

## SEPARAZIONE DEI POTERI E GARANZIE DEI DIRITTI DEI DETENUTI NELLA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE SULL’AFFETTIVITÀ INTRAMURARIA\*

di Laura Fabiano\*\*

**Sommario.** 1. Sui diversi profili di rilievo della sentenza n. 10/2024. – 2. Le questioni processuali e la tipologia decisoria: la Corte garante dei diritti e la separazione dei poteri. – 3. La questione di merito, le premesse e le conseguenze della sentenza 10/2024.

414

**1. Sui diversi profili di rilievo della sentenza n. 10/2024.** In data 31 gennaio è stata pubblicata la decisione n. 10/2024 con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 18 della legge sull’ordinamento penitenziario «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 suo comportamento in carcere, non ostino ragioni di sicurezza o esigenze di mantenimento dell’ordine e della disciplina, né, riguardo all’imputato, ragioni giudiziarie».

La detta sentenza è stata accolta con grande interesse dalla dottrina<sup>1</sup> e dall’opinione pubblica nazionale<sup>2</sup> e si rivela particolarmente stimolante da analizzare sia in relazione alla questione di merito sia con riguardo ai profili processuali ed argomentativi che la caratterizzano.

In relazione al primo aspetto, infatti, la decisione rappresenta una svolta significativa nella questione carceraria italiana aprendo essa ad un diritto dei detenuti, quello all’affettività (ed alla sessualità), stabilendo che esso sia da garantire necessariamente (attraverso soluzioni

---

\* Sottoposto a referaggio.

\*\* Professoressa Associata di Diritto pubblico comparato – Università di Bari Aldo Moro.

<sup>1</sup> Cfr. per un primo commento a caldo A. Ruggeri, *Finalmente riconosciuto il diritto alla libera espressione dell’affettività dei detenuti (a prima lettura di Corte cost. n. 10 del 2024)*, in *Consulta on line*, 1, 2024. Cfr. anche R. De Vito, *Frammenti di un nuovo discorso amoroso: la Corte costituzionale n. 10 del 2024 e l’affettività in carcere*, in *Questione giustizia*, 5/02/2024. Si rinvia inoltre a I. Giugni, *Diritto all’affettività delle persone detenute: la Corte costituzionale apre ai colloqui intimi in carcere*, in *Sistema Penale*, 2 febbraio 2024; M. Serio, *Privazione della libertà e salvaguardia della dimensione intima: impressioni su Corte costituzionale 10/2024*, in *Questione Giustizia*, 11/03/2024; V. Manca, *Amore e carcere: binomio impossibile(?)! La Corte costituzionale segna una tappa fondamentale del percorso di inveramento del volto costituzionale della pena*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2, 2024; E.N. La Rocca, *L’affettività in carcere nei “ritrovati” equilibri della Consulta*, in *Diritti comparati Blog*, 18 marzo 2024; L. Volpe, *Commento alla sentenza n. 10 del 2024 Corte costituzionale*, reperibile all’url: [https://it.linkedin.com/pulse/giano-bifronte-consilium-avvocate-avvocati-5uube?trk=public\\_post\\_feed-article-content](https://it.linkedin.com/pulse/giano-bifronte-consilium-avvocate-avvocati-5uube?trk=public_post_feed-article-content).

<sup>2</sup> Diverse testate giornalistiche hanno commentato con entusiasmo la decisione la quale, peraltro è stata anticipata da un appello alla Corte sul caso sottoposto alla sua attenzione dal titolo “Il corpo recluso ed il diritto all’intimità: appello sull’affettività nelle carceri in attesa della sentenza della Corte costituzionale”. L’appello è reperibile all’url <https://www.societadellaragione.it/campagne/carcere-campagne/affettivita/il-corpo-recluso-e-il-diritto-allintimita/>. Su tale questione si rinvia alle riflessioni nel prosieguo del testo.

concrete) non potendo più considerarlo quale «interesse cedevole»<sup>3</sup>: difatti, precedentemente, a fronte della difficile gestione delle carceri italiane, segnate da numerose gravi problematiche in termini di sovraffollamento e tutela delle garanzie più basiche, il diritto ai rapporti affettivi ed alla sessualità intramuraria per i ristretti è stato spesso percepito come un surplus sottovalutabile (se non, addirittura, come un'inopportuna pretesa) o, al più, in considerazione della complessità della questione carceraria, è stato subordinato a scelte legislative futuribili<sup>4</sup>. In relazione al secondo aspetto la decisione è particolarmente significativa in termini processuali in quanto si propone come una sentenza additiva di principio «per omissione»<sup>5</sup> e si inserisce in un *trend* giurisprudenziale oramai da considerarsi piuttosto sviluppato che corrisponde ad un'altrettanta significativa tendenza della Corte costituzionale ad attribuire a se stessa, nel contesto ordinamentale (e particolarmente nel rapporto con il legislatore), un ruolo attivo incidendo, dunque, in termini pregnanti sul tema della separazione dei poteri. La sentenza è infine importante sotto il profilo argomentativo giacché è fra quelle decisioni ove la valutazione dei profili di costituzionalità della normativa italiana è realizzata valorizzando sia il diritto convenzionale sia il diritto comparato ed il relativamente nuovo istituto dell'*amicus curiae*.

Per ragioni di ordine nell'esposizione il presente contributo analizzerà in primo luogo i temi processuali e successivamente le questioni di merito affrontate nella decisione..

**2. Le questioni processuali e la tipologia decisoria: la Corte garante dei diritti e la separazione dei poteri.** Scriveva, diversi anni or sono, Gustavo Zagrebelsky che «il momento della giurisdizione è quello in cui vengono a contatto la *lex*, il diritto dal punto di vista 'politico' e gli *iura*, i diritti dal punto di vista dei singoli, l'una e gli altri dovendo trovare un punto di temperamento. Il giudizio è così il luogo d'incontro dello Stato-autorità e dello Stato-comunità, presso un soggetto, il giudice, che è imparzialmente collocato tra l'uno

<sup>3</sup> S. Talini, *Diritto inviolabile o interesse cedevole? Affettività e sessualità dietro le sbarre (secondo la sentenza 301 del 2012)*, in *Studium Iuris*, 10, 2013. Della stessa A. si segnala il lavoro a carattere monografico: *La privazione della libertà personale. Metamorfosi normative, apporti giurisprudenziali, applicazioni amministrative*, Napoli, 2018.

<sup>4</sup> Sulla questione carceraria nel contesto italiano cfr. G. Gentile, *L'invenzione penitenziaria e la crisi dello Stato sociale*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna online*, 1, 2023. Si rinvia altresì ad A. Toscano, *La funzione della pena e le garanzie dei diritti fondamentali*, Milano, 2021; M. Ruotolo, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino, 2002; Id., *Dignità e carcere*, Napoli, 2011; M. Ruotolo, S. Talini, *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, Napoli 2017, cui è seguito, più recentemente, M. Ruotolo, S. Talini, *Dopo la riforma. I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, Voll. I e II, Napoli, 2021. I detti volumi citati sono pubblicati in *open access* all'url: <https://www.dirittopenitenziarioecostituzione.it/collana/318-collana-diritto-penitenziario-e-costituzione-nona-uscita-dopo-la-riforma-i-diritti-dei-detenuiti-nel-sistema-costituzionale-a-cura-di-marco-ruotolo-e-silvia-talini>.

<sup>5</sup> Sul punto cfr. da ultimo A. Spadaro, *Involuzione – o evoluzione- del rapporto fra Corte costituzionale e legislatore (notazioni ricostruttive)*, in *Rivista AIC*, 2, 2023, 103 ss. Spadaro, in relazione a tali tipologie di decisioni, significativamente afferma che esse vengono adottate «quando proprio manca una norma, ossia nel caso di omissione del legislatore (spesso intollerabilmente protratta nel tempo). Invero l'Italia non possiede una normativa che preveda «l'illegittimità per omissione», a differenza di altri Paesi (Portogallo, Brasile, Ungheria [...]) dove teoricamente esiste, anche se è lecito dubitare che qualcuno possa davvero obbligare il legislatore ad un facere specifico. Soprattutto: nel nostro ordinamento – mentre è contemplato un intervento cautelare della Corte meramente «sospensivo» degli atti non legislativi nel caso di conflitto fra enti e, piuttosto oscuramente, per atti legislativi nel solo caso di contrasto Stato-Regioni – non viene disciplinato un intervento cautelare «sostitutivo», dunque non meramente sospensivo ma «attivo» di un altro potere dello Stato per omissione del legislatore, che invece, se fosse previsto, certo sarebbe assai incisivo. A mio avviso, proprio quest'ultima carenza (se non lacuna) normativa da un lato ha reso possibili alcuni eccessi di discrezionalità da parte del legislatore e, dall'altro, spiega (anche se non sempre giustifica) le soluzioni «alternative».

e l'altro [...]. La questione di costituzionalità nascente dal processo è lo strumento per illuminare le antinomie che in quel momento possono determinarsi e chiedere a chi può risolverle (la Corte costituzionale) di risolverle»<sup>6</sup>.

