale davanti al magistrato di sorveglianza.

È senz'altro eloquente, dunque, che questo progetto organico sia stato totalmente ignorato dal legislatore delegato, nonostante il precedente della [sentenza n. 301 del 2012](#).

Da ultimo, non sono mancati altri tentativi di riforma anche nel corso della XVIII legislatura, durante la quale sono stati presentati due disegni di legge in materia di tutela delle relazioni affettive intime delle persone detenute: d.d.l. A.S. n. 1876 (Toscana), d.d.l. A.S. n. 2543 (Lazio)¹⁸. Entrambe le proposte, *mutatis mutandis*, riconoscevano il diritto ad una visita al mese, della durata minima di 6 ore e massima di 24, da parte delle persone autorizzate ai colloqui col detenuto, da svolgersi in apposite unità abitative all'interno del carcere, senza controlli visivi e auditivi.

¹⁷ In chiave sistematica, il progetto Giostra prevedeva anche l'inserimento di un comma 2, nell'art. 5 o.p. («Caratteristiche degli edifici penitenziari»), dal seguente tenore: «Negli istituti penitenziari devono essere realizzate aree esterne e locali idonei a consentire ai detenuti e agli internati di intrattenere relazioni affettive». È opportuno segnalare che, ancor più recentemente, la Commissione per l'innovazione del sistema penitenziario (c.d. Commissione Ruotolo), istituita dal Ministero della Giustizia con d.m. 13 settembre 2021, ha espressamente richiamato la proposta elaborata dalla Commissione Giostra concernente l'introduzione degli «incontri intimi», ritenendola un'«opzione pienamente compatibile con gli indirizzi emersi nei lavori della Commissione, pur riferiti al miglioramento della quotidianità penitenziaria» (v. [Relazione finale](#), part. 9).

¹⁸ Sui disegni di legge dei consigli regionali di Toscana e Lazio v. S. GRIECO, *Il diritto negato alla sessualità nel regime penitenziario italiano*, in [dirittifondamentali.it](#), n. 3 del 2023, 423 ss.

3. La discussione in udienza pubblica

Ricostruito il contesto in cui si inserisce il giudizio di legittimità costituzionale di nostro interesse, si intende ora rilevare alcuni profili venuti ad evidenza durante lo svolgimento del processo.

Nell'ambito del giudizio all'attenzione della Corte costituzionale è intervenuto il Presidente del Consiglio dei ministri, chiedendo che le questioni fossero dichiarate inammissibili, in ossequio al rispetto della discrezionalità del legislatore; si è costituita la parte (detenuta) del giudizio *a quo*, sollecitando l'accoglimento delle questioni, ed ha presentato, infine, un'opinione scritta¹⁹, in qualità di *amicus curiae*, l'Associazione Antigone, insistendo per l'accoglimento della *quaestio* e rimarcando che il diritto oggetto del giudizio non avrebbe potuto essere sacrificato senza alcun margine di apprezzamento in concreto da parte della magistratura di sorveglianza, né essere legato alla logica premiale.

Durante l'udienza pubblica, il giudice relatore Petitti ha invitato l'Avvocatura dello Stato a rispondere al quesito ad essa rivolto (a norma dell'art. 10, comma 3, delle N.I.) in data 27 novembre 2023, con cui, alla luce dell'art. 1, comma 2, lett. g), punto 1), del d.l. 6 maggio 2021, n. 59, conv., con modif., nella l. 1° luglio 2021, n. 101, si era chiesto di sapere: *i*) se tra gli interventi di costruzione e miglioramento di padiglioni e spazi per strutture penitenziarie, finanziati nell'ambito del Piano nazionale di ripresa e resilienza, sia prevista la creazione di locali eventualmente utilizzabili per l'esercizio, a normativa vigente, dell'affettività dei detenuti; *ii*) se, nell'ipotesi affermativa, questi locali siano previsti per i soli istituti minorili o anche per quelli degli adulti; *iii*) quale sia lo stato di attuazione dei progetti e quali i tempi programmati per l'ultimazione delle opere.