Dunque, quando l'incontro tra *lex* e *iura* dinanzi al giudice ordinario evidenzia una discrasia apparentemente insanabile, ciò costituisce elemento sintomatico di un'illegitimità costituzionale dinanzi alla quale l'adito giudice delle leggi, superando il determinismo normativo, può, se necessario, valorizzare maggiormente la propria funzione di garante del compromesso costituzionale in termini sostanziali<sup>7</sup>.

Tale impostazione giurisprudenziale ricorda concettualmente la giurisprudenza statunitense attinente al *substantive due process* (collegata al V ed al XIV emendamento della Costituzione federale USA) in relazione alla quale un atto dei pubblici poteri che contravviene ai principi del patto sociale non può essere considerato legittimo, anche se adottato formalmente in modo corretto<sup>8</sup>. Ciò secondo una dimensione sostanzialistica che caratterizza l'impianto culturale statunitense, legato alla tradizione di *common law*, ove: a) non esiste differenza concettuale fra giudice costituzionale e magistratura ordinaria; b) il potere giurisdizionale è dotato di un certo «potenziale normativo» che per motivi culturali è, entro certi limiti, ben tollerato dal sistema e, infine, c) il sindacato costituzionale oggettivo è geneticamente intrecciato alla tutela effettiva delle posizioni giuridiche oggetto del giudizio<sup>9</sup>.

Pur caratterizzato da una predisposizione genetica profondamente diversa (in quanto connesso, almeno in parte, ai presupposti di matrice kelseniana) il sindacato di costituzionalità nell'esperienza italiana ha dimostrato, come noto, un'evoluzione progressiva nel corso dei decenni passando da un'impostazione maggiormente formale ad un'impianto evidentemente caratterizzato da esigenze di garanzia sostanziale<sup>10</sup>. Tale cambiamento, ampiamente evidente all'osservazione delle soluzioni interpretative elaborate dal giudice di costituzionalità, si è reso altresì più recentemente palese nella dimensione dell'esecutività del giudicato costituzionale. In relazione a tale tema è difatti evidenziabile come ad una lunga fase nel corso della quale la tematica dell'esecuzione del sindacato di costituzionalità è stata considerata un «falso problema» (sulla scorta della considerazione dell'autoapplicatività del giudicato costituzionale, prodotto di una giurisdizione negativa) è seguita una più recente tendenza ad una strutturazione meno evanescente del tema corrispondente alla qualificazione del sindacato di costituzionalità come giudizio che riguarda pretese giuridiche soggettive concrete che non possono più essere tutelate solo «di riflesso» rispetto alla garanzia della

<sup>6</sup> G. Zagrebelsky, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, 269.

<sup>7</sup> Sul tema, con riguardo ai paesi europei, cfr. L. Fabiano, P. Martino, *Accesso e funzione extraprocessuale del sindacato di legittimità costituzionale e della sua motivazione. Prospettive di lettura*, Sant'Arcangelo di Romagna (RN), 2022.

<sup>8</sup> Tale giurisprudenza, come noto, si è sviluppata inizialmente a garanzia dei diritti economici, in consonanza con l'iniziale interpretazione spiccatamente liberale del documento fondamentale statunitense prescelta dalla Corte suprema (Bognetti), infrangendosi, tuttavia, nella famigerata decisione *Lochner v. New York*, 198 US 45 (1905) ed evolvendo, dunque, successivamente, in un'accezione maggiormente democratica del testo costituzionale (sul tema, intramontabile, cfr. G. Bognetti, *Lo spirito del costituzionalismo americano. La Costituzione liberale*, Torino, 1998; II, *La Costituzione democratica*, Torino, 2000) quale parametro per la garanzia dei diritti fondamentali che sono rinvenibili nella penombra dell'ombrello costituzionale (secondo la fortunata metafora del giudice William Douglas nella decisione *Grinswold v. Connecticut*, 381 US 479, 1965). Sul punto cfr. R.C. Williams, *The One and Only Substantive Due Process Clause*, in *Yale Law Journal*, 120, 2010, 408 ss.; T. Sandefur, *In Defense of Substantive Due Process, or the Promise of Lawful Rule*, in *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 35, 2012, 284 ss.

<sup>9</sup> Cfr. sul punto G. Romeo, *L'argomentazione costituzionale di common law*, Torino, 2020.

<sup>10</sup> Sul tema, nell'infinità dei riferimenti bibliografici si rinvia a S. Lieto, P. Pasquino, *La metamorfosi della giustizia costituzionale in Italia*, in *Quaderni Costituzionali*, 2, 2015.

legalità costituzionale<sup>11</sup>.

Tale impianto, non sempre condiviso da altra ampia ed autorevole dottrina che propende invece per un'interpretazione maggiormente formale del ruolo del giudice di costituzionalità nel sistema dei poteri (considerando con preoccupazione i rischi del c.d. «sconfinamento»)<sup>12</sup>, sembra di recente essersi inverato, ancora una volta, nella sentenza n. 10/2024; difatti, con tale decisione, di tipo additivo (di principio), la Corte ha definitivamente sancito la necessità di offrire garanzie a coloro che sono reclusi in carcere (salvo alcune limitate e ragionevoli eccezioni)<sup>13</sup>, circa il loro diritto fondamentale all'affettività ed alla sessualità «rompendo gli indugi» rispetto ad una pregressa giurisprudenza maggiormente cauta nell'interpretazione del rapporto sussistente fra giurisdizione costituzionale e discrezionalità del legislatore.

La questione in effetti non è nuova: essa rappresenta l'epilogo di una vicenda annosa della quale la medesima Corte costituzionale, già nel 2012, era stata interessata.

In quell'occasione il giudice costituzionale aveva adottato una sentenza monitoria di inammissibilità (la n. 301) ove, pur affermando che «permettere alle persone sottoposte a restrizione della libertà personale di continuare ad avere relazioni affettive intime, anche a carattere sessuale» costituisce «una esigenza reale e fortemente avvertita» e rappresenta «un problema che merita ogni attenzione da parte del legislatore», aveva sancito l'inammissibilità della questione, prospettata dall'allora giudice remittente di Firenze, sottolineando l'inadeguatezza degli strumenti processuali a disposizione della medesima Corte a fronte della complessità della problematica la cui risoluzione richiedeva un intervento normativo articolato e caratterizzato da scelte discrezionali tipicamente proprie del legislatore<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> sul tema autorevolmente cfr. G. Naglieri, *Giudicare e ottemperare. Uno studio comparato su soggetti, forme e modelli dell'esecuzione costituzionale*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2023, 176 che al contrario afferma «più ci si allontana da un giudizio avente ad oggetto pretese giuridiche soggettive, più evanescente diviene la nozione di esecuzione».

<sup>12</sup> Sul tema cfr. A. Morrone, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni Costituzionali*, 2, 2019; Id., *Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione*, in *Federalismi.it.*, 12, 2021; cfr. anche A. Ruggeri, *Omissioni del legislatore e tutela giudiziaria dei diritti fondamentali*, in *dirittifondamentali.it*, 24 gennaio 2020, ; Id., *Dove va la giustizia costituzionale in Italia?*, in *www.dirittifondamentali.it*, 1, 2021, spec. 473 ss.; N. Zanon, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, in *Federalismi.it*, 3, 2021. Si rinvia inoltre a M. Luciani, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2, 2006, 1642 ss.; E. Lamarque, *L'attuazione giudiziaria dei diritti costituzionali*, in *Quaderni Costituzionali*, 2, 2008, spec. 275 ss.