In ordine di intervento, gli avvocati della parte privata si sono soffermati sulla rilevanza dei precedenti della Corte, richiamando non soltanto la [sentenza n. 301 del 2012](#), ma anche la [sentenza n. 26 del 1999](#), che, in merito alla possibilità di tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti, ha sottolineato che l'idea «che la restrizione della libertà personale possa comportare 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, [...] 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»²⁰. Nell'ottica dei difensori, difatti, tale richiamo sarebbe stato teso a ricomprendere fra i diritti inviolabili dell'uomo anche il diritto all'affettività, in quanto legato alla condizione stessa di essere umano e, di conseguenza, non ricostruibile come diritto premiale. Gli stessi hanno sottolineato, inoltre, che l'orizzonte dell'intervento richiesto alla Corte costituzionale non era quello della creazione di un nuovo diritto fondamentale, ma semplicemente la rimozione di un ostacolo normativo generatore di una discriminazione derivante da una persistente omissione legislativa.

La difesa privata, prima di concludere per l'accoglimento delle questioni con una additiva di principio, ha richiamato l'[Appello sull'affettività nelle carceri](#) – lanciato il 22 novembre 2023 da “La Società della Ragione Associazione Luca Coscioni Onlus”, all'interno del quale viene sottolineata l'importanza strategica di un intervento della Corte²¹

L'Avvocatura dello Stato, nel suo intervento, ha risposto innanzitutto al precitato quesito sulla base degli elementi informativi forniti dal D.A.P. presso il Ministero della Giustizia. Quel che è emerso dal quadro rappresentato è che, nell'ambito degli interventi del P.N.R.R., è prevista la realizzazione di 8 padiglioni (che costituiscono l'ampliamento di istituti già esistenti e hanno una capienza detentiva ciascuno di 80 posti), al cui interno sono immaginati numerosi spazi per lo svolgimento di attività trattamentali in favore dei detenuti (lavoro, studio, formazione etc.). Allo stato, però, i colloqui, anche quelli eventualmente a carattere intimo, sono e saranno svolti in altre aree già esistenti negli istituti,

¹⁹ Opinione ammessa con [decreto presidenziale del 19 ottobre 2023](#).

²⁰ Corte cost., [sentenza n. 26 del 1999](#), punto 3.1. del *Considerato in diritto*.

²¹ L'estensore e primo firmatario del documento è stato Andrea Pugiotto e ad esso hanno aderito 126 persone, fra cui numerosi accademici

di cui i suddetti padiglioni costituiscono un ampliamento che, tra l'altro, in fase di progettazione non ha previsto in alcun modo la realizzazione di spazi destinati all'esercizio del diritto all'affettività (nemmeno per i consueti colloqui visivi). Si aggiunge, inoltre, che a normativa vigente, in ragione dei vincoli in sede europea, non è pensabile una riprogettazione per la costruzione di luoghi destinati allo svolgimento di colloqui intimi e, con riguardo allo stato di avanzamento dei progetti, l'Avvocatura riferisce che essi sono stati tutti avviati e che la loro conclusione è prevista entro il 2026.

Fornite queste fondamentali informazioni, l'Avvocatura dello Stato non ha contestato i principi evocati nell'ordinanza di rimessione, né la fondatezza della questione, ponendo invero solamente un problema di inammissibilità a tutela della discrezionalità legislativa, in ragione di un ineliminabile margine di apprezzamento politico e di insostituibilità dell'intervento del legislatore ai fini della precisazione, *in primis*, della sfera dei destinatari e, *in secundis*, delle modalità operative di svolgimento dei colloqui intimi. Infine, da parte della stessa Avvocatura, si è opinato che non si potesse fare riferimento, per colmare l'omissione legislativa, alla disciplina dell'esecuzione penale minorile, in quanto caratterizzata da oggettive peculiarità. Dunque, non celando il rammarico derivante dalla condivisione dei principi sottesi alla *quaestio*, ha concluso in favore dell'inammissibilità.

Una volta terminati gli interventi, il giudice costituzionale, prof. Luca Antonini, ha domandato ai difensori della parte privata se, data la prefigurazione del diritto all'affettività-sessualità come un diritto inviolabile²², sganciato dal sistema dei benefici penitenziari, si ritenesse tale diritto attribuibile anche ai detenuti per reati di cui all'art. 4-*bis*, o.p. Sul punto la risposta è stata nel senso che in linea di principio un diritto (se considerato tale) non può che essere astrattamente riconosciuto a tutta la popolazione detenuta, fermo restando che nulla impedirebbe di tenere conto del diverso regime detentivo del ristretto in ottica ostativa, non tanto al riconoscimento del diritto, ma al suo esercizio in concreto (come avviene per altri aspetti della vita penitenziaria, si pensi al possibile divieto di partecipare alle attività "sociali" dell'istituto).

3.1. Due evidenti preoccupazioni: sicurezza e fondi.

Dall'udienza pubblica, sono, dunque, emerse due preoccupazioni, una più concreta (l'assenza di fondi) dell'altra (le esigenze di sicurezza), che potrebbero orientare fortemente la scelta della tecnica decisoria e rivestire un ruolo importante in ambito motivazionale.

L'assenza di fondi pubblici è sicuramente l'aspetto che genera maggiori perplessità, in ragione della assenza di luoghi, all'interno dei penitenziari, ove eventualmente svolgere i riferiti incontri intimi; aspetto ancor più delicato se collegato alla generale assenza di spazi adeguati all'interno delle carceri e al progressivo aumento del sovraffollamento penitenziario negli ultimi anni²³.

Dalla risposta fornita dall'amministrazione penitenziaria, si evince che, nell'ambito del P.N.R.R. – pur essendo state stanziati importanti risorse (complessivi 132,9 milioni di euro per gli anni 2022-2026) con destinazione al programma «Costruzione e miglioramento di padiglioni e spazi per strutture

²² Sul diritto alla sessualità come diritto inviolabile cfr. Corte cost., [sentenza n. 561 del 1987](#), punto 2 del *Considerato in diritto*, ove si afferma che: «Essendo la sessualità uno degli essenziali modi di espressione della persona umana, il diritto di disporre liberamente è senza dubbio un *diritto soggettivo assoluto*, 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» (corsivo aggiunto). Ritiene inappropriato il richiamo a tale precedente con riguardo all'esercizio della sessualità intramuraria, M.P. IADICICCO, *Detenzione e "nuovi" diritti. Il controverso inquadramento delle istanze connesse all'affettività e alla sessualità nell'esecuzione penale*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 4 del 2022, 166. Più in generale sulla tutela dell'affettività nell'esecuzione penale v., *ex multis*, Corte cost., [sentenza n. 239 del 2014](#), [sentenza n. 76 del 2017](#), [sentenza n. 18 del 2020](#), [sentenza n. 105 del 2023](#).

²³ Cfr. ASSOCIAZIONE ANTIGONE, [XIX Rapporto sulle condizioni di detenzione](#), dove si legge che a fronte di una capienza ufficiale di 51.249 posti, i presenti nelle carceri italiane al 30 aprile 2023 erano 56.674 (le donne, 2.480, rappresentavano il 4,4% delle presenze; gli stranieri, 17.723, il 31,3%). Dal 30 aprile 2022, la capienza ufficiale è cresciuta dello 0,8%, mentre le presenze sono cresciute del 3,8%.

penitenziarie per adulti e minori» – nessuno degli interventi progettati ha come obiettivo la creazione di strutture per la tutela dell'affettività della persona ristretta. Allo stato attuale, dunque, i progetti di tal genere, come la casa dell'affettività M.A.M.A. di Rebibbia femminile²⁴ o le sperimentali stanze dell'affettività nella Casa di Reclusione di Opera a Milano, costituiscono delle mere eccezioni nel panorama penitenziario.

La progettazione, a livello nazionale – non pretermisibile affinché siano evitate discriminazioni territoriali nel godimento di un diritto – di edifici penitenziari dotati di aree esterne e locali idonei a consentire ai detenuti di intrattenere relazioni affettive intime richiederebbe, infatti, in primo luogo, dei fondi *ad hoc* all'interno del bilancio statale, da destinare appunto alla realizzazione di queste opere edilizie e, in secondo luogo, una lunga attesa, a livello di tempistiche, prima che esse vengano effettivamente realizzate e rese agibili. Nel frattempo, qualora la Corte intervenisse a colmare la lacuna incostituzionale e riconoscesse il diritto all'affettività-sessualità in capo alla popolazione detenuta, l'esercizio di tale diritto come potrebbe essere garantito dall'amministrazione penitenziaria?