<sup>13</sup> La Corte esclude dalla portata della propria decisione coloro che sono sottoposti a regimi speciali di sorveglianza oltre che i ristretti in sottoposti a regime di 41-*bis* ord. penit. Su tale ultima categoria, tuttavia, si segnala una recente decisione della Corte costituzionale (sentenza n. 105/2023) nella quale, pur rigettando la questione di merito, il giudice di legittimità ha aperto dei significativi spiragli anche in tale regime carcerario. In particolare, la Corte adottando una pronuncia interpretativa di rigetto, ha valorizzato la possibilità, per l'amministrazione e per la magistratura di sorveglianza, di valutare in concreto l'opportunità di un colloquio senza vetro divisorio, anche per figli o nipoti di età superiore ai dodici anni. Sulla detta decisione cfr. A. Giubilei, *Persone, non oggetti: il diritto del detenuto in regime di 41-bis a mantenere rapporti affettivi (ed effettivi) con il proprio nucleo familiare*. Nota a Corte cost., sentenza n. 105 del 2023, in *Osservatorio AIC*, 1, 2024.

<sup>14</sup> La Corte, prospettando le possibili alternative decisorie a propria disposizione evidenziava infatti come «un intervento puramente e semplicemente ablativo della previsione del controllo visivo sui colloqui [...] si rivelerebbe, per un verso, eccedente lo scopo perseguito e, per altro verso, insufficiente a realizzarlo» giacché «L'ostacolo all'esplicazione del «diritto alla sessualità» ne costituisce solo una delle conseguenze indirette, stante la naturale esigenza di intimità connessa ai rapporti in questione. L'asserita necessità costituzionale di rimuovere tale conseguenza non giustificerebbe, dunque, la caduta di ogni forma di sorveglianza sulla generalità dei colloqui [...]. Né, d'altra parte, il problema potrebbe essere superato ritenendo che il giudice a quo abbia richiesto a questa Corte una sentenza additiva 'di principio', la quale – secondo la dinamica propria di tale tipo di decisioni – si limiti ad affermare l'esigenza costituzionale di riconoscere il diritto in parola, demandando al legislatore il compito di definire modi e limiti della sua esplicazione e, nelle more dell'intervento legislativo,

La decisione del 2012 è fra quelle in cui la Corte sceglie di rimanere del tutto aderente al principio di separazione dei poteri valorizzando, nell'interpretazione del concetto di rilevanza della questione, la distinzione fra *iurisdictio* (come attività propria del giudice remittente) e *leges* (quale campo d'azione di esclusiva pertinenza del legislatore)<sup>15</sup> ed esercitando in termini che potremmo definire *soft* (attraverso la declinazione della decisione in senso monitorio) la propria funzione di garante del rapporto Stato-autorità / Stato-comunità cui si riferisce Zagrebelsky.

La sentenza del 2024 rappresenta una sorta di secondo atto rispetto a tale prima presa di posizione del giudice costituzionale e costituisce, in effetti, una necessaria premessa processuale per le decisioni che in essa si assumono.

Difatti, nella sentenza n. 10 la Corte respinge come infondati i rilievi di inammissibilità avanzati dalla difesa statale e collegati proprio alla pregressa giurisprudenza costituzionale (di cui si sostengono insuperate le ragioni). Il giudice costituzionale valuta invece, quali elementi che favoriscono la necessità di una pronuncia di accoglimento della questione, proprio il lungo trascorrere del tempo fra la decisione del 2012 ed il caso in corso di valutazione in relazione al quale rileva, all'opposto, che il quadro normativo di riferimento, pur evolvendosi (facendo emergere «un'indicazione specifica circa le relazioni qualificate della persona detenuta, meritevoli e bisognose di una considerazione differenziata anche 'dentro le mura'»<sup>16</sup>), non ha conseguito gli obiettivi, in termini di garanzie normative ai diritti fondamentali, definiti nella decisione monitoria del 2012.

In relazione a tale evoluzione normativa, collegata all'adozione del d.lgs. n. 123/2018 recante «riforma dell'ordinamento penitenziario, in attuazione della delega di cui all'articolo 1, commi 82, 83 e 85 lettere a), i), l), m), o), r), t) e u) della legge 23 giugno 2017, n. 103», la Corte ha evidenziato infatti come «il legislatore [...] non ha dato seguito al criterio direttivo enunciato dalla lettera n) del successivo comma 85» inteso a valorizzare il «riconoscimento del diritto all'affettività delle persone detenute e internate e disciplina delle condizioni generali per il suo esercizio»<sup>17</sup>.

La pregressa decisione, in effetti, lungi dal rappresentare un precedente che possa fondare nuovamente una dichiarazione di inammissibilità, diviene all'opposto, per la Corte, il *dies a quo* a partire dal quale valutare l'attività parlamentare nell'esercizio della sua discrezionalità al fine di stabilire se sia opportuno che il giudice costituzionale adotti una decisione che funga, nei fatti, da strumento di supplenza normativa.

Nella decisione il giudice costituzionale, al netto della pronuncia di illegittimità costituzionale

---

lasciando ai giudici comuni la possibilità di garantire interinalmente il diritto stesso tramite gli strumenti ermeneutici, sulla base della disciplina in vigore (quella, in specie, dei colloqui e delle visite familiari). La sentenza additiva 'di principio' in ipotesi richiesta dal rimettente risulterebbe, infatti, essa stessa espressiva di una scelta di fondo. Nella prospettiva del giudice a quo, il «diritto alla sessualità» intra moenia dovrebbe essere, infatti, riconosciuto ai soli detenuti coniugati o che intrattengano rapporti di convivenza stabile more uxorio, escludendo gli altri (si pensi, ad esempio, a chi, all'atto dell'ingresso in carcere, abbia una relazione affettiva 'consolidata', ma non ancora accompagnata dalla convivenza, o da una convivenza «stabile»). Detta soluzione non solo non è l'unica ipotizzabile (come di nuovo attestano i progetti di legge in materia), ma non appare neppure coerente con larga parte dei parametri costituzionali evocati dallo stesso giudice a quo: talora 'per eccesso', talaltra 'per difetto'.

<sup>15</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 10/2024, punto 2 del Considerato in diritto.

<sup>16</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 10/2024, punto 2.3 del Considerato in diritto. La Corte evidenzia inoltre che: «d'altro canto, la stessa disposizione che oggi è nuovamente censurata nella parte riguardante l'inderogabilità del controllo a vista si è *medio tempore* arricchita di un riferimento privilegiato alla riservatezza dei colloqui tra detenuto e familiari [...]»

<sup>17</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 10/2024, punto 2.4 del Considerato in diritto.

della normativa impugnata, «al fine di garantire l'effettività dei principi di cui si è detto [...]» si dilunga a «rimarcare alcuni profili conseguenti alla sentenza» pronunciata<sup>18</sup> fornendo una serie di indicazioni pratiche concernenti le modalità attraverso cui garantire in concreto il principio enucleato nella decisione<sup>19</sup>. Tali indicazioni sono rivolte certamente al legislatore (la cui discrezionalità viene, tuttavia, con una classica formula di stile, fatta salva dalla Corte in chiusura<sup>20</sup>) e altresì sono esplicitamente finalizzate a consentire l'immediata esecutività della sentenza da parte di tutti coloro che, ad ogni livello, sono coinvolti in tale ambito<sup>21</sup>.

<sup>18</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 10/2024, punto 6.1 del Considerato in diritto.

<sup>19</sup> «6.1.1. – 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.

6.1.2. – 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 affettiva.

6.1.3.– Numerosi testi sovranazionali indicano nella predisposizione di luoghi appropriati una condizione basilare per l'esercizio dell'affettività intramuraria del detenuto: così, in particolare, la raccomandazione n. 1340 (1997), sugli effetti della detenzione sul piano familiare e sociale, adottata dall'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa il 22 settembre 1997 (punto 6.6.), e la raccomandazione n. 2003/2188 (INI), sui diritti dei detenuti nell'Unione europea, adottata dal Parlamento europeo il 9 marzo 2004 (punto 1, lettera e).

Può ipotizzarsi che le visite a tutela dell'affettività si svolgano in unità abitative appositamente attrezzate all'interno degli istituti, organizzate per consentire la preparazione e la consumazione di pasti e riprodurre, per quanto possibile, un ambiente di tipo domestico.

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 colloquia.

6.1.4.– 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.

6.1.5.– 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.

6.1.6.– Nella fruizione dei locali predisposti per l'esercizio dell'affettività (i quali verosimilmente saranno, almeno all'inizio, una 'risorsa scarsa') «sono favorite le visite prolungate per i detenuti che non usufruiscono di permessi premio» (sempre che ciò non dipenda da ragioni ostative anche all'esercizio dell'affettività intramuraria).

Prevista dall'art. 19, comma 6, del d.lgs. n. 121 del 2018 riguardo al detenuto minorenni, la particolare considerazione nei confronti di chi non può usufruire di permessi premio può estendersi alla disciplina del detenuto adulto, analoga essendo la *ratio* di sussidiarietà dell'affettività *intra moenia* rispetto a quella più fisiologicamente esprimibile 'fuori le mura'.

<sup>20</sup> Ove il giudice costituzionale ribadisce che «Resta ovviamente salva la possibilità per il legislatore di disciplinare la materia stabilendo termini e condizioni diversi da quelli sopra enunciati, purché idonei a garantire l'esercizio dell'affettività dei detenuti, nel senso fatto proprio dalla presente pronuncia» (Corte costituzionale, sentenza n. 10/2024, punto 9 del Considerato in diritto).

<sup>21</sup> «È altresì opportuno valorizzare qui il contributo che a un'ordinata attuazione dell'odierna decisione può dare – almeno nelle more dell'intervento del legislatore – l'amministrazione della giustizia, in tutte le sue articolazioni, centrali e periferiche, non esclusi i direttori dei singoli istituti.

Venendo meno con questa decisione l'inderogabilità del controllo visivo sugli incontri, può ipotizzarsi la creazione all'interno degli istituti penitenziari – laddove le condizioni materiali della singola struttura lo consentano, e con la gradualità eventualmente necessaria – di appositi spazi riservati ai colloqui intimi tra la persona detenuta e quella ad essa affettivamente legata.

La n. 10/2024 risulta dunque una sentenza particolarmente significativa in termini di «esecutività» e si pone in linea con una serie di recenti decisioni (le sostitutive e le additive «a rime non obbligate»<sup>22</sup>, le decisioni con «doppia pronuncia»<sup>23</sup>, le additive di principio con effetti differiti<sup>24</sup>) considerate proprie di una stagione che la dottrina ha definito di «riaccentramento» della Corte nel sistema dei poteri (sottolineando in tal modo l'inversione rispetto a quella lunga fase nella quale, invece, il medesimo giudice costituzionale ha promosso, per quanto possibile, gli elementi di diffusività insiti nel modello incidentale italiano)<sup>25</sup> e di conseguente ridefinizione dei confini del sindacato costituzionale<sup>26</sup>, orientate a reagire con energia all'inerzia legislativa ed al mancato ascolto dei precedenti moniti rivolti al Parlamento dalla Corte<sup>27</sup>.

La caratterizzazione applicativa della detta sentenza si pone in stretta connessione e altresì valorizza la dimensione dialogica multilaterale nella quale la Corte opera<sup>28</sup>; rapporto dialogico che, inizialmente instaurato con il legislatore, diviene successivamente «polifonico» andando a coinvolgere tutti i soggetti eventualmente coinvolti nella vicenda giuridica sottostante al caso (e dunque, il giudice a quo, ma anche l'amministrazione carceraria e la magistratura di sorveglianza) oltre che, inevitabilmente, l'opinione pubblica che assiste all'evoluzione dinamica della vicenda processuale.

Siamo dunque ben oltre la strutturazione originaria del procedimento sorto in via incidentale<sup>29</sup> talché è evidente che ai due fondamentali rapporti dialogici più tradizionalmente

---

In questa prospettiva, l'azione combinata del legislatore, della magistratura di sorveglianza e dell'amministrazione penitenziaria, ciascuno per le rispettive competenze, potrà accompagnare una tappa importante del percorso di invero del volto costituzionale della pena» (Corte costituzionale, sentenza n. 10/2024, punto 9 del Considerato in diritto).

<sup>22</sup> A. Spadaro, *Involuzione – o evoluzione- del rapporto fra Corte costituzionale e legislatore (notazioni ricostruttive)*, cit.; G. Silvestri, *Del rendere giustizia costituzionale*, in *Questione Giustizia*, 4, 2020, 24 ss.; M. Ruotolo, *Corte costituzionale e legislatore*, in *Diritto e Società*, 1, 2020, 53 ss. e Id., *Oltre le 'rime obbligate'?*, in *Federalismi.it*, 3, 2021, 54 ss.; O. Spataro, *Sindacato di legittimità costituzionale e legalità penale. Il delicato equilibrio tra ruolo della Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore negli itinerari giurisprudenziali più recenti*, Palermo, 2022.

<sup>23</sup> M. Bignami, *Il Caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in F.S. Marini, C. Cupelli (a cura di), *Il caso Cappato*, Napoli, 2019.

<sup>24</sup> A. Marcheselli, S.M. Ronco, *L'«incostituzionalità differita» della c.d. Robin Tax, tra diritti fondamentali, analisi economica del diritto e diritto dell'Unione europea: il futuro della fiscalità tra nuove categorie concettuali e rischi di «teratogenesi» giuridica*, in *Consulta on Line*, 3, 2015.

<sup>25</sup> Sul tema della diffusione e del riaccentramento del sindacato di costituzionalità nell'esperienza italiana la dottrina è sterminata punto la dottrina è molto ampia. Ci si limita pertanto a richiamare *ex plurimis*: D. Tega, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna, 2020; T. Groppi, *Il ri-accentramento dell'epoca della ri-centralizzazione. Recenti tendenze dei rapporti tra Corte e costituzionale e giudici comuni*, in *Federalismi.it*, 3, 2021. C. Padula, *Le spinte «centripete» nel giudizio incidentale di costituzionalità*, in *Questione Giustizia*, 4, 2020; L. Pesole, *La Corte costituzionale oggi, tra apertura e interventismo giurisprudenziale*, in *Federalismi.it*, 12, 2021.

<sup>26</sup> Sul punto D. Tega, *La Corte nel contesto*, cit. e Id., *La Corte costituzionale alla ricerca di legittimazione*, in *federalismi.it*, 3, 2021 64 ss.

<sup>27</sup> Sul tema recentemente P. Carnevale, *Tre variazioni sul tema dei rapporti Corte costituzionale – legislatore rappresentativo*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 3, 2023.

<sup>28</sup> D. Tega, *La Corte nel contesto*. cit.

<sup>29</sup> Su cui autorevolmente R. Romboli, *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti*, Milano, 1998. Lo stesso autore rimane ad oggi giustamente critico delle più recenti tendenze della giurisprudenza costituzionale ove afferma: «Non vedo in realtà alcuno spazio per un bilanciamento tra i due principi [di cui all'art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino: separazione dei poteri e garanzia dei diritti] tanto meno nel senso di giustificare la violazione della separazione dei poteri in nome della tutela dei diritti. Il rispetto della separazione dei poteri rappresenta infatti la cornice entro la quale tutti gli organi dello stato sono a chiamati a svolgere le loro funzioni e l'obiettivo di garantire i diritti è prioritario e comune a tutti i poteri dello stato, ma nello spazio delineato ad ognuno di loro dalla cornice della separazione dei poteri», in R. Romboli, *Corte*

concepiti (con il legislatore e con i giudici *a quibus*) la giurisdizione costituzionale ha ritenuto di associare a sé stessa nuovi interlocutori spingendosi, in questo specifico caso, a fornire indicazioni molto specifiche e concrete al personale della PA carceraria<sup>30</sup>. Anche tale risvolto rientra certamente in una tendenza giurisprudenziale, propria di questi anni, di valorizzazione della dimensione «ipersostanziale» del controllo di costituzionalità<sup>31</sup>, giustificata dall'abulia del legislatore e dalla improcrastinabile esigenza di tutela oramai maturata da alcuni diritti fondamentali negati, di fatto, per troppo tempo.

**3. La questione di merito, le premesse e le conseguenze della sentenza 10/2024.** Come anticipato in apertura, la decisione 10/2024 è stata salutata con entusiasmo da una rilevante parte del mondo accademico, politico ed istituzionale ed in effetti non è giunta inattesa considerando il percorso compiuto dall'ordinamento italiano negli undici anni intercorsi fra la decisione 301/2012 e quella da ultimo adottata.