Sembra fin troppo chiaro lo scenario che si verrebbe a creare, ovvero una caduta vertiginosa all'interno di quell'«effettività rinnegante»²⁵ in ambito penitenziario, alla quale si accompagnerebbe un effetto disfunzionale direttamente discendente dal riconoscimento della titolarità del diritto in capo al detenuto: la frustrazione del diritto all'esercizio intimo dell'affettività attribuirebbe consequenzialmente alla persona detenuta il diritto al risarcimento dei danni.

È stata la stessa Corte costituzionale, invero, a statuire, con la [sentenza n. 26 del 1999](#), che alle persone ristrette sia garantita la tutela giurisdizionale nei confronti degli atti dell'amministrazione penitenziaria lesivi di diritti fondamentali. Il sillogismo è oltremodo semplice: l'amministrazione penitenziaria, nella prassi organizzativa, non avrebbe la possibilità di far svolgere colloqui intimi, ledendo così un diritto fondamentale del detenuto, il quale sarebbe perciò titolato ad agire in giudizio, nel caso di specie, prima, con un reclamo giurisdizionale *ex art. 35-bis* o.p., poi con un'azione di risarcimento danni davanti al giudice civile. Si creerebbe una non trascurabile *impasse*, potenzialmente dannosa per le casse dello Stato.

L'altra preoccupazione emersa in udienza, invece, ruota attorno alle esigenze di sicurezza, in particolar modo con riguardo ai detenuti per reati ostativi di cui all'art. 4-*bis* o.p. Tuttavia, questo secondo argomento sembra tradursi in un problema meramente apparente, dato che il riconoscimento in astratto di un diritto non impedisce che il suo esercizio venga limitato nel concreto per esigenze di sicurezza. Queste indicazioni provengono dalla stessa giurisprudenza costituzionale, che ha chiarito, già da tempo, che i diritti fondamentali del detenuto possono essere sacrificati, sia pure non in modo assoluto, solo ed esclusivamente per esigenze di sicurezza penitenziaria interna ed esterna. Infatti, il Giudice delle leggi ha assunto negli anni proprio un ruolo di protagonista nel bilanciamento fra esigenze securitarie e garanzia dei diritti inviolabili del detenuto²⁶, chiarendo, per un verso, che «è principio di civiltà giuridica che al condannato sia riconosciuta la titolarità di situazioni soggettive attive, e garantita quella parte di personalità umana, che la pena non intacca»²⁷ e, per altro verso, che al detenuto devono essere riconosciuti tutti i diritti spettanti alle persone libere che siano compatibili con l'esecuzione della pena detentiva²⁸, con la conseguenza che eventuali limitazioni o soppressioni

²⁴ Progetto nato nell'ambito del [programma G124](#) dell'Architetto Renzo Piano con la collaborazione del D.A.P. e del Ministero della Giustizia. Si tratta di un fabbricato composto da soggiorno, angolo cottura, zona pranzo e servizi, immerso nel verde, di fianco ma fuori dal carcere. Per una descrizione del progetto M.A.M.A., ma anche di altre proposte progettuali concernenti la Casa Circondariale di Rebibbia femminile, v. F. Giofrè e P. Posocco (curr.), *Donne in carcere. Ricerche e progetti per Rebibbia*, Siracusa, 2020.

²⁵ F. BRICOLA, *Introduzione*, in AA VV., *Il carcere «riformato»*, in [Costituzionalismo.it](#), n. 2 del 2015, 2.

²⁶ Sul bilanciamento tra diritti e sicurezza nel corso dell'esecuzione penale, cfr. S. TALINI, *La privazione della libertà personale. Metamorfosi normative, apporti giurisprudenziali, applicazioni amministrative*, Napoli, 2018, ma anche A. BONOMI, *Status del detenuto e ordinamento costituzionale*, Bari, 2018.

²⁷ Cfr. Corte cost., [sentenza n. 114 del 1979](#), punto 4 del *Considerato in diritto*.

²⁸ Cfr. Corte cost., [sentenza n. 349 del 1993](#), punto 4.2. del *Considerato in diritto*: «la garanzia della inviolabilità della libertà personale sancita dall'art. 13 della Costituzione, opera anche nei confronti di chi è stato sottoposto a legittime

degli stessi possano giustificarsi solo in ragione di contrapposte esigenze di ordine e sicurezza che siano espressione di necessità puntuali, specifiche e determinate.