Nel detto decennio, infatti, l'ordinamento italiano si è dovuto confrontare con concretezza con alcuni significativi problemi attinenti alla questione carceraria a partire dal drammatico tema del sovraffollamento certificato dalla quantomai nota decisione CEDU *Torreggiani v. Italia*<sup>32</sup> con la quale il giudice sovranazionale, in una sentenza c.d. «pilota»<sup>33</sup>, ha rilevato una

---

*Costituzionale e legislatore. Il bilanciamento tra la garanzia dei diritti ed il rispetto del principio della separazione dei poteri, in Consulta on line*, 3, 2023, spec. 812. Altrettanto critico sul medesimo tema è A. Ruggeri, *Rapporti interordinamentali ed effettività della tutela dei diritti fondamentali*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 1, 2023, 121 ss., il quale afferma «Mi sono, al riguardo, ripetutamente dichiarato dell'idea che un buon fine non giustifichi, in alcun caso o modo, l'utilizzo di mezzi non buoni per il suo conseguimento. Ne va – credo di poter dire senza alcuna enfasi – il mantenimento stesso dell'idea di Costituzione e di Stato costituzionale, se è vero – com'è vero – che il principio della separazione dei poteri è una delle due gambe su cui quest'ultimo può incedere nel suo non di rado sofferto cammino. È infatti di tutta evidenza che, laddove la tipizzazione dei ruoli istituzionali dovesse venire interamente meno, ne sarebbe fatalmente pregiudicata la stessa salvaguardia dei diritti. E ciò, per la elementare ragione che non è affatto indifferente che essa sia assicurata da questa o quella sede istituzionale e, perciò, in questa o quella forma»; sul punto, cfr. Id. *Verso un assetto viepiù "sregolato" dei rapporti tra Corte e legislatore?*, in *Dirittifondamentali.it*, 3, 2022, 16 dicembre 2022, 406 ss.

<sup>30</sup> In effetti tale dialogo in questo specifico caso risulta particolarmente necessario in quanto la precedente inammissibilità (pronunciata nella decisione del 2012) sotto l'ampia dicitura del limite della discrezionalità del legislatore si riferiva non solo (e non meramente) alla questione della pluralità delle scelte possibili da offrire come soluzione del problema di costituzionalità ma anche alla considerazione per cui l'eccedenza dai poteri di decisione della Corte dipendeva dalla necessità che il settore, per offrire effettive garanzie ai diritti reclamati esigeva un rimodellamento normativo complesso che nei dodici anni trascorsi si è verificato solo parzialmente.

<sup>31</sup> Nell'ambito della quale si può collocare, peraltro, anche l'alterazione dello stesso ruolo spettante all'opinione pubblica nel sindacato di costituzionalità, trasformata da spettatore in soggetto (almeno in parte) attivamente partecipe al processo costituzionale in relazione alle modifiche più recenti alle Norme integrative. Sul tema cfr. A. Vuolo, *L'intervento di terzi nel giudizio in via principale dopo la modifica delle norme integrative*, in *Federalismi.it*, 16, 2020.

<sup>32</sup> C. eur. dir. uomo, *Torreggiani e altri c. Italia*, sent. 8 gennaio 2013, cit., § 88. Sulla decisione *Torreggiani* vi sono numerosi riferimenti dottrinali. Fra i tanti cfr. a F. Viganò, *Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 9 gennaio 2013; M. Alfieri, *Sovraffollamento carcerario e ultimatum di Strasburgo: l'Italia chiamata all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 1, 2013, 83; M. Ruotolo (a cura di), *Il senso della pena. Ad un anno dalla sentenza Torreggiani della Corte EDU*, Napoli, 2014. Sul tema dell'overcrowding carcerario cfr. inoltre L. Ferraro, *L'ergastolo ostativo e il sovraffollamento carcerario nel dialogo fra le Corti*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna on line*, 2, 2023.

<sup>33</sup> È definita «pilota» una sentenza nella quale, rilevando la sussistenza di mancanze di tipo sistemico (fondate su difetti strutturali nella legislazione, nella prassi o nella giurisprudenza interna), la Corte europea, tanto nella parte motiva quanto nel dispositivo, precisa quale ordine di interventi strutturali – sulla legislazione e sulla prassi

carezza sistemica nella condizione degli istituti penitenziari del Paese<sup>34</sup> imponendo all'Italia l'adozione di diverse misure correttive e compensative al fine di porre fine a tale stato di insufficienza delle più basilari condizioni di umanità nella gestione dei detenuti<sup>35</sup>.

Il decennio trascorso ha visto dunque l'ordinamento italiano adottare numerosi provvedimenti in tema di organizzazione carceraria al fine di adeguarsi per quanto possibile

---

interna - debbano essere posti in essere dal Parlamento e dal Governo nazionale. Ciò al fine ultimo di imporre agli Stati condannati l'obbligo di introdurre misure di ordine generale atte ad evitare il ripetersi di ulteriori violazioni, attraverso il superamento (auspicabilmente) definitivo della problematica strutturale evidenziandosi dunque, in tale tipologia decisoria, una connotazione trascendente rispetto al contenzioso oggetto del giudizio. Sulla nozione di sentenza-pilota, si veda F.M. Palombino, *La "procedura di sentenza-pilota" nella giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1, 2008, 91 ss. e F. Urban, *Il diritto del detenuto ad un trattamento penitenziario umano a quattro anni dalla sentenza Torreggiani c. Italia*, in *Rivista di Diritti Comparati*, 3, 2017, 38 ss. Si veda altresì, A. Tamietti, M. Fiori, F. De Santis di Nicola, D. Ranalli, V. Ledri, *Note a margine della sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso Torreggiani e altri*, cit., p. 64 ss. in *Rassegna penitenziaria e criminologia*, 2013, 49 ss.

<sup>34</sup> La Corte europea ha accertato un «problema sistemico risultante da un malfunzionamento cronico proprio del sistema penitenziario italiano, che ha interessato e può interessare ancora in futuro numerose persone» (C. eur. dir. uomo, *Torreggiani e altri c. Italia*, sent. 8 gennaio 2013, cit., § 88) ed ha condannato lo Stato italiano a corrispondere ai ricorrenti, a titolo di equa soddisfazione per il danno morale subito (ex art. 41 CEDU), somme di entità variabile da 10.600 a 23.500 euro, in relazione alla durata della rispettiva detenzione in condizioni di sovraffollamento (C. eur. dir. uomo, *Torreggiani e altri c. Italia*, sent. 8 gennaio 2013, cit., §§ 103-106). Accanto alla condanna pecuniaria, dunque, i giudici di Strasburgo hanno ingiunto all'Italia di introdurre, entro il termine di un anno dalla definitività della sentenza (ossia dal 26 maggio 2013), «un ricorso o una combinazione di ricorsi che abbiano effetti preventivi e compensativi» e che fossero realmente in grado di offrire un ristoro adeguato e sufficiente per i casi di sovraffollamento carcerario, in conformità ai principi stabiliti dalla giurisprudenza della Corte. La decisione *Torreggiani* era stata preceduta da un caso analogo, *Sulejmanovic c. Italia* (sent. 16 luglio 2009, ric. n. 22635/03, reperibile su [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it)) nel quale la Corte aveva già affermato «la flagrante mancanza di spazio personale di cui il ricorrente ha sofferto è, di per sé, costitutiva di un trattamento inumano o degradante» (§ 43) accertando, così, la violazione dell'art. 3 CEDU e condannando l'Italia al risarcimento dei danni morali patiti dal detenuto. Sulla decisione *Sulejmanovic* cfr. M. Bortolato, *Sovraffollamento carcerario e trattamenti disumani o degradanti*, in *Questione Giustizia*, 2009, 113 ss.; A. Di Perna, *Situazione carceraria e divieto di tortura: il caso Sulejmanovic*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 3, 2009, 640 ss. Nella decisione *Sulejmanovic* la Corte EDU sembra propendere verso l'equazione diretta per cui ad uno spazio inadeguato corrisponde automaticamente un trattamento inumano o degradante. Tale impianto, tuttavia, viene temperato nella successiva giurisprudenza della medesima Corte, ad esempio, nel caso *Ananyev e altri c. Russia* del gennaio 2012 (ric. n. 42525/07, 60800/08) ove i giudici di Strasburgo abbandonano l'automatismo di un criterio prettamente spaziale e tornano a valorizzare l'idea di una valutazione congiunta delle concomitanti condizioni afflittive (la possibilità di svolgere attività fisica all'aperto, l'accesso alla luce naturale e all'aria, i servizi igienici). Sulla stessa linea giurisprudenziale proposta nel caso *Ananyev* si attesta la decisione *Muršić c. Croazia*, (sent. 12 marzo 2015, ric. n. 7334/13) adottata dalla Grande Camera. Per una ricostruzione dei precedenti giurisprudenziali al caso *Torreggiani* cfr. F. Urban, *Il diritto del detenuto ad un trattamento penitenziario umano a quattro anni dalla sentenza Torreggiani c. Italia*, cit.

<sup>35</sup> I rimedi preventivi sono quelli diretti alla rimozione delle cause del sovraffollamento, anche attraverso la diminuzione dei casi di custodia cautelare in carcere mentre i rimedi compensativi sono quelli volti a prevedere un sistema di ricorsi che consenta una tutela giurisdizionale effettiva del diritto a condizioni di detenzione compatibili con la Convenzione, mediante la rapida cessazione delle violazioni (tutela in forma specifica) e il riconoscimento di una riparazione (anche economica) per la detenzione subita (tutela per equivalente). La Corte ha fornito indicazioni sulle misure da prendere attraverso il rinvio al contenuto delle due Raccomandazioni del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa riguardanti il sovraffollamento e le condizioni di detenzione: *Raccomandazione n. R (1999) 22 del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa* del 30 settembre 1999 riguardante il sovraffollamento delle carceri e l'inflazione carceraria; *Raccomandazione n. R (2006) 2 dell'11 gennaio 2006*, dedicata alle condizioni di detenzione. I passaggi essenziali riferiti a tali documenti sono richiamati nella sentenza *Torreggiani e altri c. Italia*, cit., §§ 31-32.

alle richieste sovranazionali<sup>36</sup>.

Nonostante fosse in corso questa fase di riforma del sistema carcerario il tema specifico dell'affettività in carcere non ha trovato spazio per emergere in sede legislativa<sup>37</sup>. Ciò anche se non sono mancate, negli anni, diverse proposte di legge in tal senso. Fra le più rilevanti si annoverano le proposte di legge avanzate dalla regione Toscana<sup>38</sup> e dalla regione Lazio<sup>39</sup> nella XVIII legislatura (le quali, peraltro, seguono ad una più risalente proposta legislativa, presentata nel 2006<sup>40</sup>); nella legislatura attuale si segnala invece la proposta di legge presentata il 23 novembre 2023<sup>41</sup>. Negli anni trascorsi, peraltro, anche da altre direzioni sono giunte

<sup>36</sup> In realtà, già all'indomani della decisione *Sulejmanovic* il governo italiano aveva dichiarato lo stato di emergenza carceraria (d.P.C.M. del 13 gennaio 2010, recante *Dichiarazione dello stato di emergenza conseguente all'eccessivo affollamento degli istituti penitenziari presenti sul territorio nazionale*. Lo stato di emergenza è stato poi prorogato con d.P.C.M. dell'11 gennaio 2011) ed aveva predisposto il c.d. «Piano carceri» (Con ordinanza n. 3861 del 19 marzo 2010, recante *Disposizioni urgenti di protezione civile dirette a fronteggiare la situazione di emergenza conseguente all'eccessivo affollamento degli istituti penitenziari presenti sul territorio nazionale*, il Presidente del Consiglio dei Ministri aveva nominato un Commissario delegato al Ministero della Giustizia incaricato di elaborare un piano di intervento per le carceri – «Piano carceri». Il 29 giugno 2010 un Comitato costituito dal Ministro della Giustizia, dal Ministro delle Infrastrutture e dal Capo del dipartimento della Protezione civile ha approvato il piano di intervento presentato dal Commissario delegato. Tale piano prevedeva prima di tutto la costruzione di 11 nuovi istituti penitenziari e di 20 padiglioni all'interno di strutture già esistenti, fatto che implicava la creazione di 9.150 posti in più e l'assunzione di 2.000 nuovi agenti di polizia penitenziaria. I lavori dovevano essere portati a termine entro il 31 dicembre 2012). Sul piano legislativo, invece, erano stati adottati dei provvedimenti normativi perlopiù finalizzati allo svuotamento degli istituti penitenziari. In particolare, l. n. 1999/2010, recante *Disposizioni relative all'esecuzione presso il domicilio delle pene detentive non superiori ad un anno* (c.d. legge svuota carceri), con la quale è stata introdotta la possibilità di eseguire la pena detentiva non superiore a dodici mesi (anche costituente parte residua di maggior pena) presso l'abitazione del condannato o in altro luogo pubblico o privato di cura, assistenza e accoglienza. Il successivo d.l. n. 211/2011 (recante *Interventi urgenti per il contrasto della tensione detentiva determinata dal sovraffollamento delle carceri*, convertito in l. n., n. 9/2012) ha poi elevato a diciotto mesi la già menzionata soglia di pena entro la quale può essere richiesta la misura appena menzionata. Sul tema cfr. F. Urban, *Il diritto del detenuto ad un trattamento penitenziario umano a quattro anni dalla sentenza Torreggiani c. Italia*, cit. 41 ss. In conseguenza alla sentenza Torreggiani, il 27 novembre 2013 lo Stato italiano ha presentato un Piano d'azione per la risoluzione del problema del sovraffollamento carcerario articolato in 5 punti ((1) l'adozione di misure legislative in materia di politica penale ai fini di un'applicazione più ampia delle misure alternative alla detenzione e, di conseguenza, della riduzione del numero delle persone incarcerate; (2) la costruzione di nuovi istituti penitenziari o l'ingrandimento degli esistenti; (3) l'introduzione di misure organizzative all'interno delle carceri volte soprattutto ad accordare ai detenuti una maggiore libertà di circolazione; (4) la creazione di ricorsi interni di tipo preventivo; (5) la previsione di rimedi compensativi o risarcitori). la cui attuazione si è concretizzata in una serie di provvedimenti ovvero: il d.l. n. 78/2013 (recante *Disposizioni urgenti in materia di esecuzione della pena*, convertito con modificazioni dalla l. n. 94/2013); il d.l. n. 146/2013 (convertito con l. n. 10/2014); la l. n. 67/2014; ed il d.l. n. 92/2014 (convertito con l. n. 117/2014, ha introdotto il nuovo art. 35-ter ord. penit. riguardante i «Rimedi risarcitori conseguenti alla violazione dell'articolo 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo»).

<sup>37</sup> Una significativa ricognizione ed approfondita analisi del percorso evolutivo compiutosi negli anni più recenti con riguardo al tema dei diritti dei detenuti è svolta nei volumi a cura di M. Ruotolo, S. Talini, *Dopo la riforma. I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, cit.

<sup>38</sup> Modifiche alla legge 26 luglio 1975, n. 354 in materia di «*tutela delle relazioni affettive intime delle persone detenute*»; AS1876 reperibile all'url <https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/DF/353327.pdf> e commentato in nota breve all'url <https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/01179396.pdf>.

<sup>39</sup> «*Tutela delle relazioni affettive e della genitorialità delle persone ristrette*»; A.C. n. 3488 e AS n. 2543. Su cui cfr l'url: <https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/DF/368638.pdf>.

<sup>40</sup> A firma degli onorevoli Boato, Buemi, Balducci e Ruggeri, AC n. 32

<sup>41</sup> *Modifiche alla legge 26 luglio 1975, n. 354 in materia di tutela delle relazioni affettive intime delle persone detenute*; la proposta vede come primo firmatario l'onorevole Riccardo Magi (A.C. 1566). Il testo è reperibile all'url: <https://www.garantedetenutilazio.it/app/uploads/2023/12/Proposta-di-legge-affettivita.pdf>. Il riferimento

chiare sollecitazioni finalizzate ad introdurre soluzioni legislative concernenti il tema dell'intimità per i detenuti: il 27 settembre 2013, ad esempio, il Comitato nazionale per la Bioetica ha presentato un parere dal titolo *La salute dentro le mura* nel quale veniva sottolineata la necessità di ricercare soluzioni sulla detta tematica come elemento collegato al diritto alla salute dei ristretti<sup>42</sup>.

La Corte costituzionale, nella decisione n. 10, sanziona implicitamente il fatto che tali indicazioni e tali proposte di legge non abbiano trovato adeguata strada presso il legislatore nella parte della sentenza in cui, fornendo alcune indicazioni operative concernenti l'esecutività della decisione, pur non espressamente, fa comunque un chiaro riferimento alle proposte di legge citate (ove, ad esempio, si riferisce alla predisposizione di apposite unità abitative nelle carceri destinate agli incontri intimi).