È evidente, dunque, che nell'ottica del riconoscimento del diritto all'affettività e alla sessualità intramuraria, sia possibile per l'amministrazione penitenziaria (e per la magistratura di sorveglianza) limitare l'esercizio del diritto qualora siano prevalenti esigenze di sicurezza tese ad evitare che l'istituto sia distorto in favore di finalità diverse dalla tutela dell'affettività.

4. *L'incostituzionalità prospettata come prognosi plausibile?*

Alla luce di queste considerazioni, sembra desumersi che le difficoltà della Corte siano legate non tanto al riconoscimento del diritto, ma alle problematiche inerenti al profilo organizzativo che metterebbero in serie difficoltà l'amministrazione. Difatti, se è certamente vero che l'aspetto amministrativo dovrebbe muoversi in funzione della garanzia del diritto e non viceversa, non possono ignorarsi gli aspetti pratici, particolarmente dirimenti, che conseguirebbero all'accoglimento delle questioni di legittimità, senza un puntuale ed organico intervento del legislatore volto, da un lato, a disciplinare destinatari, modalità e tempi per l'esercizio del diritto, bilanciandolo con le esigenze di sicurezza, e, dall'altro, a progettare, con una dettagliata scansione dei tempi di esecuzione, le opere necessarie all'interno degli edifici penitenziari.

Appare senz'altro inconfutabile la massima per cui il profilo organizzativo non può prevalere sulla garanzia dei diritti, ma al tempo stesso, non sembra risolutivo, soprattutto dopo dieci anni, un intervento puramente additivo da parte della Corte costituzionale, né sulla scorta della tipologia decisoria legata alle rime possibili, né con un'additiva di principio²⁹. Infatti, con riguardo alla prima, l'estensione della disciplina prevista per l'esecuzione penale minorile, intesa come soluzione costituzionalmente possibile ricavabile all'interno dell'ordinamento, non pare coerente in ragione delle evidenti peculiarità che circondano la fase esecutiva della pena per i minori e per i giovani adulti. Allo stesso modo, con riguardo alla seconda ipotesi, non sembra praticabile un'additiva di principio, che aprirebbe serie lacune a margine del principio aggiunto (modalità, tempi, ecc.), mettendo sotto *stress* l'amministrazione penitenziaria che si troverebbe a dover rigettare le richieste di visite intime dei detenuti, non essendo state costituite, mediante gli opportuni investimenti, le apposite strutture all'interno degli istituti penitenziari.

Altrettanto inopportuna sembra l'opzione di addivenire all'adozione di una ulteriore pronuncia di inammissibilità (di carattere sostanziale) per discrezionalità del legislatore, sulla falsariga di quanto accaduto nel [2012](#), poiché già all'epoca la Consulta chiese un intervento al legislatore che, nonostante il vento riformatore, è invece mancato per i detenuti adulti. Ad oggi, il quadro normativo di riferimento è ampiamente cambiato, sia per quanto concerne le relazioni qualificate della persona detenuta, sia per il riferimento privilegiato alla riservatezza dei colloqui con i familiari (art. 18, comma 3, o.p.), pertanto, non ricorrendo più l'assenza assoluta di riferimenti all'interno dell'ordinamento – argomento cardine della precedente pronuncia – una decisione di inammissibilità, nonostante l'eventuale monito più stringente, non pare replicabile.

La previsione plausibile, dunque, potrebbe essere quella di un'incostituzionalità prospettata ma non dichiarata, con un'ordinanza di rinvio a data certa della decisione. Una soluzione graduale, in due fasi, con cui si riconosca l'illegittimità della lacuna, ma si conceda un termine al legislatore per la predisposizione di una disciplina organica dell'istituto delle visite intime, nonché per il reperimento dei fondi necessari all'adeguamento delle strutture, in dialogo positivo soprattutto con l'amministrazione penitenziaria, direttamente investita dell'organizzazione logistica. In disparte il problema del possibile mutamento del Collegio decisionale, l'ordinanza di rinvio a data certa con

restrizioni della libertà personale durante la fase esecutiva della pena, *sia pure con le limitazioni che, com'è ovvio, lo stato di detenzione necessariamente comporta*» (enfasi aggiunta).