La decisione si è segnalata certamente per il fermento sociale che ha suscitato. Particolarmente interessante risulta rilevare che a novembre del 2023, dunque pochi mesi prima della concreta adozione della sentenza, è stato pubblicato un appello alla Corte sul caso sottoposto alla sua attenzione dal titolo *Il corpo recluso ed il diritto all'intimità: appello sull'affettività nelle carceri in attesa della sentenza della Corte costituzionale*<sup>43</sup> scritto dal prof. Andrea Pugiotto (PO di Diritto Costituzionale Nell'Università di Ferrara)<sup>44</sup>, promosso da diverse associazioni attive in tema di protezione e garanzia dei diritti civili (quali la Società della Ragione, l'Associazione Luca Coscioni, il Centro per la riforma dello Stato) e rapidamente sottoscritto da numerosi esponenti dell'Accademia italiana, diversi magistrati e avvocati oltre che alcuni esponenti del mondo politico e istituzionale (rappresentanti dell'associazionismo a tutela dei diritti e garanti per i diritti dei detenuti). Definito dal suo estensore un «amicus curiae di dominio pubblico»<sup>45</sup> tale documento sembra più un *amicus curiae extra ordinem* in quanto sottratto alle stringenti (e in parte asfittiche) regole previste dalle Norme integrative per i giudizi dinanzi alla Corte costituzionale che, dopo le modifiche del 2020, prevedono questo istituto per la giustizia costituzionale anche nell'ordinamento italiano<sup>46</sup>.

on line sul sito della Camera dei deputati è il seguente: <https://www.camera.it/leg19/126?tab=&leg=19&idDocumento=1566&sede=&tipo=>

<sup>42</sup> Il testo è reperibile al seguente url: [https://bioetica.governo.it/media/1825/p113\\_2013\\_salute-dentro-le-mura\\_it.pdf](https://bioetica.governo.it/media/1825/p113_2013_salute-dentro-le-mura_it.pdf) (si rinvia in particolare a p. 11). Per un commento al testo cfr. C. Piciocchi, «La salute “dentro le mura”»: commento al rapporto del Comitato nazionale per la bioetica sulla salute in carcere (27 settembre 2013), in *Studium Iuris*, 7/8, 2014, 845-853. Al tema della salute in carcere è dedicato l'ultimo capitolo della monografia di M. Ruotolo, *Dignità e carcere*, cit.

<sup>43</sup> L'appello è reperibile *on line*. L'indirizzo dell'url è indicato in nota 2 del presente contributo.

<sup>44</sup> Numerosi gli scritti di Pugiotto in tema di questione carceraria. Fra i molti cfr. *L'urlo di Munch della magistratura di sorveglianza (statuto costituzionale della pena e sovraffollamento carcerario)*, in *Giur. Cost.*, 2013; *Una quæstio sulla pena dell'ergastolo*, in *Dir. Pen. Cont.* (5 marzo 2013); *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in *dirittopenitenziario.it*, 2014; *Repressione penale della tortura e Costituzione: anatomia di un reato che non c'è*, in *Dir. Pen. Cont.* (17 febbraio 2014); *La parabola del sovraffollamento carcerario e i suoi insegnamenti costituzionalistici*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2016.

<sup>45</sup> L'espressione è utilizzata dal prof. Pugiotto nella conferenza stampa organizzata dalla Camera dei deputati il 4 dicembre 2023 e reperibile all'url <https://www.youtube.com/watch?v=avRCOAxBhzo>

<sup>46</sup> Sulla riforma delle Norme integrative del 2020 cfr. M. Luciani, *L'incognita delle nuove norme integrative*, in *Rivista AIC*, 2, 2020, pp. 402 ss. cfr. anche A. Pugiotto, *Le nuove norme integrative della Corte costituzionale allo stato nascente*, *ivi*, 426 ss.; T. Groppi, *Nuovo corso della Consulta sotto il segno della trasparenza*, in *Lavoce.info*, 17 gennaio 2020; A. Ruggeri, *La “democratizzazione” del processo costituzionale: una novità di pregio non priva però di rischi*, in *Giustizia insieme*, 24 gennaio 2020; M.C. Grisolia, *Le modifiche alle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1, 2020, 5 ss.; oltre che A. Vuolo, *Il contraddittorio nei giudizi costituzionali alla luce delle recenti modifiche alle Norme integrative*, cit.; P. Ridola, *La Corte si apre all'ascolto della società civile*, in *Federalismi.it*, 2, 2020, IV ss.; A. D'Arena, *Sul radicamento della Corte costituzionale e sull'apertura agli “amici curiae”*, in AA. VV., *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, in *Consulta online*, numero speciale, 2020, 1 ss., e, per quanto attiene più specificamente al

La Corte, nella decisione, non fa riferimento a questo appello (per l'ovvia ragione del suo porsi al di fuori delle vie procedurali previste per l'interlocuzione con il giudice costituzionale da parte della «società civile»<sup>47</sup>) e tuttavia la motivazione della sentenza sembra comunque valorizzare la partecipazione sociale alla decisione attraverso la citazione dell'intervento dell'associazione Antigone (definita associazione attiva nella promozione dei diritti e delle garanzie nel sistema penale e penitenziario, che peraltro risulta fra i firmatari dell'appello del prof. Pugiotto) e in più punti alcune osservazioni avanzate dallo stesso appello si rinvengono sottese nell'iter argomentativo della decisione.

Appare particolarmente rilevante evidenziare come nella sentenza la Corte, ribadendo un indirizzo già definito nel 2012, sottolinea la necessità di superare la logica premiale della normazione in tema di affettività dei ristretti per la quale considerando del tutto insufficiente un qualunque appianamento del problema collegato ai permessi premio. Ogni soluzione che passa dai permessi premio viene stigmatizzata come inadeguata in quanto, in primo luogo, non tutti i detenuti possono accedervi (e, paradossalmente, ne sono esclusi *in primis* i ristretti per ragioni cautelari e, quindi, proprio una categoria di persone che in effetti sarebbe da considerarsi ancora non colpevole per definizione costituzionale)<sup>48</sup>. In secondo luogo, l'inopportunità di una soluzione di tal genere è posta in evidenza sottolineando l'incostituzionalità di una previsione che collega in termini funzionali il godimento di un diritto fondamentale alla necessità di adottare un comportamento virtuoso<sup>49</sup>.

Probabilmente in stretta relazione al superamento della logica premiale la Corte, citando alcuni esempi di normativa straniera che prevede soluzioni ai fini dell'intimità nelle carceri, non fa riferimento esplicito alla numerosità degli ordinamenti che contengono tali previsioni<sup>50</sup> e si limita a riferirsi, invece, ad alcuni casi emblematici attinenti a Spagna, Germania e Francia<sup>51</sup>. Si tratta di casi avulsi dalla logica premiale e in relazione a cui la

---

giudizio costituzionale in via principale, B. Liberali, *Stato e Regioni davanti alla Corte costituzionale*, in *Atti del Convegno annuale dell'associazione Gruppo di Pisa «Il regionalismo italiano alla prova delle differenziazioni»*, Trento, 18-19 settembre 2020, 59 ss, [www.gruppodipisa.it/images/convegni/2020\\_Convegno\\_Trento/Benedetta\\_Liberali\\_-\\_Stato\\_e\\_Regioni\\_davanti\\_alla\\_Corte\\_costituzionale\\_-\\_Relazione.pdf](http://www.gruppodipisa.it/images/convegni/2020_Convegno_Trento/Benedetta_Liberali_-_Stato_e_Regioni_davanti_alla_Corte_costituzionale_-_Relazione.pdf). sugli amici curiae nel sindacato costituzionale italiano M. D'Amico, *Gli amici Curiae*, in *Questione Giustizia*, n. 4, 2020; A. Moscarini, *Amicus curiae e giudizio incidentale nelle norme integrative sui giudizi dinanzi la Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2, 2020, F. Clementi, *Amici curiae?*, in *Rivista Il Mulino*, 9 marzo 2020; M. Esposito, *Note minime sulle ambiguità della figura dell'amicus curiae*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1, 2020; M. Manetti, *I "falsi amici" del Giudice costituzionale*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1, 2020, 505 ss.; P. Costanzo, *Brevi osservazioni sull'amicus curiae davanti alla Corte costituzionale italiana*, in *Consulta OnLine*, 1, 2019; T. Groppi, *Interventi di terzi e amici curiae: dalla prospettiva comparata uno sguardo sulla giustizia costituzionale in Italia*, *Consulta OnLine*, 1, 2019.

<sup>47</sup> È questa l'espressione impiegata dalla stessa Corte nella conferenza stampa del [...] che presentava le modifiche alle norme integrative nel 2020 e che introducevano, fra l'altro l'istituto dell'*amicus curiae*. Su tale evoluzione nel modo di proporsi della Corte nella società civile cfr. G. Amato, D. Stasio, *Storie di diritti e di democrazia: la Corte costituzionale nella società*, Milano, 2023.