²⁹ Propendono, invece, per queste ipotesi decisorie S. ANASTASIA, S. GRIECO, *Una nuova quaestio*, cit., e S. TALINI, *Un passo decisivo*, cit., 45.

accertamento di incostituzionalità avrebbe l'inevitabile effetto di "mettere in *stand-by*" ulteriormente, e per un tempo non breve, un diritto riconosciuto come fondamentale, tuttavia, non sembrerebbe meno disfunzionale riconoscere un diritto che, per certo, non è esercitabile allo stato attuale.

Avrebbe probabilmente potuto essere diverso il ragionamento, qualora le informazioni fornite dall'Avvocatura dello Stato, con riguardo ai fondi del P.N.R.R. stanziati per gli anni 2022-2026, fossero state di differente tenore. Per converso, le ingenti risorse a disposizione risultano ormai destinate a progetti di miglioramento dei padiglioni e delle strutture penitenziarie, che, purtroppo, non prevedono la creazione di spazi a tutela dell'affettività.

L'aggancio con questi importanti progetti di costruzione potrebbe, tuttavia, essere di tipo temporale: la Corte potrebbe, cioè, legare alla conclusione di queste opere – l'anno 2026 – l'individuazione del termine da concedere al legislatore per colmare la lacuna incostituzionale, prima di riesaminare la questione. Il termine, più cospicuo di quello praticato dalla Consulta nei precedenti casi di utilizzo di ordinanze di incostituzionalità prospettata³⁰, potrebbe, infatti, consentire al legislatore di immaginare (sulla base del progetto Giostra e delle recenti iniziative legislative) una fase preparatoria, in cui modificare, preferibilmente in modo temporaneo, la destinazione d'uso di ambienti già esistenti all'interno degli edifici penitenziari, ed altresì tentare di recuperare – questa la ragione del collegamento temporale – le risorse del P.N.R.R. per la creazione di locali destinati all'esercizio dell'affettività, soprattutto perché si tratterebbe di decurtare le risorse complessive (132,9 milioni di euro) di una parte davvero esigua. Basti pensare che la relazione tecnica della Ragioneria generale dello Stato³¹ al d.d.l. A.S. n. 1876 (Toscana), avente ad oggetto interventi strutturali simili rispetto a quelli di cui si discorre, ipotizzava un onore complessivo di 28.350.000 euro.

Ma se una riprogettazione degli interventi di costruzione e di miglioramento in corso non pare ipotizzabile, si potrebbe dire lo stesso della possibilità di recuperare una minima parte delle risorse a tal fine impiegate?

³⁰ Nei tre precedenti casi di impiego dell'ordinanza di incostituzionalità prospettata ma non dichiarata il rinvio è stato, rispettivamente, di 11 mesi per il caso Cappato ([ordinanza n. 207 del 2018](#)), di 12 mesi per l'obbligatorietà della pena detentiva per i reati di diffamazione aggravata dall'uso della stampa ([ordinanza n. 132 del 2020](#)) e di circa 18 mesi complessivi per l'ergastolo ostativo (prima 12 mesi con l'[ordinanza n. 97 del 2021](#), poi altri 6 mesi con l'[ordinanza n. 122 del 2022](#)). Sembra innegabile, quindi, che in questa ipotesi, collegando il rinvio alla data di utilizzo dei fondi del P.N.R.R., saremmo in presenza di un termine più lungo degli altri, ma non così lungo da risultare eccessivo rispetto ai precedenti: immaginando il deposito della decisione agli inizi del 2024, si tratterebbe di circa 24 mesi. In aggiunta, la questione di legittimità costituzionale in esame, a differenza delle precedenti, caratterizzate da altre e diverse peculiarità, pare essere l'unica a richiedere degli adeguamenti materiali di strutture che inevitabilmente abbisognano di tempo, per la progettazione e la realizzazione, nonché del reperimento di risorse economiche; due fattori che potrebbero giustificare un rinvio più esteso.

³¹ [Ragioneria generale dello Stato – Relazione tecnica aggiornata](#), Comunicazione nella Seduta n. 556 del 17 maggio 2022, in part. 4-5.