<sup>48</sup> Nel punto 2.6.2. del considerato in diritto della decisione 10/2024 il giudice costituzionale efficacemente afferma «L'inadeguatezza dell'attuale situazione normativa è di particolare evidenza per il detenuto in attesa di giudizio, al quale è preclusa l'affettività *extra moenia* a causa dell'impossibilità di fruire di permessi premio ed è altresì preclusa l'affettività intramuraria per effetto dell'art. 18 ordin. penit., tutto ad onta della presunzione di non colpevolezza fino a condanna definitiva, di cui all'art. 27, secondo comma, Cost.».

<sup>49</sup> Aspetto che venga ribadito altresì, più volte, nell'ordinanza di rimessione.

<sup>50</sup> Secondo l'appello di Pugiotto solo fra i paesi del Consiglio d'Europa sono 31 gli ordinamenti che contengono previsioni di tale genere.

<sup>51</sup> I richiami al diritto straniero fanno riferimento ai parlatori familiari (*parloirs familiaux*) e alle unità di vita familiare (*unités de vie familiale*) previsti nel codice penitenziario francese, alla possibilità delle *comunicaciones íntimas* disciplinate dal regolamento penitenziario spagnolo sino alle visite di lunga durata (*Langzeitbesuche*), ammesse dalla legislazione penitenziaria di molti *Länder* tedeschi).

normativa citata riceve concreta applicazione dall'amministrazione carceraria.

Il riferimento comparatistico in questo caso svolge certamente una funzione di rafforzamento dell'argomentazione giuridica e sottolinea la «fattibilità in concreto» dell'esecuzione della decisione.

Potrebbe inoltre aggiungersi un'ulteriore osservazione concernente il fatto che la valutazione comparativa si collega in parte al rispetto del parametro convenzionale. Ciò si rende particolarmente evidente considerando che all'indomani della decisione *Torreggiani* lo Stato italiano si confrontò con la spiacevole situazione per la quale alcuni giudici inglesi si spinsero a porre in dubbio la possibilità di estradare cittadini della loro nazionalità in Italia rilevando l'inadeguatezza del contesto carcerario italiano<sup>52</sup>. In tali vicende processuali i magistrati (inglesi) rifiutarono l'estradizione di due condannati verso l'Italia paventando il rischio di trattamenti disumani e degradanti in violazione dell'art. 3 CEDU, rischio considerato concreto ed elevato, stante il carattere strutturale del sovraffollamento carcerario sanzionato dalla Corte EDU.

Potrebbe dunque ipotizzarsi che l'indagine comparativa in tale ambito non sia da considerarsi meramente a fini esornativi o di mero sostegno esterno alla costruzione della logica argomentativa che sostiene la decisione<sup>53</sup> ma anche in relazione a valutazioni maggiormente pregnanti quali la credibilità internazionale del Paese.

La Corte, con una scelta coraggiosa, ha deciso dunque di non percorrere ulteriormente la strada monitoria ed ha adottato pertanto una decisione di accoglimento; non può escludersi che in futuro potranno porsi altre questioni delicate collegate strettamente a tale decisione, a partire dalle problematiche infrastrutturali che si porranno giacché il deciso costituzionale, di fatto, esige che le carceri italiane vengano adeguate anche strutturalmente alle esigenze dell'affettività dei detenuti. Altra questione potrebbe riguardare problematiche di medio termine connesse alla possibile esecuzione «a macchia di leopardo» della decisione più facilmente eseguibile in alcuni contesti carcerari piuttosto che in altri, circostanza che potrebbe innescare problematiche importanti in tema di tutela del principio di eguaglianza. Ciò non diminuisce l'importanza della decisione che nella sua portata, *mutatis mutandis*, è paragonabile ad altrettanto note e certamente significative sentenze fra le quali spicca indubbiamente la vicenda Cappato; nella seconda delle decisioni che hanno composto tale «saga giurisprudenziale»<sup>54</sup>, la Corte ha emblematicamente affermato che «Decorso un congruo periodo di tempo, l'esigenza di garantire la legalità costituzionale deve, comunque sia, prevalere su quella di lasciare spazio alla discrezionalità del legislatore per la compiuta

<sup>52</sup> Tale eventualità ha trovato in effetti significativa concretizzazione nelle pronunce di due autorità inglesi: la *High Court of Justice Queen's Bench Division Administrative Court* (11 marzo 2014) e la *Westminster Magistrates' Court* (17 marzo 2014). In tali vicende processuali i giudici inglesi hanno rifiutato l'estradizione di due condannati verso l'Italia paventando il rischio di trattamenti disumani e degradanti in violazione dell'art. 3 CEDU – rischio considerato concreto ed elevato, stante il carattere strutturale del sovraffollamento carcerario – sanzionato dalla Corte EDU. Su tali vicende processuali cfr. F. Urban, *Il diritto del detenuto ad un trattamento penitenziario umano a quattro anni dalla sentenza Torreggiani c. Italia*, cit., 54 ss.

<sup>53</sup> Sui richiami al diritto comparato nel formante giurisprudenziale cfr. B. Markesinis, J. Fedtke, *Giudici e diritto straniero. La pratica del diritto comparato*, Bologna, 2009. Sul tema cfr. anche G. De Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti*, Bologna, 2010.

<sup>54</sup> La doppia pronuncia nella vicenda Cappato si compone, come noto, dell'ordinanza n. 207 del 2018 e della successiva sentenza 242 del 2019. Su tale vicenda giurisprudenziale *ex multis* cfr. A. Ridolfi, *Un nuovo tipo di doppia pronuncia: la via italiana alla Unvereinbarerklärung? (osservazioni su C. Cost., ord. N. 207/2018 e sent. 242/2019)*, in *Nomos. Le Attualità nel Diritto*, 3, 2019; E. Furno, *Il caso Cappato ovvero dell'attivismo giudiziario*, in *Osservatorio costituzionale*, 1, 2020; S. Talini, *Il controverso rapporto tra giurisprudenza costituzionale, scelte parlamentari e decisioni di Strasburgo. Considerazioni di sistema a partire dalla nuova udienza su caso Cappato*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2019.

regolazione della materia, alla quale spetta la priorità.

Come più volte si è avuto modo di rilevare, «posta di fronte a un vulnus costituzionale, non sanabile in via interpretativa – tanto più se attinente a diritti fondamentali – la Corte è tenuta comunque a porvi rimedio» (sentenze n. 162/2014 e n. 113/2011; analogamente sentenza n. 96/2015). Occorre, infatti, evitare che l'ordinamento presenti zone franche immuni dal sindacato di legittimità costituzionale: e ciò «specie negli ambiti, come quello penale, in cui è più impellente l'esigenza di assicurare una tutela effettiva dei diritti fondamentali, incisi dalle scelte del legislatore» (sentenza n. 99/2019)<sup>55</sup>.

La medesima esigenza di riallineamento alla legalità costituzionale dell'organizzazione carceraria italiana reclamava una decisione in senso di accoglimento della Corte risultando in effetti sconcertante, in uno Stato di diritto democratico quale l'Italia si propone di essere, una perdurante condizione di illegalità legislativa palese e accertata degli stati di detenzione.

**Abstract.** La sentenza n. 10/2024 della Corte costituzionale rappresenta una svolta significativa nella complessa tematica della questione carceraria italiana. Ciò in quanto, dopo diversi anni dalla sua formale affermazione, si propone a garanzia, in termini concreti, del diritto all'affettività (ed alla sessualità) dei detenuti.

La decisione interviene infatti a 12 anni da una precedente sentenza monitoria e rappresenta, dunque, l'apice di un percorso dialogico con il legislatore sul detto delicato tema.

La sentenza si rivela particolarmente interessante sia in relazione alla questione di merito sia con riguardo ad alcuni profili processuali ed argomentativi.

**Abstract.** The Constitutional Court's sentence no. 10 of 2024 represents a significant turning point in the Italian penitentiary debate because, several years after its formal enunciation, it proposes technical guarantees of the right to affection (and sexuality) of the detained.

The decision comes 12 years after a previous monitoring sentence. It thus represents the culmination of a dialogue with the legislator on this sensitive topic.

The decision proves to be very intriguing regarding the substantive issue as well as certain procedural and argumentative elements.

**Parole chiave.** Detenuti – diritto all'affettività – tipologie decisorie – Corte costituzionale – legislatore.

**Key words.** Prisoners – right to affection – decision typologies – Constitutional Court – legislator.

---

<sup>55</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 242/2019, Punto 4 del Considerato in diritto.